

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE FEBRERO DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 1262/2018
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Empresa de 28 de septiembre de 2018 que confirma en alzada la resolución del Consejo de la CNMV de 25 de octubre de 2017.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil veinte.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el número **1262/2018**, seguido a instancia de **MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V, S.A (“MG VALORES”)** y de **D. RCB**, representados por el procurador Don FAA y defendidos por el letrado Don MVF, contra Orden del Ministro de Economía y Empresa, de 28 de septiembre de 2018 , siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2018 el procurador Don FAA presentó escrito, en nombre y representación de MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V, S.A. (“MG VALORES”) y de D. RCB, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Orden del Ministro de Economía y Empresa, de 28 de septiembre de 2018 que desestima el recurso de alzada formulado frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 25 de octubre de 2017 por la que se resuelve expediente sancionador nº 12/2016 incoado por una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“LMV”), en concurso con una infracción muy grave del artículo 99.z.ter) de la Ley.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, previa la subsanación de defectos procesales, y se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, reclamando el expediente de la Administración, del que se dio traslado a la recurrente; Esta evacuó el traslado mediante escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que acuerde estimar el recurso contencioso-administrativo con imposición de costas a la Administración demanda; y *“1º) Con carácter principal, anule íntegramente la Resolución del Consejo de la CNMV de 11 de marzo de 2015, adoptada en el expediente 12/2016 y la Resolución de 28 de septiembre de 2018, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la anterior Resolución de la CNMV, dictada por la Subsecretaria de Economía y Empresa, actuando por delegación de la Ministra de Economía y Empresa. 2º) Con carácter subsidiario, anule las Resoluciones citadas de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico V de esta demanda, declarando que las infracciones imputadas solo podrían recibir la calificación de “graves” y no de “muy graves” y ordenando a la CNMV que dicte nueva resolución acomodada a esta calificación. 3º) Con carácter subsidiario, anule las Resoluciones citadas de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico VI de esta demanda, declarando la falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas con arreglo a las razones allí expresadas”*

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho.

CUARTO.- La cuantía del recurso se fijó en indeterminada, y a instancia de la parte actora se recibió el procedimiento a prueba, practicándose prueba documental y pericial, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes presentaron escritos de conclusiones en los que reiteraron los pedimentos de la demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se fijó para el día 18 de febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución impugnada. Hechos que han sido objeto de sanción por la CNMV.

1.1.- El Consejo de la CNMV, por Resolución de fecha 25 de octubre de 2017, acordó lo siguiente:

*“Imponer a MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V., S.A. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 283.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 70 ter del mismo texto legal (actual artículo 193 del citado Texto Refundido), en relación con las **medidas de organización interna** relativas a la llevanza de los **registros de operaciones, en concurso** con la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 z ter) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 284.2 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), **por la falta o inaplicación, no ocasional o aislada, de políticas de gestión y ejecución de órdenes** a que se refiere el artículo 79 sexies del mismo texto legal (actual artículo 221 del citado Texto Refundido), una sanción de multa por importe de 450.000 euros (cuatrocientos cincuenta mil euros).*

*Imponer a don RCB, en su condición de Consejero Delegado de MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V., S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 1) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 283.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 70 ter del mismo texto legal (actual artículo 193 del citado Texto Refundido), en relación con las **medidas de organización interna** relativas a la **llevanza de los registros** de operaciones, **en concurso** con la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 z ter) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 284.2 del texto Refundido de la Ley del Mercado de valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), **por la falta o inaplicación, no ocasional o aislada, de políticas de gestión y ejecución** de órdenes a que se refiere el artículo 79 sexies del mismo texto legal (actual artículo 221 del citado Texto Refundido), una sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el apartado 1 del artículo 84 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 233.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) por un plazo de 5 años (cinco años).*

Dicha resolución fue confirmada en la resolución que es objeto de recurso, desestimando el recurso de alzada que promovieron los dos concernidos en el expediente.

1.2.- Hechos.-

Los hechos que fueron constatados en la Inspección de seguimiento llevada a cabo se han reflejado en la resolución sancionadora. En síntesis:

MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V., S.A., es una Agencia de Valores inscrita en los registros de la CNMV. La fecha de referencia es el 31/03/2014, siendo el período analizado durante la misma (período de referencia) el comprendido entre el 1/01/2014 y el 15/06/2014, en el que se puso de manifiesto la existencia de deficiencias significativas en determinados procedimientos y registros legalmente exigidos a las empresas de servicios de inversión (ESI).

En la inspección completa realizada en el ejercicio 2011 y de la cual, la inspección a que se refieren los hechos que a continuación se detallarán, constituye seguimiento, se puso de manifiesto que el Sr. C era la persona que adoptaba las decisiones relevantes en la actividad de la

Agencia, a él directamente se reportaban en primera instancia los resultados de las revisiones efectuadas por los órganos de control, se encargaba personalmente de adoptar las decisiones en el ámbito de la gestión discrecional de carteras de buena parte de los clientes a los que se prestaba este servicio, entre otras responsabilidades como la recepción de órdenes de clientes institucionales relevantes, y la de actuar de facto como secretario en las reuniones de los máximos órganos de dirección (consejo de administración y junta de accionistas), a pesar de que la Agencia contaba formalmente con un secretario y un vicesecretario. Este hecho, junto a otros relevantes, se tuvo en consideración en su día en la incoación y posterior resolución sancionadora de un expediente sancionador a los ahora de nuevo expedientados.

Más concretamente, las deficiencias detectadas lo fueron en: i) los procedimientos de gestión y asignación de órdenes, ii) los registros de órdenes y sus justificantes

Y todo ello en relación con las operaciones tramitadas por cuenta de clientes gestionados, que en numerosas ocasiones se introducían en el mercado sin identificación del cliente, y sobre cuya asignación se aportaron archivos con formato de correo electrónico que, según las pruebas realizadas, no fueron efectivamente enviados. Esta práctica se ha observado en la actuación del gestor de carteras, al tiempo que Consejero Delegado y accionista mayoritario de M&G, don RCB.

Dichas deficiencias se detallan en los hechos siguientes, de acuerdo con el Informe Razonado emitido el 23 de febrero de 2015 tras la constatación de hechos por la Inspección.

En la inspección realizada se puso de manifiesto la existencia de deficiencias significativas en el cumplimiento del deber de disponer de unos – procedimientos adecuados de gestión y asignación de órdenes, deber recogido en el artículo **79 sexies** de la Ley del Mercado de Valores y derivado de ello, en las obligaciones de llevanza de ficheros de órdenes y sus justificantes, recogidas básicamente en artículo **70 ter. 2. e)** de dicha norma.

Los hechos se refieren a las operaciones tramitadas por cuenta de clientes gestionados, que en numerosas ocasiones se introducían en el mercado sin identificación del cliente, y sobre cuya asignación se han aportado archivos con formato de correo electrónico que, según las pruebas realizadas, no fueron efectivamente enviados. La práctica descrita se ha observado en la actuación del gestor de carteras, Consejero Delegado y accionista mayoritario, D. RC.

El Procedimiento de Gestión y Asesoramiento de Carteras aportado por la Agencia recogía la posibilidad de introducir en el terminal de bolsa órdenes sin preasignación del cliente, siempre y cuando existiese una orden escrita del gestor o un correo electrónico al departamento de administración y control con el desglose correspondiente. En el mismo sentido, el Manual de Procedimientos de Intermediación de Renta Variable señala que, para el caso de órdenes genéricas que se hayan ejecutado para diversos clientes, siempre ha de tratarse de clientes de gestión y, además debe existir, con carácter previo a la operación, un correo por parte del gestor con el desglose de clientes.

En la inspección realizada se observó que, con carácter habitual, en la introducción en el terminal de Bolsa de órdenes de clientes gestionados, el operador no preasignaba la operación introduciendo el código completo del cliente, sino que introducía en su lugar una denominación abreviada identificativa del servicio de gestión (G, GE, GTODOS) o incluso en ocasiones se dejaba el campo correspondiente en blanco.

Así, entre el 1 de enero y el 15 de junio de 2014 se asignaron finalmente a clientes gestionados unos 6.400 registros de operaciones introducidas en SIBE. De ellos, en 2.070 ocasiones (un 32%), la correspondiente orden se había introducido sin identificación del cliente, bien mediante un código genérico (G, GE o GTODOS), bien sin ningún tipo de información. En otras 576 órdenes

(aparte de los 6.400 operaciones anteriores) se introdujeron utilizando dichos códigos genéricos, aunque las órdenes no llegaron finalmente a ejecutarse.

Con el fin de verificar el cumplimiento de los propios procedimientos de la Agencia, así como del principio genérico que debe regir la actuación de la misma, de equidad y no discriminación entre clientes, se seleccionó una muestra de órdenes en relación con las cuales se solicitó copia del justificante de la orden del gestor, así como la acreditación del desglose previo de la misma, en su caso.

Dicha muestra comprendía 203 operaciones, seleccionadas tanto del fichero de operaciones del período de la inspección como del fichero de órdenes introducidas en SME. En el caso de estas últimas, podrían existir órdenes no ejecutadas.

Se puede concluir, a juicio de la Inspección, que de la muestra efectuada, un número relevante de las órdenes (más del 50%) fueron introducidas en los terminales de Bolsa sin asignación previa al cliente o clientes por cuenta de los cuales se estaban tramitando. Y en torno al 80% de dichas órdenes sin preasignación correspondían a la operativa ordenada por el gestor RC, y el restante 20% procedían de PC. Otra información significativa que puede extraerse de la información de desgloses es que en torno a la mitad de las órdenes introducidas sin preasignación fueron finalmente asignadas a un único cliente, y en prácticamente todos los casos dichas órdenes procedían de RC y en una parte relevante – 35 de las 54 operaciones- el cliente era Ritmo Finanzas SL.

