

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE DICIEMBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 617/2017
Ponente: D.ª Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 20 de junio de 2017, que confirma en alzada Resolución del Consejo de la CNMV de 21 de septiembre de 2016
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 617/2017**, se tramita a instancia de **AURIGA GLOBAL INVESTORS, SOCIEDAD DE VALORES, S.A.**, representado por la Procuradora Dña. GFF, y asistido por el Letrado D. MLM, contra Resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 24-10-2011 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la actora contra la resolución del Consejo de la CNMV de 21 de septiembre de 2016, por la comisión de dos infracciones muy graves del artículo 99 l) de la Ley 24/1988 y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 9/10/2017 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que al mismo se acompañan, lo admita, teniendo por formulada demanda contra la Resolución de fecha 21 de junio de 2017 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Sr. Ministro de Economía, Industria y Competitividad, por la que se resuelve desestimar el o Recurso de Alzada interpuesto por D. MLM contra la resolución del Consejo de CNMV de fecha 21 de septiembre de 2016, y, en consecuencia, previos los trámites legales oportunos, la anule y deje sin efecto o reduzca sustancialmente la sanción".

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

3.- Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia. Por providencia de 23 de octubre de 2018 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2018. Por resolución de fecha 12 de noviembre de 2018 se dejó sin efecto el señalamiento acordado, por imposibilidad de la ponente, señalándose nuevamente para el día 4 de diciembre de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D^a Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del SUBSECRETARIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, por delegación del MINISTRO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD de 24-10-2017 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la actora contra la resolución del Consejo de la CNMV de 21-9-2016, por la que se dispone sancionar a AURIGA GLOBAL INVESTORS, S.V., S.A.:

*"1. 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 relación con el artículo 70 ter 1.f) del mismo texto legal, por la ausencia de separación efectiva entre los instrumentos financieros de la empresa y los de sus clientes y por la utilización indebida de instrumentos financieros de sus clientes, una MULTA por importe de **75.000 euros** (SETENTA Y CINCO MIL EUROS).*

*2. 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 relación con el artículo 70 ter 1.e) del mismo texto legal, por la llevanza de los registros de operaciones con vicios esenciales, una MULTA por importe de **75.000 euros** (SETENTA Y CINCO MIL EUROS)".*

Según resulta del expediente y tal y como se recoge en la resolución sancionadora de base, en los antecedentes del procedimiento sancionador que conduce a la resolución recurrida, es de destacar que:

"El 25 de febrero de 2014 se comunicó a la Sociedad que se le iba a realizar una inspección de alcance completo referenciada a 31 de diciembre de 2013, analizando el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013. En esta comunicación se concedió un plazo de 10 días para entregar determinada documentación a la CNMV. La Sociedad solicitó la concesión de ampliación de plazo para aportar la documentación requerida, otorgándole la CNMV una prórroga de hasta la mitad del plazo concedido inicialmente. La Sociedad presentó finalmente la documentación requerida el 20 de marzo de 2014. Cuando se analizó la información, se comprobó que la información solicitada relativa a las operaciones de clientes del último trimestre de 2013 estaba incompleta, por lo que se solicitó nuevamente a la Sociedad que aportara la citada información correctamente. Finalmente, la Sociedad aportó la información en mayo de 2014. La Sociedad alegó que había tenido una gran dificultad para generar los ficheros relativos a las operaciones de clientes debido a que cambió de aplicativo informático a finales de 2013 y la información no se había migrado correctamente al nuevo aplicativo. El 25 de marzo de 2015 se comunicaron a la Sociedad los hechos puestos de manifiesto en la inspección practicada con fecha de referencia 31 de diciembre de 2013".

Los hechos declarados probados sobre los que se sustenta la sanción impuesta son los siguientes:

“(…) Tercero.- Deficiencias detectadas. Como resultado de los trabajos de inspección a Auriga, se han puesto de manifiesto deficiencias significativas en los requisitos de organización interna que han motivado la elaboración del Informe razonado del que trae causa el presente expediente. De forma sintética, las deficiencias e irregularidades identificadas son las siguientes:

1. Deficiencias relacionadas con los procedimientos sobre el depósito de instrumentos financieros.

2. Deficiencias relacionadas con los registros obligatorios.

A continuación se describen de forma pormenorizada las deficiencias e irregularidades detectadas:

1. Deficiencias relacionadas con los procedimientos sobre el depósito de instrumentos financieros:

Las entidades que presten el servicio de depósito a sus clientes deben adoptar las medidas adecuadas para proteger los instrumentos financieros que les confían sus clientes y evitar su utilización indebida. En particular, no podrán utilizar por cuenta propia los instrumentos financieros de los clientes, salvo cuando éstos manifiesten su consentimiento expreso. Asimismo, deberán mantener una separación efectiva entre los valores e instrumentos financieros de la empresa y los de cada cliente. A su vez, deben conciliar regularmente sus registros internos con los de los terceros en cuyo poder obren los activos de sus clientes, y realizar y archivar informes donde documenten los resultados de las conciliaciones, con explicaciones de las incidencias que pudieran producirse.

La certificación facilitada por Societé Generale a la CNMV en el transcurso de la inspección indica que a 31 de diciembre de 2013 hay registrados en Societé Generale, en cuentas abiertas por Auriga, valores por importe de 2.244 miles de euros propiedad de clientes de Auriga, y por importe de 63 miles de euros valores propiedad directa de Auriga. Por el contrario, los registros de Auriga, para la misma fecha, indican que los valores propiedad de los clientes ascendían a 1.311 miles de euros (26 clientes) y que los valores propiedad de Auriga ascendían a 964 miles de euros.