De todas las operaciones de la muestra se solicitó acreditación tanto del justificante de la orden del gestor así como, en su caso, del desglose de la misma.

La orden del gestor se justificó mayoritariamente mediante grabaciones telefónica de la misma (en 120 operaciones de las 203 que comprendía la muestra). No obstante, en 29 de ellas el gestor transmite la orden al operador sin identificación del cliente o clientes a los que iba destinada.

Para 98 operaciones (las 29 señaladas y otras 69), lo que suponía un 48% de la muestra, la Agencia aportó un archivo con formato de correo electrónico procedente del gestor en el que sí figuraba el desglose entre los clientes con el fin de acreditar la existencia de un desglose previo. De ellas, 82 eran órdenes de RC.

En conclusión, los procedimientos de desglose de órdenes por cuenta de clientes descansaban en una parte relevante de los casos en la remisión de correos electrónicos, en especial cuando el gestor era el señor RC. Por ello, y al ser este el objetivo básico de la inspección de seguimiento, se estimó conveniente realizar pruebas destinadas a comprobar el efectivo envío de dichos correos a sus teóricos destinatarios.

Información procedente del proveedor de servicios de correo, Acens Technologies, SL.

En concreto, puesto que la Agencia tenía subcontratado el servicio de correo electrónico con un proveedor externo (Acens Technologies, SL), se le requirió que solicitase de su proveedor la remisión de información relativa al flujo de correos en unos períodos tomados como muestra (24 de enero a 6 de febrero y 26 de mayo a 3 de junio de 2014), así como el contenido de los correos de ambos períodos remitidos por RC y por PC a los destinatarios Mercados, Control o Administración (uno o varios de ellos).

Esta entidad ha aportado el listado con el tráfico de correos para los períodos solicitados, pero no el contenido específico de los correos, según indica, ya que no se encuentran disponibles al haber sido descargados o borrados por los usuarios.

Como resultado de esta revisión, no se han localizado correos electrónicos que se correspondan con ninguno de los documentos con formato de correos aportados correspondientes a RC (12). En el caso de los correspondientes a PC (2), sí han sido localizados.

Realización de una auditoría informática dentro de los trabajos de la inspección.

A la vista de la relevancia del procedimiento de desglose de órdenes de clientes gestionados mediante correo electrónico en la actividad de la Agencia, así como de que en la inspección realizada con fecha de referencia 30 de septiembre de 2011 se comprobó que la Agencia conservaba únicamente en papel los correos aportados como justificantes de los desgloses de órdenes, con las dudas que se podían generar en relación con su manipulabilidad, se decidió realizar adicionalmente una auditoría informática del procedimiento de formulación y desglose de órdenes, para lo que se contó con la asistencia de un experto consultor externo, Grant Thornton Advisory, SLP.

La finalidad de este trabajo era analizar desde un punto de vista técnico los correos obtenidos en la muestra realizada. El trabajo realizado ha consistido básicamente en la obtención de imágenes de los discos duros de los ordenadores de RC, MG (Control), AM (Auditoría Interna) y MR (Administración), así como del servidor de ficheros, y la búsqueda de los correos aportados por la Agencia como justificantes de los desgloses de las órdenes en dichos equipos indicados en el apartado anterior.

Según ha indicado dicho consultor informático en su informe de conclusiones los 12 correos de RC han sido localizados únicamente en el equipo del supuesto remitente, y nunca en los de los destinatarios; por otra parte, se han localizado en la carpeta de eliminados de su aplicación de correo (Microsoft Outlook) y no mostraban la generación del código Message-ID, indicativo de su efectivo envío. Todo ello resultaba indicativo, según Grant Thornton, de la posibilidad de que dichos correos nunca hubieran sido enviados.

Los dos correos de PC, no obstante, sí han sido localizados en la bandeja de entrada del Outlook del equipo de una de las destinatarias (el equipo de PC no fue "clonado" en la actuación de 4 de junio), MG (perteneciente al departamento de control), así como con el correspondiente Message-ID. En este caso Grant Thornton señala que ello sería indicativo de que estos correos fueron emitidos y recibidos.

Como conclusión a los trabajos descritos en relación con el procedimiento empleado por la Agencia en la transmisión de órdenes para clientes gestionados y su correspondiente desglose, que descansaba en una parte relevante en la remisión de correos electrónicos, los correos electrónicos aportados como justificantes de los desgloses de las órdenes tramitadas por RC en los períodos tomados como muestra no fueron efectivamente remitidos a sus teóricos destinatarios.

1.3.- La resolución sancionadora es combatida a través de sendos motivos que se resumen en :
1) Caducidad del procedimiento; 2) irregularidades invalidantes en el curso de la Inspección; 3) Improcedencia de la imposición de nuevas sanciones en tanto esté abierto un procedimiento sancionador en curso; 4) Ausencia de prueba de cargo válida, en relación a 12 correos electrónicos que se dicen no enviados; 5) Calificación de la sanción como muy grave cuando procede aplicar otro tipo; 6) Incorrecta graduación de la sanción.

SEGUNDO.- Caducidad del procedimiento.-

2.1.- La parte demandante sostiene a través de este motivo que se ha hecho una utilización indebida de la fase de investigación previa con incumplimiento de la doctrina establecida en la

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (rec. 348/2012). Con carácter previo al procedimiento sancionador se desarrollaron unas actuaciones previas, que se iniciaron el 6 de mayo de 2014, fecha en la que la CNMV comunicó que realizaría “una Inspección de seguimiento a Mercados y Gestión de Valores AV SA con referencia al 31 de marzo de 2014”. En esas actuaciones tuvo lugar una inspección domiciliaria y un análisis de carácter técnico informativo, desarrollado por dos empresas externas que tiene el carácter de auténtica instrucción, provocando indefensión al expedientado, ya que desconoce si está acusado de algo o no. La resolución de 25 de octubre de 2017 habría sido notificada a los demandantes fuera del plazo de un año que establece el artículo 2 del Real Decreto 2193/1993 de 3 de diciembre sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros (“el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación”).

La Abogacía del Estado refiere que la ampliación del plazo se llevó a efecto de acuerdo con las normas legales.

2.2.-El motivo no puede prosperar toda vez que no estamos en presencia de una investigación previa, sino que la actuación de la CNMV que precedió al expediente sancionador tiene lugar en el marco de una actuación de seguimiento de una Inspección anterior con referencia al periodo 2011, en la que se detectaron un conjunto de deficiencias que concluyeron con un acuerdo sancionador. En efecto, la parte recurrente afirma que fue objeto de varias inspecciones; una iniciada entre el 1 de enero y el 30 de septiembre de 2011 (procedimiento sancionador 11/2004, acuerdo de 16 de febrero de 2015) ,y una segunda inspección anunciada el 6 de mayo de 2014 en la que se comunicó que se realizaría una “Inspección de seguimiento a Mercados y Gestión de Valores AV, SA, con referencia a 31 de marzo de 2014”, que tenía por objeto comprobar la subsanación de deficiencias puestas de manifiesto en la primera inspección.

2.3.- La Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores en la versión vigente en el momento en el que se inició la inspección el 6 de mayo de 2014 sujetaba a la Agencia a las facultades de supervisión e inspección que imponía para las agencias de servicios de inversión y demás sujetos obligados, de una forma muy amplia, no solo para la verificación del cumplimiento de las normas legales que disciplinan la actividad regulada que desempeñan, sino para verificar que los requerimientos previos realizados tras una inspección previa se cumplieron en forma, ajustando la actividad a las normas legales. En este sentido no podemos desconocer al abordar el estudio de este recurso que los demandantes habían sido objeto de una inspección previa llevada a cabo en 2011 que concluyó con sendas sanciones. La resolución sancionadora lleva data de 16 de febrero de 2015, y fue objeto de examen por esta Sala en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017 (rec.409/2016) que devino firme tras la inadmisión del recurso de casación planteado frente a ella (ATS de 10 de diciembre de 2018).

2.4.-El artículo 85 de la LMV, bajo el título “Facultades de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Supervisión e inspección” disponía en la versión entonces vigente que:

1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores dispondrá de todas las facultades de supervisión e inspección necesarias para el ejercicio de sus funciones. Estas facultades las podrá ejercer:

a) directamente;

b) en colaboración con otras autoridades, nacionales o extranjeras, en los términos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo;

c) mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes. En particular podrá solicitar el embargo o la congelación de activos.

El párrafo segundo establece las facultades que comprende la labor inspectora en los siguientes términos:

"2. En la forma y con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, las facultades de supervisión e inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores incluirán al menos las siguientes potestades:

*a) **acceder a cualquier documento** bajo cualquier forma y **recibir una copia** del mismo;*

*b) requerir de cualquier persona la **remisión de información** en el plazo que razonablemente fije la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, si es necesario, citar y tomar declaración a una persona para obtener información;*

*c) **realizar inspecciones** con presencia física en cualquier oficina o dependencia;*

*d) requerir los **registros telefónicos y de tráfico de datos** de que dispongan;*

e) requerir el cese de toda práctica que sea contraria a las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo;

h) recabar de los auditores de las empresas de servicios de inversión y de las entidades del artículo 84.1.a) y b) cualquier información que hayan obtenido en el ejercicio de su función;

*i) adoptar cualquier tipo de medida para asegurarse que las personas y entidades sometidas a su supervisión **cumplen con las normas y disposiciones aplicables, o con los requerimientos de subsanación o corrección realizados**, pudiendo exigir a tales personas y entidades, a tal fin, la aportación de informes de expertos independientes, auditores o de sus órganos de control interno o cumplimiento normativo;*

*.....m) autorizar a auditores o expertos a llevar a cabo **verificaciones o investigaciones**, de acuerdo con lo previsto en la letra c) del apartado 4 del artículo 91;*

La actividad de inspección desplegada no tiene lugar como una actuación previa, sino como una inspección de seguimiento, que se enmarca dentro de las funciones inspectoras que corresponden a la CNMV, y esta actividad – que en ocasiones precede al expediente sancionador- no forma parte del procedimiento sancionador, y tampoco ha de considerarse una información previa del artículo 69.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy artículo 55 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), como afirma la demandante. La información previa tiene lugar "con anterioridad al acuerdo de iniciación", "con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento", y lo que aquí sucede es que la CNMV despliega sus facultades legales con objeto de verificar que la Agencia cumple las normas de disciplina en el desarrollo de una actividad regulada, para la que se comprobó que no cumplía con la LMV. Por lo tanto, en uso de las facultades que le corresponden la CNMV procedió a "*asegurarse que las personas y entidades sometidas a su supervisión cumplen con las normas y disposiciones aplicables, o con los requerimientos de subsanación o corrección realizados*" (artículo 85.2 i) LMV).

Consecuencia de esta actividad de supervisión, que es perfectamente legal y entronca con la constatación de una serie de deficiencias muy graves acaecidas en 2011 (véase Acuerdo de 16 de febrero de 2015 – folios 921 y ss-), confirmadas en sentencia firme, fue la apertura del expediente sancionador.

2.5.- La sentencia que cita la demandante (STS, Contencioso sección 3 del 06 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2380/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2380)), viene referida a la materia subvencional, que tiene unos perfiles propios y diversos a la materia de regulación de mercados, lleva a una conclusión opuesta a la que propugna.

En ella se recuerda la finalidad de las informaciones previas, y las facultades de control e inspección que competen a la Administración en diversos ámbitos. Estas potestades permiten que esta despliegue sus funciones inspectoras o de comprobación sin sujeción a plazo, y sin incorporar el periodo de estas actuaciones dentro del procedimiento sancionador. No es óbice para ello que puedan descubrirse elementos de auténtica instrucción, en cuyo caso será preciso abrir un procedimiento de incumplimiento (propio de la actividad de fomento). Pero aun en estos casos, se recuerda que *“no resulta criticable que en supuestos como el presente el procedimiento de incumplimiento se abra cuando la Administración ha comprobado previamente datos fehacientes sobre el posible incumplimiento.*

A lo anterior es preciso añadir dos precisiones. En primer lugar, que una actuación administrativa como la ocurrida en el presente supuesto -prolongado período de comprobación previo y apertura del procedimiento de incumplimiento cuando la Administración tiene prácticamente realizada ya una instrucción suficiente como para apreciar que existe incumplimiento- sólo sería objetable si puede acreditarse que la misma tiene una finalidad desviada de sustitución del procedimiento de incumplimiento por una actividad menos garantista, si bien presumiblemente sólo habría nulidad de pleno derecho -a reserva de las circunstancias concretas sin las que resulta imposible hacer afirmaciones de carácter general- en caso de que se produjera una efectiva indefensión o ausencia plena de procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992. En segundo lugar que, como es natural y ya hemos señalado, siempre habrá finalmente que incoar formalmente un procedimiento de incumplimiento antes de que la irregularidad haya prescrito”.

2.6.- El motivo debe decaer. Las actuaciones han servido para verificar los incumplimientos que se achacan a la parte demandante, y debido a la complejidad de estas verificaciones el procedimiento se ha prolongado entre el 6 de mayo de 2014 (anuncio de la inspección con objeto de hacer una inspección de seguimiento de los hechos puestos de manifiesto con fecha 30 de septiembre de 2011 y comunicados el 20 de febrero de 2013) al 23 de febrero de 2015 (Informe razonado); lo que no es obstáculo para poder considerar las actuaciones dentro de su específica finalidad, y que a la vista del informe razonado se decida abrir un procedimiento sancionador destinado a restaurar el orden jurídico vulnerado por segunda vez, pese a la existencia de unas sanciones en fechas no muy alejadas en el tiempo (toda vez que el primer expediente sancionador concluye mediante acuerdo de 16 de febrero de 2015, siendo confirmada esta resolución por sentencia de 16 de noviembre de 2017, rec. 409/2016, firme el 10 de diciembre de 2018).

TERCERO.- Concurrencia de irregularidades en el curso de la inspección domiciliaria que impiden considerar que se hayan recabado válidamente los elementos probatorios.

3.1.- La parte demandante considera que la inspección domiciliaria a la que fue sometido no es válida, e incumple los requisitos que se exigen para este tipo de actuaciones. En concreto, la CNMV no disponía de indicios de infracción, por lo que entiende que ha realizado una auténtica inspección exploratoria. Afirma que la inspección no se focalizó en los puntos en los que parecía venir referida, a saber, “verificar que los procedimientos referidos a la gestión y ejecución de órdenes cumplen con lo dispuesto en el artículo 79 sexies así como el capítulo II dela Ley del Mercado de Valores”, por lo que se acordó “ realizar una auditoría de los procesos informáticos en el ámbito de la inspección”, con la “finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones

establecidas en la Ley del Mercado de Valores” (folio 9 de la demanda). De ahí que el requerimiento de información comprendiera toda la información y equipos informáticos.

Entiende que en la inspección domiciliaria tuvo lugar un clonado de discos duros sin que se realice ninguna selección de información con relación al objeto de la inspección (incautación indiscriminada); y se accede a todo el material entregado. Y participan empresas externas (Gran Thorton y On Retrieval), sin ninguna cobertura legal.

Con ocasión de este clonado se detectaron incidencias en el envío de 12 correos, en los que se advierte la posibilidad de que no fueran enviados.

Hay un hecho fundamental que no se ha considerado, en tanto que se ha producido una alteración en la cadena de custodia toda vez que el disco número 5 sufrió una incidencia técnica que no permite garantizar la integridad de la evidencia.

La CNMV vulneró lo dispuesto en la Ley 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicación, prevaliéndose de sus facultades de requerimiento de información.

En definitiva, la prueba de cargo fundamental empleada por la CNMV (los clonados de los discos duros) adolece de defectos técnicos esenciales que impiden considerarla una prueba válida.

3.2.- La Abogacía del Estado se opone al motivo, alegando que no se ha producido ninguna de las irregularidades que denuncian los demandantes, toda vez que con fecha 6 de mayo de 2014, se remitió por el DSEE a M&G escrito en el que se le informaba de la realización de una inspección de seguimiento cuyo objetivo básico sería *“revisar la efectiva subsanación de algunos de los hechos puestos de manifiesto en la inspección llevada a cabo con fecha de referencia 30 de septiembre de 2011 y comunicados en nuestro escrito de 20 de febrero de 2013”*, y en el que se le requería la puesta a su disposición de determinada documentación, precisa para el desarrollo de la inspección, al tiempo que se le advertía que la *“petición de información podrá ampliarse durante la inspección en función del resultado de las actuaciones que se realicen”*. En relación con ello, ha de señalarse que en las actuaciones de inspección realizadas por el DSEE, los trabajos se desarrollan en buena parte a distancia, mediante el examen y análisis de la documentación requerida previamente a la entidad y remitida por ella, y la presencia física tuvo lugar durante los días 3 y 4 de junio de 2014, siendo en el segundo de los días -4 de junio- cuando se hicieron los clonados de varios equipos informáticos de la Agencia.

De conformidad con lo establecido en los apartados 2.c) y 3 del artículo 85 LMV, no puede olvidarse que, de un lado, la CNMV está legalmente investida de la potestad de *“realizar inspecciones con presencia física en cualquier oficina o dependencia”*, y de otro que, en su condición de ESI inmersa en un proceso de inspección por parte de la CNMV, M&G venía legalmente obligada *“a poner a disposición de la Comisión cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, ésta considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase”*; de acuerdo con ello, ninguna objeción puede realizarse a la inspección.

No hay vicio del consentimiento para el clonado ya que ningún derecho asistía a M&G a oponerse a dicho clonado, porque de acuerdo el artículo 85.3 LMV, la Agencia estaba obligada a acceder a dicha actuación de la CNMV, motivo por el cual dicha cuestión resulta irrelevante desde la perspectiva de la garantía de sus derechos fundamentales. En segundo lugar, en relación con la supuesta falta de información acerca del objeto y finalidad de dicha actuación, basta con leer el requerimiento del que, por parte del equipo inspector, se le hizo entrega a M&G

al efecto de la realización de los tan citados clonados, para que dicha alegación quede completamente desvirtuada.

3.3.- Las alegaciones de los demandantes se desvanecen a la luz de los hechos que hemos expuesto, y de las normas contenidas en el artículo 85 de la LMV. En efecto, lejos de lo que afirma la parte demandante en relación a la realización de una investigación exploratoria, los hechos evidencian que tras una primera inspección en 2011 que desembocó en varias sanciones muy graves a los hoy demandantes (artículos 99 z) bis, y artículos 70 ter 1.d) y 70 quáter de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores; y artículos 99.i) y 70 ter.1. e), 99 z) ter), lo que se pretendía era verificar que los requerimientos de subsanación realizados se habían cumplimentado. Por lo tanto, en uso de sus facultades legales la CNMV podía no solo realizar la inspección sino personarse en las oficinas de la Agencia, y realizar una auditoría informática con el fin de hacer las comprobaciones necesarias para constatar el cumplimiento de la legislación en vigor, que no se había observado en fechas precedentes, conforme puso de manifiesto la Inspección de 2011 y el posterior acuerdo sancionador al que nos hemos referido.