Adicionalmente, el análisis de las diferencias entre los registros de la Auriga y la certificación de Societé Generale evidenció que se habían entregado valores, valorados en 32 miles de euros, propiedad de clientes depositantes en Auriga para atender ventas de otros clientes distintos, sin el consentimiento de los primeros.

Por otra parte, los procedimientos de Auriga contemplan la realización de conciliaciones mensuales entre sus registros y los de los depositarios, pero únicamente con Iberclear, a pesar de haber otros subdepositarios. Los responsables de Auriga manifestaron al equipo inspector que en la práctica no siguen este procedimiento escrito, sino que realizan periódicamente conciliaciones entre sus registros y los datos de todos los subdepositarios, si bien ni las conciliaciones realizadas ni su resultado se documentan ni archivan.

En su respuesta a la Carta de Relación de Hechos, Auriga afirmó que había abierto dos cuentas de valores en Societé Generale, una con la finalidad de anotar operaciones para valores que se negocian en el mercado americano y otra para operaciones que se negocian en el mercado europeo. En la cuenta de valores para operaciones en el mercado americano se depositan y liquidan operaciones de la cartera propia de Auriga,

operaciones de clientes depositantes en Auriga y, finalmente, operaciones de clientes que no son depositantes pero que transitoriamente liquidan en esa cuenta las operaciones que realizan en el mercado americano. Esta actividad se ha venido realizando durante el ejercicio 2013 y parte del 2014. Asimismo, las entregas de valores propiedad de unos clientes para atender ventas de otros clientes distintos se producen en la cuenta abierta para operaciones en el mercado americano, y obedecen a un retraso en la entrega de valores por parte de un cliente que deposita fuera pero liquida transitoriamente en la cuenta que Auriga abrió en Societé Generale, lo que hizo que no hubiera valores suficientes depositados y disponibles para liquidar operaciones de venta, y se optó por entregar valores no disponibles para evitar incurrir en procesos de recompra. Es destacable que estos actos de disposición de instrumentos financieros de clientes han sido realizados sin la autorización de los mismos.

Los informes de los órganos de control de Auriga no han reflejado la existencia de estas incidencias, ni tampoco el informe de protección de activos elaborado por los auditores de Auriga el 30 de mayo de 2014. Los responsables de Auriga han manifestado que de forma periódica elaboran conciliaciones entre sus registros y los datos de los subdepositarios pero que las mismas no son documentadas por escrito ni archivadas. En su respuesta a la Carta de Relación de Hechos, Auriga afirma que los auditores externos no incluyeron mención alguna de estas incidencias por considerar que en la incidencia sobre la existencia de una cuenta única en Societé Generale para registrar todas las operaciones (propias y de clientes), los controles establecidos por Auriga eran suficientes para garantizar la diferenciación entre valores de Auriga y valores de clientes. Respecto a la utilización de activos de unos clientes para la realización de ventas por cuenta de otros, la Sociedad señala que los auditores externos no detectaron la incidencia porque las operaciones afectadas no se encontraban en la muestra seleccionada para la realización de su trabajo.

Sin embargo, la normativa vigente obliga a las entidades a que los instrumentos financieros de clientes depositados en un tercero se distingan de los que pertenezcan a la empresa de servicios de inversión, y a que la utilización de los valores propiedad de un cliente para atender ventas de otros clientes distintos sólo se pueda realizar con la previa autorización del primero.

En relación con estas deficiencias, el DSEE, en su Informe razonado, llega a la siguiente conclusión:

"Auriga, contrariamente a lo establecido en la normativa, ha abierto una única cuenta en un depositario sin distinguir entre instrumentos propios y de clientes y ha mantenido esta práctica durante un periodo prolongado de tiempo. Adicionalmente, ha realizado actos de disposición sobre los instrumentos financieros de sus clientes sin su consentimiento previo, ha cometido errores en los procesos de liquidación de valores propios y valores de clientes, todo ello sin que sus órganos de control hayan informado sobre ninguna de estas prácticas".

2. Deficiencias relacionadas con los registros obligatorios:

En la inspección realizada a la Sociedad se han detectado deficiencias relacionadas con los registros obligatorios.

En relación con el análisis de una muestra de operaciones de clientes se comprobó que el fichero de órdenes no contenía el registro de muchas de las operaciones ejecutadas. La Sociedad no aportó todos los justificantes de las órdenes transmitidas por los clientes ni todos los avisos de ejecuciones a clientes. Algunos justificantes de órdenes no contenían determinada información preceptiva como la persona que cursa la orden, la

hora de la orden y la divisa. Por otra parte, algunos avisos a clientes no contenían la hora de ejecución, la divisa y el sistema de negociación.

Asimismo, se comprobó que respecto a las operaciones de intermediarios financieros que transmitían órdenes para sus clientes finales, solo se recogía el cliente final y no el ordenante.

A continuación se ofrece un detalle de las incidencias identificadas en la muestra de operaciones:

La muestra mencionada constaba de 31 operaciones, 28 clientes que no operaban en la plataforma Saxo y 3 clientes que operaban a través de la plataforma Saxo. Se solicitó a la Sociedad la documentación justificativa de estas operaciones que incluía las órdenes, las ejecuciones y los avisos al cliente.