El artículo 85.2 de la LMV legitima a la CNMV a *"a) acceder a cualquier documento bajo cualquier forma y recibir una copia del mismo; b) requerir de cualquier persona la remisión de información en el plazo que razonablemente fije la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, si es necesario, citar y tomar declaración a una persona para obtener información; c) realizar inspecciones con presencia física en cualquier oficina o dependencia; d) requerir los registros telefónicos y de tráfico de datos de que dispongan"*.

Por consiguiente, la parte sujeta a la inspección de seguimiento no podía negarse a la misma, y venía obligada a facilitar a la CNMV los datos requeridos, en orden a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales con fallida observancia a tenor del resultado de la primera Inspección.

El artículo 85.3. de la LMV dispone que *"En virtud de lo dispuesto en el apartado anterior, las personas físicas y jurídicas enumeradas en el artículo 84 quedan **obligadas a poner a disposición de la Comisión cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, ésta considere precisos, incluidos los programas informáticos** y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase, incluidas las conversaciones telefónicas de índole comercial que hayan sido grabadas con el consentimiento previo del cliente o inversor.*

Las personas físicas están obligadas a comparecer ante citaciones de la Comisión para la toma de declaración.

*En la medida que sea necesario para el eficaz ejercicio por la Comisión de sus funciones de supervisión e inspección, las personas o entidades que presten cualquier tipo de servicio profesional a las personas comprendidas en los párrafos anteriores **están obligadas a facilitar cuantos datos e informaciones les sean requeridos por ésta**, de conformidad con lo dispuesto, en su caso, en la normativa específica que regule su profesión o actividad.*

A tales efectos, el acceso a las informaciones y datos requeridos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ejercicio de sus funciones de inspección y supervisión se encuentra amparada por el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los datos accedidos únicamente se emplearán para el ejercicio de las mencionadas potestades en los términos previstos en esta Ley".

Puede observarse sin dificultad que las alegaciones de la demandante no encuentran ningún apoyo legal, toda vez que la Inspección y las actuaciones practicadas en el marco de esta derivan de potestades expresamente previstas para la regulación y control del funcionamiento de las

empresas de servicios de inversión de acuerdo con los principios de transparencia, integridad del mercado y protección del inversor. Por consiguiente el motivo decae.

3.4.- Estas normas que hemos examinado permiten dar entrada en el marco de la inspección a personal colaborador, tal y como ha sucedido en este caso, puesto que el artículo 85.2 de la LMV prevé que “la supervisión e inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores incluirán al menos las siguientes potestadesm) *autorizar a auditores o expertos a llevar a cabo verificaciones o investigaciones*”.

A su vez, el artículo 91.4 LMV prevé que *“En caso de que la Comisión Nacional del Mercado de Valores reciba una solicitud relativa a una verificación “in situ” o a una investigación, en el marco de sus competencias:*

a) realizará ella misma la verificación o investigación;

b) permitirá que la realicen las autoridades que hayan presentado la solicitud, o

c) permitirá que la realicen auditores o expertos”.

En este caso, la labor de los expertos (Grant Thornton y On Retrieval) que han intervenido a instancia de la CNMV trata de llevar a cabo unas verificaciones, al constatarse que determinadas órdenes, que deben registrarse y aparecer debidamente justificadas con carácter previo a la realización de una operación de carteras gestionadas, aparecen en unos correos en los que no existe constancia ni evidencia de envío previo al departamento de administración y control para el desglose y ejecución de las órdenes ; razón por la que se hace preciso una comprobación de carácter técnico que es llevada a efecto por el proveedor de servicios de correo electrónico ACENS TECHNOLOGIES SL (tráfico de comunicaciones) y, a continuación, por las entidades Grant Thornton y On Retrieval, resultando que ambas llegan a unos mismos resultados que se documentan convenientemente en las actuaciones (véase Informe Razonado de fecha 23 de febrero de 2015 así como los anexos adjuntos, en los que se incorporan los informes técnicos y complementarios aludidos, actas de clonado y precinto etc).

Entre las facultades de la CNMV se encuentra la de *d) requerir los registros telefónicos y de tráfico de datos de que dispongan; y e) requerir el cese de toda práctica que sea contraria a las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo;*

De ahí que no se pueda establecer tacha a lo acaecido, a la vista de los datos arrojados por la muestra, y la necesidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los artículos 79 sexies 1.b) y 70 ter 2.e) (“disponer de procedimientos y sistemas de gestión de órdenes en los términos que se determine reglamentariamente, que permitan su rápida y correcta ejecución y posterior asignación, de forma que no se perjudique a ningún cliente cuando se realicen operaciones para varios de ellos o se actúa por cuenta propia. Dichos procedimientos o sistemas permitirán la ejecución de órdenes de clientes, que sean equivalentes, con arreglo al momento en que fueron recibidas por la empresa de servicios de inversión” y “llevar registro de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión de forma que se pueda comprobar que se ha cumplido todas las obligaciones que la presente ley les impone en relación con sus clientes”. En particular, el artículo 33 del Real Decreto 217/2008 impone el registro magnético y que la anotación de las operaciones esté sustentada por una orden de entre las comprendidas en el registro de órdenes. Todo ello con el fin de evitar la manipulación y la adecuada acreditación de la realización de una rápida y correcta asignación de órdenes sin perjudicar a ningún cliente.

3.5.- La parte demandante opone que el material probatorio utilizado no constituye prueba válida, porque se ha obtenido mediante una incautación indiscriminada, que ha permitido el acceso a todo el material entregado, con ruptura de la cadena de custodia.

El examen del expediente y de las actas de clonado desvirtúa tales afirmaciones, porque no hay una incautación indiscriminada: son cuatro los equipos clonados, y el análisis del material se lleva a cabo con una herramienta que permite detectar directamente la información que se trata de buscar y verificar. La pericial de Grant Thornton (folio 95 del informe razonado), describe el software utilizado y explica que *“con este software el investigador tiene la capacidad de recuperar tanto la información existente como la borrada por el usuario del equipo (siempre y cuando no haya sido sobrescrita), pudiendo dirigir sus búsquedas lanzando parámetros que no vulneren la intimidad, centrándose solamente en los elementos a investigar.*

Mediante el uso de esta herramienta, se identificaron los buzones de correo electrónico que se hallaban en las distintas evidencias y se llevó a cabo un proceso de recuperación de los mensajes existentes y correos eliminados para su posterior análisis”.

“Tras el análisis de la documentación remitida por la CNMV . . . No aparecen en el registro de datos del suministrador del servicio de correo de operaciones, lo que junto a lo indicado en el punto 5.2 confirma que no fueron enviados. Los correos remitidos por PC sí aparecen en el log del servidor, lo que conforma su veracidad” (folio 101).

Quiere decir que no hay una incautación indiscriminada, porque los equipos clonados no son la totalidad de los que existen en la Agencia (22 empleados y 13 agentes), sino los de las cuatro personas entre las que debían haberse transmitido los correos puestos en tela de juicio (folio 93); y sobre esos correos se proyectó la comprobación, mediante el empleo de una herramienta que discriminaba los elementos de búsqueda.

Finalmente, tampoco puede apreciarse una ruptura en la cadena de custodia que resulte relevante. El examen de las actas de clonado – obran en el folio 111 y ss correspondiendo a los anexos del informe razonado- se detalla la forma en la que tuvo lugar el clonado y el precinto de los elementos destinados al laboratorio. La resolución sancionadora señala que lo referido en el informe de Securizame aportado por los demandantes en relación al disco 5, carece de trascendencia porque tal disco no fue utilizado para la obtención de pruebas en el procedimiento sancionador. La resolución sancionadora de 29 de septiembre de 2018 apunta en el folio 19, al examinar unas alegaciones idénticas a las que se esgrimen en este recurso, que: *“En lo que se refiere a la segunda cuestión planteada en el informe de SECURIZAME 2, relativa a la alteración producida en la copia de uno de los discos clonados en M&G, ha de señalarse que resulta cierto que la Dirección de Sistemas de Información de CNMV, al llevar a cabo – durante el periodo probatorio y para su traslado a los expedientados, que así lo habían solicitado- una copia de las evidencias digitales obtenidas en M&G, no utilizó herramientas forenses que impidieran la escritura, resultando de esta manera alterada la copia del “disco 5”; en efecto, el “disco 5” consistía en una partición – en la que se volcó la información del servidor de ficheros de M&G, por lo que , al conectarlo sin bloqueo de escritura, se escribió en el mismo, y el código hash de esta copia no coincide con la del acta de recogida de la evidencia, viéndose alterada de esta manera la cadena de custodia para esta copia forense.*

No obstante lo anterior, lo realmente relevante es que dicho suceso no ocurrió con la copia de los discos 1 a 4, al tratarse de ficheros que contenían una imagen (ficheros DD) los cuales fueron debidamente copiados, y calculado su código hash, que coincidía con el de las evidencias digitales obtenidas en M&G, quedando, pues, debidamente salvaguardada la cadena de custodia por lo que a estas copias forenses se refiere. Siendo así, y teniendo en cuenta que el “disco 5” no fue objeto de análisis forense por parte de GTA ni por tanto sus conclusiones se apoyaban en la información

contenida en dicha evidencia, el hecho de que resultase alterada la cadena de custodia con respecto a la misma, no afecta a las conclusiones ni a la validez probatoria del informe de GT".