Al analizar dicha documentación se detectaron las siguientes incidencias:

a) Respecto a las órdenes:

- 17 operaciones no figuraban en el fichero de órdenes aportado por la Sociedad.
- en 4 casos no se aportó el justificante de la orden.
- en 2 casos en el justificante de la orden no se identificaba la persona que cursaba la orden.
- en un caso no coincidía el sentido de la orden (compra en lugar de venta).
- en un caso no aparecía la divisa en la boleta de la orden.
- en 2 casos no coincidía el tipo de orden (aparecía orden a mercado pero eran limitadas).
- en 4 casos no se recogía la hora en la boleta de la orden.

b) Respecto a las confirmaciones

- en un caso no se aportó la confirmación al cliente.
- en 2 casos la fecha de confirmación no coincidía con el fichero de operaciones aportado por la Sociedad
- en 7 casos no se informaba de la hora de ejecución.
- en 2 casos no coincidía el sentido de la orden.
- en un caso no coincidía el precio de la confirmación con el del fichero de operaciones.
- en 9 casos no se informaba de la divisa.
- en 2 casos no se identificaba el sistema de negociación.

Cabe destacar que en la relación de hechos detectados en la inspección de fecha de referencia 31 de diciembre de 2009, comunicada a la Sociedad el 18 de mayo de 2011, se señalaron deficiencias relativas a la elaboración del registro de órdenes, así como otras incidencias relacionadas con los justificantes de las órdenes que se han vuelto a observar en esta última inspección. El 24 de junio de 2011 la Sociedad contestó a la comunicación de la CNMV informando sobre la adopción de medidas para la corrección de esta deficiencia. Asimismo, el 23 de mayo de 2012 la Sociedad, mediante informe de seguimiento elaborado por su unidad de cumplimiento normativo, ratificó la adopción de estas medidas.

Cuando se comunicó a la Sociedad la relación de incidencias detectadas con motivo de la inspección referenciada a 2013, se indicó la necesidad de que subsanara estas deficiencias y adecuara los registros de órdenes y operaciones conforme a la normativa. Asimismo, se requirió a la Sociedad para que explicara los motivos por los que se han producido las deficiencias señaladas.

En su respuesta de 14 de abril de 2015 a las justificaciones requeridas por la CNMV con motivo de esta inspección, la Sociedad manifestó que había adquirido e implementado un nuevo aplicativo en enero de 2014 que subsanaba las incidencias detectadas desde

2014. Asimismo, indicó que había aprobado un plan de acción para subsanar las incidencias comunicadas con motivo de la inspección.

En relación con estas deficiencias, el DSEE, en su Informe razonado, llega a la siguiente conclusión:

"En la anterior inspección, de fecha de referencia 31/12/2009, se comunicó a la Sociedad la necesidad de que subsanara deficiencias relativas a la elaboración del registro de órdenes, así como otras deficiencias relacionados con los justificantes de las órdenes que se han vuelto a observar en esta última inspección, constatándose la falta de cumplimiento de las medidas a las que la Entidad se había comprometido para remediar las deficiencias identificadas en la anterior inspección. Todo ello incumpliendo lo previsto en el artículo 70 ter de la LMV y demás disposiciones que la desarrollan. Teniendo en cuenta la importancia de que las entidades cuenten con un adecuado registro de órdenes y de que conserven todos los justificantes de las operaciones durante el periodo que establece la normativa vigente, se considera que esta incidencia es relevante, toda vez que la Sociedad ha tenido tiempo desde la anterior inspección para tomar las medidas oportunas para cumplir adecuadamente con las obligaciones relacionadas con los registros obligatorios".

2.- Vulneración del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables.

Se viene a defender que con el texto actual del TRLMV RD legislativo 4/2015, las dos conductas objeto del expediente no podrían ser sancionadas como dos infracciones diferentes, sino que quedarían subsumidas en un único tipo infractor relativo a los requisitos de organización interna de las entidades.

A.- Comenzaremos por desarrollar el marco normativo en el que se desenvuelve la sanción impuesta.

De conformidad con el **art. 99 I de la LMV 24/1988**, vigente a la fecha de los hechos sancionados: "Constituyen infracciones muy graves... : l) La falta de procedimientos, políticas o medidas a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 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 art. 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 art. 70 ter y en la letra c) del apartado 2 del art. 70 ter en la forma que se determine reglamentariamente".

En cuanto a la primera de las infracciones contempladas en la resolución sancionadora, el citado **art. 70 ter de la LMV**, bajo el epígrafe "Requisitos de organización interna", dispone, en su redacción vigente al tiempo de los hechos, lo siguiente: "1. Las empresas de servicios de inversión y, las restantes entidades que, de conformidad con lo dispuesto en este Título, presten servicios de inversión deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. A tal efecto deberán contar con:

(...)

f) Adoptar las medidas adecuadas para proteger los instrumentos financieros que les confían sus clientes y evitar su utilización indebida. En particular, no podrán utilizar por cuenta propia los instrumentos financieros de los clientes, salvo cuando éstos manifiesten su consentimiento expreso. Asimismo, deberán mantener una separación efectiva entre los valores e instrumentos financieros de la empresa y los de cada cliente. Los registros internos de la entidad deberán permitir conocer, en todo momento y sin demora, y especialmente en caso de insolvencia de la empresa, la posición de valores y operaciones en curso de cada cliente.

(...)

3. *Reglamentariamente se establecerá el contenido y requisitos de los procedimientos, registros y medidas señaladas en este artículo. Dicho desarrollo reglamentario podrá tomar en cuenta, en particular, la dimensión, complejidad y naturaleza de los servicios de inversión que preste cada entidad. Asimismo, reglamentariamente se establecerán los requisitos de organización interna exigibles a las empresas de asesoramiento financiero que sean personas físicas (...)*".

En desarrollo de lo establecido en el artículo anterior, el **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, dispone en el **art. 39**, protección de los activos de los clientes:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 ter, apartado 7, letra f) y apartado 2, letra c) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten servicios de inversión deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Deberán mantener los registros v cuentas necesarios para que puedan en todo momento y sin demora distinguir los activos de un cliente de los de los otros clientes y de sus propios activos.

b) Los registros y cuentas deberán garantizar la exactitud de los datos que contengan y su correspondencia con los instrumentos financieros y los fondos de los clientes.

c) En su caso, deberán conciliar regularmente sus cuentas v registros internos con los de los terceros en cuyo poder obren los activos de sus clientes.

d) Deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar:

i) Que los instrumentos financieros de clientes depositados en un tercero se distingan de los que pertenezcan a la empresa de servicios de inversión y a dicho tercero. Para ello, deberán establecerse cuentas con denominación diferente en la contabilidad del tercero, u otras medidas equivalentes que aseguren un nivel similar de protección.

ii) Que los fondos de los clientes estén contabilizados por el depositario en una cuenta o cuentas distintas de aquellas en las que se contabilizan los fondos pertenecientes a la empresa de servicios de inversión.

e) *Tiene que adoptar las medidas organizativas necesarias para minimizar el riesgo de pérdida o disminución del valor de los activos de los clientes, o de los derechos relacionados con aquellos, como consecuencia de una mala utilización de los activos, fraude, administración deficiente, mantenimiento inadecuado de los registros o negligencia"*.

Y el **art. 42** del RD 217/2008, en cuanto a la utilización de los instrumentos financieros de los clientes:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión sólo podrán establecer acuerdos para operaciones de financiación de valores sobre los instrumentos financieros de sus clientes, o utilizarlos de cualquier otro modo, tanto por cuenta propia como por cuenta de otro cliente, con arreglo a los siguientes requisitos:

a) El cliente deberá dar su consentimiento expreso con carácter previo a la utilización de los instrumentos financieros. En el caso de clientes minoristas será necesario que el consentimiento conste en documento escrito con la firma del cliente o en cualquier mecanismo alternativo equivalente.

b) La utilización de los instrumentos financieros se ajustará a las condiciones especificadas y aceptadas por el cliente.

2. Además de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando los instrumentos financieros del cliente estén depositados en una cuenta global siempre que lo permita la normativa aplicable, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Todos los clientes cuyos instrumentos financieros estén depositados en la cuenta global deberán haber expresado su consentimiento individual y previo con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado anterior.

b) La entidad deberá contar con sistemas y controles que garanticen el cumplimiento de lo dispuesto en la letra anterior. Para permitir la correcta atribución de posibles pérdidas, los registros de la entidad deberán incluir datos de los clientes conforme a cuyas instrucciones se hayan utilizado los instrumentos financieros y el número de instrumentos financieros utilizados pertenecientes a cada cliente".

En lo que respecta a la segunda infracción imputada en la resolución sancionadora el **art. 70 ter de la LMV**, en su redacción vigente al tiempo de los hechos, venía a disponer:

"1. Las empresas de servicios de inversión y, las restantes entidades que, de conformidad con lo dispuesto en este Título, presten servicios de inversión deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

A tal efecto deberán contar con:

(...)

e) Llevar registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión que presten de forma que se pueda comprobar que han cumplido todas las obligaciones que la presente Ley les impone en relación con sus clientes.

Los datos a incluir en los registros de operaciones están establecidos en el Reglamento 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. Los demás extremos relativos a la obligación de llevanza del registro se determinarán reglamentariamente.

Asimismo, deberán informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la forma que reglamentariamente se determine, de las operaciones que efectúen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 bis".

Los **arts 7 y 8 del Reglamento 1287/2006** de la Comisión, establecen lo siguiente:

Artículo 7 (Artículo 13, apartado 6, de la Directiva 2004/39/CE) Registro de órdenes de clientes y de decisiones de negociar:

"Toda empresa de inversión registrará inmediatamente, en relación con cada orden recibida de un cliente y con cada decisión de negociar adoptada al prestar el servicio de gestión de cartera, los siguientes datos, en la medida en que sean aplicables a la orden o decisión de negociar en cuestión:

- a) el nombre u otra designación del cliente;
- b) el nombre u otra designación de cualquier persona competente que actúe en nombre del cliente;
- c) los datos que se especifican en los puntos 4, 6 Y 16 a 19 del cuadro 1 del anexo I (indicador de compra/venta, identificación del instrumento, precio unitario, divisa, cantidad, y notación de la cantidad);
- d) la naturaleza de la orden, si no se trata de una orden de compra o venta;
- e) el tipo de orden;
- f) cualesquiera otros detalles, condiciones e instrucciones particulares comunicados por el cliente que especifiquen la forma en que debe ejecutarse la orden;
- g) la fecha y la hora exacta de la recepción de la orden por la empresa de inversión o de su decisión de ejecutarla".