3.6.- La Jurisprudencia que cita la parte demandante en apoyo de sus alegaciones (Sentencia de 15 junio 2015, 6 de abril de 2016, Sentencia de 27 febrero 2015 etc) viene referida a una materia y legislación distinta; a saber, se trata de las normas sobre defensa de competencia (en concreto la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia), que delimitan de forma distinta el ámbito de la inspección y las facultades de su personal.

Sobre dicho particular, debe hacerse notar que en el artículo 40 de la Ley 15/2007 la entrada y registro en un establecimiento en el marco de una investigación o información previa requiere, bien el consentimiento, bien una autorización judicial (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 junio 2015, Rec. 1407/2014), cosa que aquí no sucede por expresa previsión del artículo 85 de la LMV.

En cualquier caso, se debe apuntar, en línea con la Jurisprudencia que cita la demandante, que en este caso ni se han obviado las normas legales, ni se ha difuminado el objeto de la inspección, porque claramente se indicó desde el inicio de las actuaciones cual era la finalidad de la inspección de seguimiento, y cuál era su objeto. Tal y como hemos visto, la inspección no se asienta sobre una mera sospecha, sino que entronca directamente como una inspección previa y con la necesidad de verificar que los requerimientos de subsanación realizados con ocasión de la primera inspección se habían llevado a cabo, restaurando la legalidad conculcada.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 (STS, Contencioso, sección 3 de 6 de abril de 2016 (ROJ: STS 1507/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1507)) que invoca la parte demandante recuerda la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en las inspecciones domiciliarias, para poner de relieve los requisitos que se exigen en la delimitación del objeto de la inspección, y por ello establece que: *" hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm.17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87 , Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y RoquetteFrères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).*

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17 , las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79 , Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères , citada en el apartado 29 supra , apartados 81, 83 y 99)."

En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 junio 2015, Rec. 1407/2014, ECLI: ES:TS:2015:2879; o Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 27 febrero 2015, Rec. 1292/2012, ECLI: ES:TS:2015:941.

Esta doctrina, si bien referida a otros supuestos regulados en normas que son ajenas a la regulación especial prevista en la LMV, no sería aplicable, pero aun cuando lo fuera, los principios que refleja acerca de los elementos sobre los que debe versar la inspección no han sido desatendidos. La inspección estuvo delimitada convenientemente desde su inicio; y con posterioridad, cuando se practicaron pruebas complementarias (mediante la intervención de ACENS y Grant Thornton), quedó en todo caso bien clarificado qué es lo que buscaba la inspección; a saber, si los doce e-mails que se justificaban mediante simples copias en papel sin constancia de envío, habían sido enviados o no. Los informes remitidos por ACENS y por Grant Thornton, destacan que tal objeto estaba convenientemente delimitado, puesto que en sus informes siempre se refieren al tráfico de datos hallado en los servidores (informe de ACENS), y a las huellas dejadas en los discos duros y en las bandejas de borrados (bandeja de “eliminados”) y salidas (bandeja de “enviados”) de los correos (informe de Grant Thornton). El motivo no puede ser estimado por las razones expuestas.

3.7.- Vulneración de la Ley 25/2007 de 18 de febrero de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicación. La CNMV se prevalió de sus facultades de requerimiento de información para sortear la ley, ya que se dirigió directamente a la Agencia para que recabase de ACENS TECHNOLOGIES determinada información.

Alega la parte demandante que los datos conservados por ACENS no son accesibles por la CNMV, puesto que no tiene la calidad de agente facultado por la Ley, de modo que el acceso de la CNMV a través de un requerimiento realizado a M&G para que aportara los datos de tráfico conservados por el proveedor del servicio de correo es contrario a la Ley 25/2009.

En los anteriores razonamientos hemos puesto de relieve que las facultades otorgadas por la ley al regulador se extienden a *“d) requerir los registros telefónicos y de tráfico de datos de que dispongan”* a los sujetos obligados, de acuerdo con el artículo 85.2 LMV; e incluso el número 3 aclara que estos sujetos tienen el deber de *“poner a disposición de la Comisión cuantos libros, registros y documentos, sea cual fuere su soporte, ésta considere precisos, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase, incluidas las conversaciones telefónicas de índole comercial que hayan sido grabadas con el consentimiento previo del cliente o inversor”*.

Esta obligación despliega sus efectos, además, sobre quienes faciliten servicios profesionales a las empresas de servicios de inversión, como es el proveedor de servicios de correo electrónico, puesto que el párrafo tercero indicado prevé que *“En la medida que sea necesario para el eficaz ejercicio por la Comisión de sus funciones de supervisión e inspección, las personas o entidades que presten cualquier tipo de servicio profesional a las personas comprendidas en los párrafos anteriores están obligadas a facilitar cuantos datos e informaciones les sean requeridos por ésta, de conformidad con lo dispuesto, en su caso, en la normativa específica que regule su profesión o actividad”*. Y por ello prevé un régimen específico en tanto dispone que *“A tales efectos, el acceso a las informaciones y datos requeridos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ejercicio de sus funciones de inspección y supervisión se encuentra amparada por el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los datos accedidos únicamente se emplearán para el ejercicio de las mencionadas potestades en los términos previstos en esta Ley”*.

Este acceso al tráfico de datos viene expresamente autorizado a tenor de las normas del artículo 85.2 y 3 de la LMV, y no requiere ningún consentimiento, en virtud de la remisión expresa que se efectúa al artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999 (hoy artículo 6.1 L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales). El artículo 11 citado requiere para el acceso y cesión de datos personales el consentimiento del interesado, con la excepción de aquellos supuestos en los que la cesión está autorizada por ley, que es precisamente lo que ocurre en este caso.

Si bien es cierto que el acceso al tráfico de datos (que no al contenido) se ha proporcionado por la Agencia M&G a través de su proveedor de servicios, no lo es menos que ello no constituye una práctica viciada, como sostiene el demandante, porque tal acceso está permitido y viene obligado en el marco de la regulación en la que ha de ser examinado el presente recurso.

La Ley 25/2007 de 18 de febrero de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicación, que se dice vulnerada no es aplicable en este caso. De acuerdo con su Exposición de Motivos y el objetivo declarado en el artículo primero la "Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Se trata, en definitiva, establecer la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por ellos, para permitir su disposición por parte de los agentes facultados. Estos agentes facultados son: los miembros de los Cuerpos Policiales autorizados en una investigación criminal por la comisión de un delito, el personal del Centro Nacional de Inteligencia para realizar un investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, así como los funcionarios de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es patente que la investigación que nos ocupa se despliega fuera del ámbito de la norma invocada, y por tanto las alegaciones sobre las que se sustenta el motivo deben ser desestimadas.

CUARTO.- Vulneración del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993. Improcedencia de la imposición de nuevas sanciones por infracción de los artículos 99.l) y 99 z) ter de la LMV, al tener lugar los hechos sancionados mientras se encontraba abierto un expediente sancionador.

4.1.- La parte demandante alega en apoyo de este motivo que las infracciones sancionadas debieron ser incorporadas al expediente sancionador que concluyó mediante Orden de 16 de febrero de 2015 (expediente 11/2014), en el que se imputaban las mismas sanciones. Considera que estamos en presencia de una infracción continuada que no podía ser dividida en dos procedimientos sancionadores, sino que debió ser objeto de un único procedimiento en la modalidad de infracción continuada.

Remarca que la tramitación del procedimiento sancionador indicado tiene lugar de forma coetánea a la inspección iniciada el 6 de mayo de 2014. De hecho, en el requerimiento de 12 de noviembre de 2014 se hace constar que "como ha quedado patente de lo expuesto con anterioridad, su archivo de justificantes de órdenes y desgloses no asegura la integridad de la información y resulta por tanto susceptible de ser manipulado, por lo que cabe concluir que no ha subsanado las incidencias de fondo referidas a los procedimientos de gestión y ejecución de órdenes de gestión".

El artículo 4.6 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto establece en el primer párrafo que "no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya

recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo"; en cuyo caso debe sancionarse como infracción continuada.

4.2.- La Abogacía del Estado sostiene, por el contrario, que el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto únicamente vincula la prohibición de iniciar un nuevo procedimiento sancionador sobre hechos o conductas constitutivos de infracción en los que un sujeto persista de forma continuada, a la circunstancia de que *"no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo"*.

Significa que, una vez dictada la resolución sancionadora -Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 16 de febrero de 2015- que puso fin al expediente sancionador 11/2014, seguido por la CNMV por diversos hechos constitutivos, entre otras, de las mismas infracciones objeto del presente expediente, y alcanzada por la misma su carácter ejecutivo -cosa que ocurrió el 4 de marzo de 2016, una vez desestimado por el citado Ministerio el recurso de reposición interpuesto contra la misma y notificado a los Recurrentes -, la CNMV quedaba legalmente habilitada para incoar un nuevo expediente sancionador por hechos constitutivos de las mismas infracciones que el anterior, siempre que los hechos objeto del nuevo expediente fueran posteriores en el tiempo a los tratados en el procedimiento previo.

Y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso; en efecto, no puede olvidarse que: i) el presente procedimiento sancionador fue incoado el 19 de mayo de 2016, cuando la resolución del previo expediente sancionador 11/2014 ya había alcanzado carácter ejecutivo (lo alcanzó, como se ha dicho anteriormente el 4 de marzo de 2016); y ii) los hechos analizados en el primer procedimiento venían referidos al período 1/1/2011 a 30/9/2011, mientras que los que son objeto de este expediente vienen referidos a un período de tiempo (del 1/1/2014 al 15/6/2014) casi tres años posterior.