Artículo 8 (Artículo 13, apartado 6, de la Directiva 2004/39/CE) Registro de operaciones:

"1. Inmediatamente después de ejecutar la orden de un cliente, o, en el caso de las empresas de inversión que transmiten órdenes a otra persona para su ejecución, inmediatamente después de recibir la confirmación de que se ha ejecutado una orden, la empresa de inversión registrará los siguientes datos de la operación:

- a) el nombre u otra designación del cliente;
- b) los datos que se especifican en los puntos 2, 3, 4, 6 Y 16 a 21 del cuadro I del anexo I (día de la negociación, hora de la negociación, indicador de compra/venta, identificación del instrumento, precio unitario, divisa, cantidad, notación de la cantidad, contraparte, e identificación del sistema de negociación);
- c) el precio total, resultante de multiplicar el precio unitario por la cantidad;
- d) la naturaleza de la operación, si no se trata de una operación de compra o venta;
- e) la persona física que ejecutó la operación o que es responsable de la ejecución.

2. Si la empresa de inversión transmite una orden a otra persona para su ejecución, la empresa de inversión registrará inmediatamente los siguientes datos una vez realizada la transmisión:

- a) el nombre u otra designación del cliente cuya orden se haya transmitido;
- b) el nombre u otra designación de la persona a quien se haya transmitido la orden;
- c) las condiciones de la orden transmitida;
- d) la fecha y la hora exacta de la transmisión".

Asimismo, el **RD 217/2008** dispone, en cuanto a los registros obligatorios, en su **art. 32**, en relación al mantenimiento de registros:

"1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán conservar durante al menos cinco años los datos incluidos en todos los registros exigidos por el título V y VII, capítulo I de la Ley 24/1988, de 28 de julio y por el presente real decreto.

Sin perjuicio de ello, el registro de contratos señalado en el art. 79 ter de dicha ley deberá mantenerse mientras dure la relación con el cliente. Cuando la empresa de servicios de inversión vea revocada su autorización antes de que transcurran los cinco años, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá exigir a la entidad que conserve los datos hasta que se complete dicho periodo.

En cualquier caso, cuando resulte necesario para el ejercicio de sus funciones de supervisión, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá, en circunstancias excepcionales, exigir el mantenimiento de todos o algunos de los registros indicados en el párrafo anterior por un período tan largo como lo justifique la naturaleza del instrumento o de la operación.

2. Los registros deberán guardarse en un soporte que permita el almacenamiento de la información de forma accesible a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y se cumplirán en todo caso las siguientes condiciones:

a) La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá acceder a ellos con facilidad y podrá reconstruir cada una de las fases fundamentales en la tramitación de cada operación.

b) Debe ser posible distinguir cualquier corrección o modificación realizada del contenido de los registros con anterioridad a aquellas, sin que sea posible, en ningún caso, la manipulación o alteración de los registros de otro modo.

3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá publicar la lista de registros exigidos de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1".

Y en su **art. 33** con relación tanto al registro de órdenes de clientes sobre instrumentos financieros y registro de operaciones, viene a señalar:

"1. Los datos a incluir en los registros de órdenes de clientes son los establecidos en el Reglamento 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de servicios de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. En el registro deberá conservarse:

a) El ejemplar original de la orden firmada por el cliente o por persona autorizada de forma fehaciente, cuando sea realizada en modo escrito.

b) La cinta de grabación, cuando la orden sea realizada en modo telefónico.

c) El registro magnético correspondiente en el caso de transmisión electrónica.

Las entidades dispuestas a aceptar órdenes recibidas por vía telefónica no escrita deberán establecer los medios necesarios para la identificación de sus ordenantes, así como disponer de cintas para la grabación de dichas órdenes; siendo necesario, no obstante, advertir previamente al ordenante de dicha grabación. Será necesaria, asimismo, la existencia de confirmación escrita de la orden por parte del ordenante, siendo admisible la utilización de cualquier medio escrito tales como télex, fax u otros similares. En cualquier caso, se entenderá confirmada la orden cuando el receptor de la misma comunique a su ordenante por cualquier medio escrito la ejecución y, en su caso, la liquidación de la misma según sus instrucciones y éste no manifieste disconformidad en el plazo que al efecto le indique la entidad, que no podrá ser inferior a quince días desde la recepción de dicha información por el ordenante.

Las órdenes que se refieran a operaciones a plazo superior a tres meses, deberán confirmarse antes de la fecha valor. Dicha confirmación deberá ser realizada por cualquier medio escrito bien por el ordenante o por el receptor de la orden.

2. El registro de operaciones deberá llevarse por medios informáticos.

3. 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”.

B) En cuanto al nuevo marco normativo que se propone en aplicación retroactiva por razón de la tipificación de la conducta incumplidora de dos obligaciones como una sola infracción (no se reivindica por razón de la previsión de una menor pena, aunque el efecto derivado de la consideración de una infracción única sería, precisamente, una rebaja de la sanción).

El **art. 283.3 del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre**, tipifica como infracción muy grave los incumplimientos relacionados con los diferentes requisitos de organización interna establecidos en el artículo 193 del mismo texto legal, al disponer como tal infracción:

“La falta de procedimientos, políticas o medidas a las que se refiere el artículo 193; el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstos en el artículo 185 o de las obligaciones en materia de remuneraciones derivadas del artículo 188; y la no realización de plan general de viabilidad previsto en el artículo 193. 2.f).”

Por su parte, el **art. 193 del TRLMV** dispone que:

“1. Las empresas de servicios de inversión ejercerán su actividad con respeto a las normas de gobierno corporativo y los requisitos de organización interna establecidos en esta ley y demás legislación aplicable.

2. Las empresas de servicios de inversión y las restantes entidades que, de conformidad con lo dispuesto en este título, presten servicios de inversión deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

A tal efecto deberán:

a) Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas. La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.

b) Disponer de sistemas de información que aseguren que su personal conoce las obligaciones, riesgos y responsabilidades derivadas de su actuación y la normativa aplicable a los servicios de inversión que presten.

c) Disponer de medidas administrativas y de organización adecuadas para evitar que los posibles conflictos de interés regulados en el artículo 195 perjudiquen a sus clientes.

Asimismo deberán establecer medidas de control de las operaciones que realicen, con carácter personal, los miembros de sus órganos de administración, empleados, agentes y demás personas vinculadas a la empresa, cuando tales operaciones puedan entrañar conflictos de interés o vulnerar, en general, lo establecido en esta ley.

d) Llevar registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión que presten de forma que se pueda comprobar que han cumplido todas las obligaciones que esta ley les impone en relación con sus clientes.

Los datos que se deben incluir en los registros de operaciones serán los previstos en el Reglamento (CE) n.º 1287/ 2006, de 10 de agosto de 2006 (LCEur 2006, 1962). Los demás extremos relativos a la obligación de llevanza del registro se determinarán reglamentariamente. Asimismo deberán informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la forma que reglamentariamente se determine, de las operaciones que efectúen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.

e) Adoptar las medidas adecuadas para proteger los instrumentos financieros que les confían sus clientes y evitar su utilización indebida. En particular, no podrán utilizar por cuenta propia los instrumentos financieros de los clientes, salvo cuando éstos manifiesten su consentimiento expreso. Asimismo, deberán mantener una separación efectiva entre los valores e instrumentos financieros de la empresa y los de cada cliente. Los registros internos de la entidad deberán permitir conocer, en todo momento y sin demora, y especialmente en caso de insolvencia de la empresa, la posición de valores y operaciones en curso de cada cliente.

Iniciado el procedimiento concursal de una entidad depositaria de valores, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin perjuicio de las competencias del Banco de España y del FROB, podrá disponer de forma inmediata y sin coste para el inversor el traslado a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, de los valores depositados por cuenta de sus clientes, incluso si tales activos se encuentran depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que preste el servicio de depósito. A estos efectos, tanto el juez competente como los órganos del procedimiento concursal facilitarán el acceso de la entidad a la que vayan a traspasarle los valores a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectivo el traspaso. La existencia del procedimiento concursal no impedirá que se hagan llegar al cliente, de acuerdo con las normas del sistema de compensación, liquidación y registro, los valores comprados o el efectivo procedente del ejercicio de los derechos económicos o de la venta de los valores.

f) Elaborar y mantener actualizado un Plan general de viabilidad que contemple las medidas que se vayan a adoptar para restaurar la viabilidad y la solidez financiera de la empresa de servicios de inversión en caso de que estas sufran algún deterioro significativo. El plan será sometido a aprobación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que podrá exigir la modificación de su contenido.

3. Asimismo, las entidades que presten servicios de inversión deberán:

a) Disponer de procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo, y disponer de mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables adecuados. Asimismo, deberán contar con políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.

La organización deberá contar con un órgano de verificación que desempeñe la función de auditoría interna bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función.

La función de auditoría interna deberá elaborar y mantener un plan de auditoría dirigido a examinar y evaluar la adecuación y eficacia de los sistemas, mecanismos de control interno y disposiciones de la empresa de servicios de inversión, formular recomendaciones a partir de los trabajos realizados en ejecución del mismo y verificar su cumplimiento.

b) Adoptar medidas adecuadas para garantizar, en caso de incidencias, la continuidad y regularidad en la prestación de sus servicios. Deberán contar, especialmente, con mecanismos de control y salvaguarda de sus sistemas informáticos y con planes de contingencia ante daños o catástrofes.

c) Adoptar las medidas adecuadas, en relación con los fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos. Las entidades no podrán utilizar por cuenta propia fondos de sus clientes, salvo en los supuestos excepcionales que puedan establecerse reglamentariamente y siempre con consentimiento expreso del cliente. Los registros internos de la entidad deberán permitir conocer, en todo momento y sin demora, y especialmente en caso de insolvencia de la empresa, la posición de fondos de cada cliente.

En particular, las cuentas que mantengan a nombre de clientes serán de carácter instrumental y transitorio y deberán estar relacionadas con la ejecución de operaciones realizadas por cuenta de ellos. Los clientes de la entidad mantendrán el derecho de propiedad sobre los fondos entregados a la entidad incluso cuando éstos se materialicen en activos a nombre de la entidad y por cuenta de clientes.

d) Adoptar las medidas necesarias para que el riesgo operacional no aumente de forma indebida cuando confíen a un tercero la realización de servicios de inversión o el ejercicio de funciones esenciales para la prestación de los servicios de inversión. Cuando se deleguen en terceros funciones de control interno, las entidades cuidarán que ello no disminuya su capacidad de control interno y garantizarán el necesario acceso del supervisor competente a la información. En ningún caso podrán delegar funciones en terceros cuando ello disminuya la capacidad de control interno o la de supervisión del órgano supervisor competente. Corresponderá a la entidad comprobar que la persona o entidad en la que pretenda delegar funciones cumple los requisitos establecidos en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo.

Las entidades de crédito que presten servicios de inversión deberán respetar los requisitos de organización interna contemplados en este apartado, con las especificaciones que reglamentariamente se determinen, correspondiendo al Banco de España las facultades de supervisión, inspección y sanción de estos requisitos. A las citadas entidades no les resultará aplicable la prohibición de utilizar por cuenta propia los fondos de sus clientes que se establece en la letra c) anterior.