En consecuencia, y desde la perspectiva anteriormente expuesta, ninguna irregularidad puede predicarse de la incoación y tramitación del presente procedimiento sancionador.

4.3.- La Sala hace suyos los argumentos que aporta la Abogacía del Estado, en orden a poner de manifiesto que cuando se inició el segundo expediente sancionador ya había quedado concluso con carácter firme y ejecutivo el primero de ellos. En cualquier caso, debe precisarse que mal podría en este caso apreciarse la continuidad infractora cuando observamos que los hechos analizados en el primer y el segundo expediente distan en el tiempo varios años, y se refiere a conductas que difieren unas de otras, especialmente en el modus operandi .

4.3.1.- El artículo 4.6 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto considera infracción continuada "la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

La figura de la infracción continuada tiene su origen en el derecho penal, conforme establece el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 2004 (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 30 Noviembre 2004, Rec. 6573/2001), en la que "constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal", y que se exige que "concurran con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza”.

Debe hallarse *“una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto”*.(Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1552/2019 de 11 noviembre 2019, Rec. 6537/2018, ECLI: ES:TS:2019:3601; Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1604/2018 de 8 noviembre 2018, Rec. 4055/2017, ECLI: ES:TS:2018:4023). En suma, *“la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención. La finalidad de esta figura es evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas”* (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 16 Mar. 2010, Rec. 5548/2006, ECLI: ES:TS:2010:1209).

El primer requisito no se da puesto que los hechos no son próximos en el tiempo, en tanto que se sitúan en periodos distintos de 2011 y 2014, ni puede considerarse que correspondan a un plan previamente concebido dada la distancia en el tiempo.

4.3.2.- Las infracciones sancionadas en el primer expediente son las establecidas en los artículos 99 z) bis, 99 l) y 99 z) ter de la LMV; Y en el segundo caso, se trata de un concurso del artículo 99 l) y 99 z) ter del mismo texto legal. Sin embargo, la operativa de los hechos no es la misma. El examen de la resolución sancionadora de 16 de febrero de 2015 permite constatar que los hechos que se imputan a la Agencia y a su Consejero D. RC corresponden al periodo 1 de enero de 2011 a 30 de septiembre de 2011, en el que se detectan deficiencias en: 1) la llevanza de los registros de órdenes y sus justificantes en relación con las órdenes de autocartera de un cliente institucional; 2) en los procedimientos de gestión y ejecución de órdenes y 3) en el desarrollo de la actividad en relación a la organización que se releva inadecuada por la confluencia de funciones en uno de los directivos (D. RC) que impiden detectar y gestionar los conflictos de interés-.

Los hechos que sustentan las deficiencias se refieren básicamente a la operativa sobre sus propias acciones del cliente Telefónica, de cuyas instrucciones de compra y venta no conservaba justificantes, y que en ciertas sesiones coincidía con una operativa sobre ese mismo valor para ciertos clientes gestionados, entre los que destaca una sociedad vinculada al Consejero Delegado (Ritmo), que obtuvieron un beneficio relevante. Estas asignaciones se realizaron con un retraso significativo, y en consecuencia cuando ya era conocida la evolución del valor en el mercado.

El Consejero Delegado, que era accionista mayoritario de M&G gestionaba carteras y era directamente receptor de órdenes del cliente Telefónica, entre otras funciones.

Se destacaba en la resolución sancionadora que la “Agencia no ha conservado justificante de las órdenes telefónicas recibidas de su cliente Telefónica sobre su autocartera sin que quepa considerar que los escritos mensuales señalados sean justificantes de órdenes. En la anterior inspección realizada a M&G con fecha de referencia 30/11/2008, se le pusieron de manifiesto a la Agencia diversas deficiencias detectadas en relación con los deberes de conservar justificantes de las órdenes, en las que se incluía el que M&G recibía órdenes de clientes relevantes en los

teléfonos móviles de los responsables de la Agencia - que no se grababan.". Se constata que la Agencia se comprometió a adoptar medidas que no se han cumplido al menos en relación al cliente Telefónica.

Del mismo modo se advierte que el libro registro de órdenes contiene deficiencias que evidencia órdenes que no se introducen inmediatamente en el terminal de Bolsa y que contiene información errónea debido a la gestión por tramos de determinadas órdenes.

En cuanto a las deficiencias de procedimientos de gestión y asignación de las órdenes, se circunscriben a la falta de preasignación de un código completo de clientes, y el desglose de operaciones con inobservancia del Manual de Procedimiento: la revisión de la asignación definitiva de operaciones preasignadas con códigos incompletos pone de manifiesto que operaciones que corresponden a códigos preasignados a Telefónica fueron asignadas finalmente a otros clientes en el desglose de operaciones, entre los que aparece el cliente Ritmo (En ocasiones suponía asignación con beneficios conocidos) .

4.3.3.- De lo dicho hasta aquí se desprende que los hechos que son objeto de controversia guardan cierta relación con los precedentemente sancionados, en tanto que interviene una misma Agencia y su Consejero Delegado, si bien los hechos que se imputan son distintos aun cuando todos ellos comportan desconocer el Manual de procedimiento y las normas de gestión y ejecución de órdenes. En el expediente que nos ocupa las irregularidades apreciadas por la inspección se refieren a operaciones tramitadas por cuenta de clientes gestionados, que se introducían en el mercado sin identificación del cliente y sin cumplimiento del Manual de Procedimiento, que exigía en tales casos una orden escrita del gestor o un correo electrónico al departamento de administración y control con el desglose correspondiente, que en determinados casos no se hizo o no se justificó por parte del ahora demandante Sr. C.

QUINTO.- Inexistencia de las infracciones imputadas: la prueba pericial demuestra que las conclusiones extraídas en torno a los 12 e-mails son erróneas.-

5.1.- La parte demandante sostiene en sus alegaciones que la prueba pericial obrante en los autos (y admitida por la Sala) conduce a concluir que las conclusiones de la CNMV en torno a los 12 correos electrónicos supuestamente no enviados por RC son erróneas.

Repárese –dice- en que ambas infracciones imputadas a MG VALORES y RC se fundamentan en el supuesto no envío de esos 12 correos electrónicos. Esta conclusión se alcanza con base en el Informe de Grant Thornton y la información proporcionada por el proveedor de servicio de correo electrónico ACENS, que a juicio de los recurrentes queda desvirtuada en los Informes de Securizame aportados en vía administrativa, y como prueba pericial en este contencioso.

5.2.- Estas alegaciones han sido ampliamente debatidas en la resolución impugnada (y la resolución sancionadora que confirma), en la que se hace un estudio exhaustivo de las pruebas obtenidas a lo largo de las actuaciones inspectoras y en el procedimiento sancionador.

Los recurrentes tratan de desvirtuar las conclusiones alcanzadas por el Ministerio de Economía y por la CNMV, con el fin de poner de relieve que los 12 e-mails controvertidos que la CNMV entiende no enviados (generando los incumplimientos y la sanción muy grave impuesta) constituyen hechos aislados en el marco de la actividad de la Agencia, y que de acuerdo con el informe de Securizame tales correos podrían estar enviados en un momento posterior al que aparece en el encabezado de estos e-mails, debido a problemas técnicos.

Lo cierto es que la CNMV remarca que las evidencias de no envío de los citados correos deriva de la forma en que se ha conservado la justificación y los desgloses de órdenes de operaciones,

resultando que los correos en papel no muestran una huella de envío, a través de sellos de hora u otras marcas. Por ello, durante la Inspección se solicitó del proveedor del servicio de correo electrónico ACENS que facilitara un listado del contenido y tráfico de correos que se produjo durante el periodo analizado correspondiente a la muestra examinada por la CNMV. De lo que resultó que tales correos no aparecían en el flujo de correos analizados alojados en el servidor.

Este hecho determinó una auditoría informática (Grant Thornton), con el resultado que se expone: *5.2 Análisis de los Resultados del muestreo de los archivos encontrados.*

Sobre cada uno de los archivos encontrados se analiza la ruta dónde se encuentra junto con los metadatos, detectándose lo siguiente:

Correos remitidos por D. RC.

a. Los archivos solo están en el disco correspondiente a al Sr. RC, sin encontrarse en ninguno de los destinatarios.

b. Se encuentran solamente en ese pc en la carpeta de eliminados. En la de enviados no aparecen.

c. No presentan en el encabezado de internet ninguna información relativa a "Received: from" ni "Message-Id" que indique la recepción por un servidor.

La suma de todos los puntos anteriores abre la posibilidad de que los archivos sean solamente borradores que nunca llegaron a convertirse en un correo electrónico como tal porque no se aprecian indicios de que hayan sido enviados.

Para poder verificar completamente la hipótesis anterior, la CNMV realizó la petición de información al suministrador del servicio de correo electrónico.

Correos remitidos por D. PC,

a. Los archivos están en el disco duro correspondiente a Dña. MG.

b. Aparecen en la bandeja de entrada y en una de sus subcarpetas.

c. El encabezado de internet reúne todos los parámetros que indican que fue enviado por D. PC y recibido en el equipo de Dña. MG.

Todo ello indica que el correo existió y fue emitido y recibido por los usuarios indicados. (...)

Tras el análisis de la documentación remitida por la CNMV, proveniente del suministrador de correo Acens, se desprende que:

a. Los correo remitidos por D. RC no aparecen en el registro de tráfico del suministrador del servicio de correo operaciones, lo que junto a lo indicado en el punto 5.2 confirma que no fueron enviados.

b. Los correos remitidos por D. PC si aparecen en el log del servidor, lo que confirma su veracidad.

5.3.- Esta prueba informática es una prueba adicional, que corrobora lo expresado por ACENS. Los informes de Securizame no son incompatibles con el informe de Grant Thornton. En efecto, en este se dice que pueden existir motivos razonables que *"pueden haber hecho que los correos electrónicos controvertidos hayan sufrido algún retraso en su envío, al no ser capaz de contactar el cliente de correo con el servidor correspondiente "en tiempo real". Y que ello podría ser debido a "un alto volumen de correos electrónicos salientes, el mal funcionamiento de la red, problemas en el servidor de correo, o incluso con mayor probabilidad, en el sistema operativo o el propio MUA o cliente de correo electrónico utilizado por Don RC. Incluso que se produjese el click en el botón Enviar y que acto seguido, el usuario cerrase el MUA o cliente de correo pensando que ya se había enviado, haría que el correo se intentase despachar la próxima vez que se abriese el cliente de correo"*.

Se hace esta consideración para poner de manifiesto la ausencia de indicios concluyentes sobre el no envío de los correos. Pero no se da una explicación que justifique que sean única y exclusivamente estos correos lo que no aparezcan en las bandejas de destinatarios (departamento de Administración y Control de la Agencia M&G).

El informe de Securizame contiene una explicación alternativa que, sin embargo, resulta poco probable porque los únicos correos que han sufrido incidencias son los del Consejero Delegado Sr.C, sin que el resto del tráfico se hay visto afectado por incidencias. Estas razones son las que no

permiten acoger la tesis del actor y no dar por buenos los resultados a los que ha llegado la CNMV. La Sala hace suyas las consideraciones expuestas en el Informe Razonado y reflejadas en la resolución impugnada, cuando dice que:

La Agencia ha alegado en relación con la información aportada por Acens Technologies, SL, que las fechas y horas que figuran en sus listados podrían no tener una coincidencia exacta con las que figuren en los equipos del remitente y/o destinatario de los correos; ha aportado un escrito que ha recabado de dicha empresa en este sentido.

Al respecto se señala lo siguiente:

Tal como ya se ha indicado, no se han localizado en los listados remitidos por Acens Technologies, SL ningún correo con características idénticas (remitente, destinatarios, asunto) a las de los 12 remitidos por RC incluidos en la muestra.

- Por el contrario, en el caso de los dos correos de la muestra remitidos por PC se han localizado, uno de ellos figura en el listado a la misma hora y en el otro caso con 17 minutos de diferencia respecto a la que se ve en el propio correo.

- Adicionalmente, en el período sobre el que se dispone el tráfico de correo de Acens se Intercambiaron 5 correos entre el equipo inspector de la CNMV y la Agencia. Se han localizado estos todos ellos, que recogen en el listado de Acens la fecha y la hora correcta y coincidente con la que figura en el gestor de correos del equipo Inspector.

Estos hechos señalados, esto es, que los correos de PC y del equipo inspector de la CNMV figuran en el listado sin incidencias relevantes (tan sólo en un caso hay un desfase de minutos), apuntan a que es correcta la información sobre fecha y hora recogida en el fichero aportado por Acens, como por otra parte, es de esperar. Resulta poco verosímil la hipótesis de la Agencia de que los correos de RC hayan sido efectivamente enviados pero figuren con una fecha y hora diferente en los registros de Acens Technologies, SL, puesto que de todos los correos buscados únicamente ha resultado infructuoso el intento de localización de todos los remitidos por RC. Por otra parte, de la información obtenida en la realización de la auditoría que se describe más adelante también se concluye que los correos no fueron remitidos.

Aun cuando se aceptara la explicación que ofrecen los demandantes acerca de un posible retraso en la salida de los correos, no se explica – como bien apunta la CNMV– cómo pudieron realizarse las operaciones de desglose correspondientes, si las órdenes de inversión y sus desgloses no llegaron a los destinatarios que debían realizarlas hasta días después (lo que sigue comportando una vulneración de las obligaciones relativas a la rápida gestión y asignación de órdenes sin perjuicio de ningún cliente, prevista en el artículo 79 sexies 1.b) de la LMV).

5.4.- En este motivo se hace referencia a las incidencias acaecidas con ocasión del clonado, en el denominado “disco 5”, sobre cuyo particular nos remitimos a las consideraciones realizadas en los precedentes fundamentos, en donde se razonó acerca de la irrelevancia de esta incidencia, habida cuenta que este disco no fue analizado a efectos de prueba.

Por consiguiente, se desestima el motivo.

SEXO.- Imprudencia de la calificación de la infracción como muy grave, toda vez que la infracción no es generalizada.

6.1.- De forma subsidiaria los demandantes plantean que las infracciones no debieron calificarse de “muy graves”, sino a lo sumo de “graves”. La Resolución de la CNMV señala que la Agencia,

como consecuencia de las incidencias en los 12 e-mails, habría incurrido en un incumplimiento de lo establecido en el artículo 70.ter LMV, que constituye una infracción del artículo 99 l) LMV y, por tanto, se califica como infracción "muy grave". Dispone esta norma que:

"l) La falta de procedimientos, políticas o medidas a los que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 70 ter de esta Ley o el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de la obligación de llevanza de los registros establecidos en la letra e) del apartado 1 del artículo 70 ter o su llevanza con vicios esenciales, así como, el incumplimiento de la obligación de separación efectiva recogido en la letra f) del apartado 1 del artículo 70 ter y en la letra c) del apartado 2 del artículo 70 ter en la forma que se determine reglamentariamente."

Por otro lado, la Resolución de la CNMV imputa a los demandantes una segunda infracción en concurso ideal con la primera, en relación con el procedimiento de transmisión y desglose de órdenes de inversión para carteras gestionadas, afirmando que existe un incumplimiento de lo establecido en el artículo 79 sexies.1.b) LMV. Ese incumplimiento, se incardinaría en el artículo 99.z.ter LMV, que tipifica como infracción "muy grave": *"z) ter) La falta de políticas de gestión y ejecución de órdenes de clientes así como su inaplicación, o su aplicación sin haber obtenido el consentimiento previo de clientes, cuando en estos supuestos lo sea de forma no ocasional o aislada."*

Ambos preceptos comparten el mismo requisito. Para que exista una infracción "muy grave" debemos estar ante un comportamiento que sea "no ocasional o aislado". Este carácter inequívocamente ocasional o aislado no puede otorgarse a los 12 e-mails contenidos en el universo de la muestra examinada (203 órdenes).

6.2.- La CNMV mantiene las consideraciones que ha venido sosteniendo a lo largo del procedimiento sancionador, para remarcar, que la sanción viene prevista no solo para el caso en que el incumplimiento sea no ocasional y aislado, sino cuando la llevanza de los registros contenga vicios de carácter esencial, como en este caso. Y además, recuerda que las irregularidades vienen anudadas a un comportamiento plural y relevante (que no se identifica con generalizado), que se refleja, en una muestra representativa. Este análisis refleja que las operaciones constituyen un 3% del total de las 203 operaciones de la muestra; se producen en 35 sesiones bursátiles de las 114 del periodo; comprenden el 56% de la muestra, siendo la mayor parte (74%) clientes específicos que se introducen con un código genérico; la operativa se ordena en el 64% de las operaciones, que representa el 27% de la muestra, se desglosa en un único cliente, y en el 98% de los casos es realizada por el Sr. C.; Si la operación se realiza para un solo cliente, no se entiende que se no identifique desde el principio.

Los correos electrónicos que pretenden justificar las operaciones de desglose de clientes constituyen un 18% de la muestra. Por lo tanto, no cabe aceptar la argumentación de la demandante.

6.3.- Los términos "aislado y ocasional" que definen la infracción muy grave y la grave tienen el significado de "Solo, suelto, individual" y de algo que "ocurre o actúa en alguna ocasión", según el sentido otorgado por la RAE.

Para valorar lo acaecido y la calificación jurídica realizada por la CNMV hemos de considerar que, tal y como opone la demandada, en el caso de la llevanza de los libros registros es patente que hay un vicio esencial, desde el momento en que no se cuenta con la justificación de la orden y su desglose que permite atribuirle a un inversor determinado, de suerte que la misma es manipulable, como bien afirma la resolución impugnada.

Si los hechos son el resultado de una práctica ocasional y aislada, debe valorarse teniendo en cuenta el significado de estos vocablos, en unión de los hechos que ha constatado la Inspección.

Debe destacarse que la Inspección verificó que en el periodo analizado (1 de enero a 15 de junio de 2014) se asignaron a clientes gestionados 6.400 registros de operaciones introducidas en el SIBE, y de ellos en 2.700 ocasiones– 32%– la orden se introdujo sin ningún tipo de identificación, y en 576 ocasiones se introdujeron con códigos genéricos. En la muestra estas deficiencias (no asignación previa de clientes) representan el 50% de las órdenes, de las que el 80% son operaciones del Sr. C. Es decir, más de la cuarta parte de las órdenes se introducen sin preasignación siendo asignadas finalmente a un único cliente (Ritmo Finanzas SL).

Estos hechos revelan sin duda que se trata de deficiencias no ocasionales o aisladas, puesto que suceden en un número elevado de ocasiones en función de la muestra examinada. No puede decirse que el Registro de operaciones sea llevado en forma y que se cumpla con la regla de que “Cada anotación en el registro de operaciones deberá estar sustentada por una orden de entre las comprendidas en el registro de órdenes. Las entidades establecerán las correspondencias que deben existir entre el registro de órdenes y el registro de operaciones, y entre éste y la base contable y los saldos de los estados financieros y estadísticos relacionados con ellos.” (artículo 33.3 Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005). Y tampoco que las deficiencias respondan a la noción de hecho meramente ocasional o acontecimiento individual o único, porque no lo es.