4. Los sistemas, procedimientos y mecanismos contemplados en este artículo serán exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y a las actividades de la entidad. Asimismo se configurarán con arreglo a criterios técnicos que garanticen una adecuada gestión y el tratamiento de los riesgos que reglamentariamente se determinen.

Reglamentariamente se establecerá el contenido y requisitos de los procedimientos, registros y medidas señaladas en este artículo. Asimismo, reglamentariamente se establecerán los requisitos de organización interna exigibles a las empresas de asesoramiento financiero que sean personas físicas".

Como vemos las obligaciones concretas que se dicen incumplidas por Auriga se regulan, por separado, en las letras d) y e) del apartado 2, del art. 193 del TRLAC y se vienen a corresponder con las que, al tiempo de los hechos, se regulaban, también por separado, en las letras e) y f) del apartado 1 del artículo 70 ter de la LMV 24/1988.

Cada obligación/requisito de organización interna fijado normativamente de forma separada que se incumpla (en el caso de autos las infracciones vienen remitidas a dos obligaciones distintas: a la ausencia de separación entre los instrumentos financieros de Auriga y de sus clientes, por un lado, y a la incorrecta llevanza de los registros obligatorios, por el otro) da lugar a una infracción muy grave tanto en el marco de la LMV (art. 99 l) por remisión al art. 70 ter) como el del TRLMV (art. 283 por remisión al art. 193).

No existe por tanto ningún problema de retroactividad *in bonam partem* en cuanto a la tipificación de los hechos ya que con ambas normativas estaríamos hablando de dos infracciones.

3.- Infracción por ausencia de separación efectiva de valores de la propia entidad y de sus clientes.

En la demanda, al igual que en vía administrativa, se viene a defender la existencia de una especie de excusa absolutoria sobre la base de que se trataba de una operativa muy concreta, relativa a operaciones en el mercado americano relacionada con las especialidades de la liquidación de los valores procedentes de este sistema americano (supuestamente ésta era la única forma de operar para la liquidación de los valores en el mercado americano, valores que eran muy poco líquidos), y limitada ya que afectaba a solo 7 clientes que, además, tenían una vinculación especial con Auriga y con un alcance temporal también limitado.

Se defiende que la operativa respondía a una actuación en favor de los clientes, que Auriga tiene perfectamente identificados en sus registros internos los valores e instrumentos pertenecientes a cada uno de sus clientes, que obtuvo el consentimiento de los clientes, consentimiento específico a la utilización de cuentas ómnibus en el contrato de apertura de cuenta de depósito y administración de valores en relación con la operativa en cuentas globales, consentimiento reafirmado por carta.

Ya hemos visto que normativamente se exige, sin excepción, una separación efectiva entre los valores e instrumentos financieros de la empresa y los de cada cliente y, por otro lado y además, que los registros internos de la entidad permitan conocer, en todo momento y sin demora, y especialmente en caso de insolvencia de la empresa, la posición de valores y operaciones en curso de cada cliente.

La individualización de las posiciones correspondiente a cada uno de esos clientes en los registros internos no permite sustituir y soslayar la obligación de separación efectiva de valores e instrumentos propios y los de clientes, obligación cuyo cumplimiento no puede soslayarse al amparo de las dificultades que puedan derivarse de la operativa del mercado extranjero en el que se pretende operar. Nada se objeta a que Auriga decida

operar en el mercado americano por cuenta de clientes con esos valores tan poco líquidos sobre la base que no está obligada a operar por cuenta propia en este mercado, pero sí lo hace, surge la obligación de separación absoluta.

Es un hecho indiscutido la existencia de una cuenta abierta en Societé Generale en la que se depositaban conjuntamente instrumentos propios de Auriga e instrumentos de clientes y aun, en pura hipótesis, admitiendo la eventualidad de que fuera una cuenta global ("*Cuenta Ómnibus*") autorizada por los clientes (como indica la Administración en la resolución recurrida, no consta autorización previa de los mismos ya que "(...) *lo que la representación de Auriga aporta junto con su escrito de alegaciones es una serie de cartas - una por cada uno de esos siete clientes- de fecha 15 de diciembre de 2015, y por tanto redactadas ad hoc con posterioridad a la apertura del presente expediente sancionador*"), dicha cuenta incumpliría la norma 12.1.a) de la Circular 1/1998 de la CNMV que viene a establecer, como requisito previo a la apertura de una cuenta global, que "*deberá existir una separación absoluta entre la cuenta propia de la entidad y la de terceros, no pudiéndose registrar posiciones de la entidad y de sus clientes en la misma cuenta. La denominación de la cuenta de clientes reflejará expresamente el carácter de cuenta de terceros*". Esta exigencia era plenamente conocida por Auriga y, no en vano, en la operativa relativa al mercado europeo se abrió en Societé Generale dos cuentas claramente diferenciadas, una propia para registrar operaciones de cartera propia, y otra "*de terceros*" para registrar operaciones de clientes.