Y lo mismo cabe razonar de la segunda infracción.

SÉPTIMO.- Subsidiariamente, incorrecta graduación de las sanciones por vulneración del principio de proporcionalidad. Sanción de inhabilitación por tiempo de 5 años.

7.1.- La resolución impugnada estableció las sanciones ya señaladas en concurso ideal, imponiendo una única sanción a cada uno de los expedientados: 450.000 euros a la Agencia y separación del cargo con inhabilitación durante 5 años para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el apartado 1 del artículo 84 de LMV en el caso de la persona física que actuaba como Consejero Delegado, que como se dijo al inicio era el accionista mayoritario y quien tomaba las decisiones de la entidad en el ámbito de la gestión discrecional de carteras de buena parte de los clientes, encargándose de la recepción de las órdenes de los clientes a los que prestaba servicio.

Para la imposición de las sanciones se tuvo en consideración:

- La existencia de un concurso ideal de dos infracciones muy graves que vulneraban dos normas jurídicas y otros tantos bienes jurídicos que eran distintos, por lo que tal circunstancia llevó a la CNMV a reforzar el reproche disciplinario, en línea con lo establecido en el Código Penal para el concurso ideal de delitos (una sola sanción que corresponde a la más grave).

- En ambos casos, se apreció que los expedientados habían sido objeto de duras sanciones en los últimos cinco años, que eran firmes (artículo 102, 105 y 106 ter.1 y 2. LMV). En concreto se hizo referencia a sendas resoluciones de 30 de enero de 2013, 16 de febrero de 2015 y 20 de mayo de 2016, con ocasión de las en las que ambos fueron sancionados por infracción grave del artículo 100 x bis; por tres infracciones muy graves de las letras z bis, l) y z ter del artículo 99; y por infracción muy graves de la letra o) del artículo 99 LMV.

La resolución sancionadora mantiene que pretende adecuarse a la gravedad de los hechos, y toma en cuenta que la multa puede ascender hasta los 836.000 euros, y la fija en la mitad

superior. Y en lo referente al Sr. C opta por la separación en el cargo con inhabilitación durante 5 años (la sanción podría ascender hasta 10).

7.2.- Este es en síntesis el planteamiento acogido en la resolución objeto de recurso, respecto de la que estimamos que no se ha obviado el principio de proporcionalidad en la graduación, que debe atender a la gravedad y entidad de los hechos sancionados con el fin de adecuarlos con la sanción que le corresponde, con el objetivo de que el incumplimiento no sea más beneficioso que la infracción (artículo 131.2 y 3 Ley 30/1992 de 29 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

A la luz de las normas aplicadas y de los razonamientos expuestos no se considera que se haya vulnerado el principio de proporcionalidad o los criterios de dosimetría punitiva que recogen los artículos 102. 105 y 106 ter.1 y 2. LMV para la graduación de la sanción. En suma, se han exacerbado las sanciones, en atención a la entidad y gravedad de los hechos, la repetición de comportamientos infractores a lo largo de un periodo de tiempo no muy alejado, y en suma se entiende que hay una justificación adecuada de la medida de la sanción que no se aparta de las normas legales.

Debe remarcarse que los comportamientos infractores han sido varios y múltiples a lo largo del tiempo, y siempre se han desarrollado dentro de un mismo marco jurídico, lo que evidencia que las sanciones no han desplegado ningún efecto en orden a propiciar el respeto a las normas.

7.3.- La parte demandante alega que es improcedente utilizar las dos últimas resoluciones que se citan, a saber, la Orden de 16 de febrero de 2015 y la Orden de 20 de mayo de 2016, porque en el momento de producirse la supuesta infracción (primer semestre de 2014, pág. 8 de la Resolución de la CNMV), no se había dictado la Orden de 16 de febrero de 2015 ni la de 20 de mayo de 2016. Es decir, para aplicar una agravante de reincidencia los hechos que se sancionan deben ser posteriores a las resoluciones sancionadoras firmes que se hayan dictado. No es posible aplicar la circunstancia agravante en relación con resoluciones sancionadoras que no existían al tiempo de producirse la infracción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara al afirmar que: *“sólo los hechos que hayan sido sancionados –lógicamente, con anterioridad a la comisión de la nueva infracción– en un procedimiento administrativo resuelto de manera definitiva y ya inobjetable en la propia vía administrativa, pueden servir para apreciar la reiteración como agravante”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005, rec. nº 4777/2002, RJ 2005\2613).

Por último, debieron considerarse circunstancias atenuantes. La Resolución no toma en consideración al graduar la sanción que, en la actualidad, los procedimientos implantados efectivamente por la Agencia en su momento mitigan todos los riesgos asociados a la infracción que ahora se pretende imponer. La Agencia funciona hoy bajo los parámetros de las observaciones puestas de manifiesto por la CNMV y por los puntos de mejora indicados por el Informe del experto externo, según se ha expuesto en los Hechos de esta demanda.

En lo referente al Consejero Delegado sancionado, la Resolución opta por la sanción más gravosa, la contenida en la letra d) del artículo 105 LMV, que por sus efectos debiera ser considerada como la última elección, solo disponible cuando no se logre alcanzar de otro modo el objetivo de la sanción.

Si acudimos a los Informes anuales de la CNMV de los últimos años, observamos que de 2013 hasta hoy no se ha impuesto ninguna otra sanción de inhabilitación en ningún expediente sancionador (cfr. documento nº 5). Para encontrar una sanción de inhabilitación hemos de remontarnos al año 2012, en el que se impuso tal sanción en un supuesto en el que se había

puesto en peligro la solvencia y viabilidad de la entidad, cosa que no sucede en el caso objeto de examen.

7.4.- Pues bien, en relación a esta última cuestión, la demandante olvida que no puede invocar el principio de igualdad en la aplicación de la ley sin justificar, como parece querer pretender, que los casos comparados se basan en hechos o supuestos idénticos que han sido tratados de forma diferente. Nada hay en la argumentación de la demandante que permita llegar a esta conclusión. Lo cierto es que los hechos que se han puesto de manifiesto en el expediente son muy graves, y comportan una quiebra de la confianza que demanda la función encomendada a las agencias de inversión. Y estos hechos, ni son aislados, ni pueden estimarse fruto del azar o de una negligencia, y las conductas infractoras vienen desplegándose de forma sistemática, tal y como revelan las múltiples sanciones impuestas.

En tales condiciones, y a la vista de la situación económica de la entidad – que reúne cuantiosos beneficios y reservas- resulta que las sanciones alternativas carecerían de eficacia en orden a desplegar los efectos que le son propios. Por ello se considera conforme a derecho la sanción elegida por la CNMV.

7.5.- Por lo que respecta al criterio de graduación de la sanción escogido por parte de la CNMV, si bien puede arrojar dudas, hemos de distinguir dos criterios diferentes. La reincidencia y la reiteración que aparecen recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992. Debemos recordar, en línea con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los criterios que recoge el artículo 131 son meramente enunciativos. No son *numerus clausus*, y entre ellos se hace especial referencia a la reincidencia (hechos sancionados en firme), y la reiteración entendida en sentido de actividad infractora que se prolonga en el tiempo, y no exige la firmeza. Ambos criterios son excluyentes.

La demandante alega que no cabe apreciar esta agravante (que como hemos dicho no es una agravante sino un parámetro de graduación o determinación de la sanción), porque para ello sería necesario que los hechos anteriores hubieran sido sancionados en sentencia firme, antes de cometerse los hechos objeto de la nueva sanción; cosa que no ocurriría en este supuesto, de acuerdo con la relación de hechos que expone la parte demandante. En la STS de 23 de marzo de 2005 que cita en apoyo de su pretensión, expresa esa tesis y afirma que la aplicación del criterio de reiteración exige como condición que los hechos sean anteriores a la nueva infracción y se hayan sancionado mediante resolución firme (STS, Sala tercera, de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 25 de marzo de 2005, rec. 4777/2002), en vía administrativa en línea con la doctrina que refleja y acepta. Esta sentencia se refiere sin embargo a la reincidencia, y por eso exige la firmeza de la resolución sancionadora, y en relación a esta determina las condiciones que ha de reunir la conducta infractora.

Ahora bien, la LMV se remite para la graduación a los criterios del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 y a los que además refiere en los artículos 106 ter.1 y 2. Y en particular hace expresa mención a “ c) la conducta anterior del interesado, en la misma o en otra entidad, en relación con las normas de ordenación y disciplina, tomando en consideración al efecto, las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, en los últimos 5 años”.

Esta norma es una norma especial, en línea con la norma a la que se refiere la sentencia anotada. Si bien ello no obsta para apreciar la reiteración a la que se refiere el artículo 131.2 a) de la Ley 30/1992, puesto que los razonamientos de la CNMV se incardinan en este precepto que regula la reiteración de conductas, y no la reiteración de infracciones a la alude la parte demandante. Lo que se pretende sancionar, de acuerdo con el razonamiento de la resolución sancionadora, es precisamente la repetición de comportamientos ilícitos, que en este caso no podemos obviar, en función de lo acaecido en los últimos años. El motivo debe desestimarse.

OCTAVO.- Costas.

Las costas causadas se imponen a la demandante cuyas pretensiones son íntegramente desestimadas, conforme a la norma general del vencimiento que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **MERCADOS Y GESTIÓN DE VALORES, A.V, S.A (“MG VALORES”)** y de **D. RCB** contra Orden del Ministro de Economía y Empresa, de 28 de septiembre de 2018, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen a los demandantes.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de casación que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo depósito para recurrir, en el plazo de en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquella, mediante escrito que deberá justificar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 89.1 de la LJCA.

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