Además, la necesidad de esta operativa separada de conformidad lo que se viene exigiendo normativamente, venía reflejada, ya de inicio, en el modelo de contrato normalizado utilizado por la actora y así en la cláusula tercera del modelo de contrato de apertura de cuenta de depósito y administración de valores se establece: "*Cuando la práctica habitual en el mercado en el que haya de ejecutarse una orden exija la utilización de cuentas ómnibus para clientes de una misma entidad, el cliente autoriza expresamente a AURIGA GLOBAL INVESTORS a utilizar dichas cuentas globales en las que las posiciones del cliente aparecerán registradas conjuntamente con las de otros clientes de AURIGA GLOBAL INVESTORS, teniendo en cuenta que existirá una separación absoluta entre la cuenta propia de AURIGA GLOBAL INVESTORS y la cuenta de sus clientes, que no podrán registrarse posiciones de AURIGA GLOBAL INVESTORS y de sus clientes en la misma cuenta y que AURIGA GLOBAL INVESTORS tiene establecido un procedimiento interno que permite individualizar contablemente la posición de cada uno de sus clientes*". (sic con el añadido del subrayado). Es por ello que difícilmente se puede pretender avalar un consentimiento previo de los clientes con base a dicho contrato.

En lo que atañe a la temporalidad de la operativa basta con remitirnos a lo ya señalado en la resolución recurrida que permite, cuanto menos, tener por constatado que la operativa infractora no fue meramente ocasional y/o aislada:

"Por otro lado, en lo que respecta a la supuesta temporalidad de esta operativa, resulta sorprendente que la representación de la Sociedad cuestione el hecho de que la práctica se ha mantenido durante un prolongado periodo de tiempo, esto es, al menos durante la totalidad del periodo analizado –el año 2013-, ya que es la propia Auriga, en su respuesta a la Carta de Relación de Hechos del DSEE, con fecha 14 de abril de 2015, la

que afirma que esta operativa se desarrolló "durante el ejercicio 2013, y parte del correspondiente al año 2014".

Pero además, a la vista de esta alegación, los Instructores, con fecha 17 de mayo de 2016, solicitaron al DSEE que remitiese los datos incorporados a los registros de Auriga que aparecen en el Anexo I del Informe razonado -los cuales reflejan las posiciones abiertas en Auriga como consecuencia de las operaciones registradas en las cuentas abiertas por la entidad en Societé Generale-, añadiendo a los mismos la fecha en la que se abrió cada una de esas posiciones. Pues bien, en dicho documento, que obra incorporado al expediente, se comprueba que en ningún caso es cierto que la primera operación se realizase en diciembre de 2013. Así, por ejemplo, para el valor "ANTHERA PHARMACEUTICALS INC" -ISIN US03674U2015-, valor correspondiente a la operativa del mercado americano, los datos incorporados a los registros de Auriga muestran que las posiciones abiertas tanto por cuenta propia de la Sociedad como para dos clientes tienen fecha de apertura de 15 de julio de 2013. Esto significa que a esa fecha Auriga mezclaba, en la cuenta abierta en Societé Generale para el mercado americano instrumentos propios y de clientes, por lo que lo alegado por la representación de la expedientada es rotundamente falso".

Vemos que tras la incorporación de los datos relacionados en el Anexo I del informe del DSEE es cuando la recurrente cambia sus alegaciones al respecto de la temporalidad reconociendo que "las operaciones no se produjeron en el último mes de 2013 sino más bien en el último semestre de 2013". (sic).

De igual manera, la operativa descrita, claramente infractora en la no existencia de separación entre los instrumentos/valores propios y de clientes, tampoco podía quedar avalada por el hecho de que la mayoría de los clientes que participaban en la cuenta referida fueran personas vinculadas a la Sociedad y menos aún sobre la base de un Reglamento Interno de Conducta que, en lo que interesa al caso, se limita a determinar que las operaciones por cuenta las personas sujetas y de las vinculadas a ellas, se debían realizar a través de la Sociedad y no de otra entidad salvo que la Sociedad no tuviera acceso a un determinado mercado:

"Asimismo, la alegación según la cual Auriga actuó siguiendo las instrucciones recogidas en el artículo 8 de su Reglamento Interno de Conducta, al ser la mayoría de los clientes que participaban en la cuenta personas vinculadas a la Sociedad, carece de sentido por completo. El citado artículo 8 del Reglamento Interno de Conducta de la Sociedad, transcrito en el escrito de alegaciones, establece lo siguiente:

"Operaciones por cuenta propia de las Personas Sujetas a través de la Sociedad. Todas las operaciones de las Personas Sujetas, por cuenta propia, de compra o venta de valores o instrumentos financieros negociados en Bolsa, en cualesquiera mercados organizados o no, oficiales o no, nacionales o extranjeros, deberán realizarse a través de la propia Sociedad, que procederá a ejecutar o transmitir para su ejecución las órdenes correspondientes, si procede. En caso de que la operación no se pueda realizar por la Sociedad por no tener acceso a un determinado mercado, se podrá realizar dicha compraventa a través de otra entidad y deberá ser comunicada en la comunicación mensual de operaciones.

Se considerarán operaciones por cuenta propia de las Personas Sujetas cualquier transacción con un instrumento financiero realizada por cualquier persona con la que

aquellas tuvieran una relación de parentesco o mantenga vínculos estrechos o cuya relación con la Persona Sujeta fuera tal que ésta tenga un interés, directo o indirecto, significativo en el resultado de la operación (...)”.

Lo que se establece en este artículo, por tanto, no guarda relación con la infracción imputada. Es decir, que, de acuerdo con el Reglamento Interno de Conducta de Auriga, las operaciones por cuenta de las llamadas personas sujetas –y de las personas vinculadas a éstas- deban realizarse través de la Sociedad, y no de otra entidad (salvo que la Sociedad no tenga acceso a un determinado mercado), en ningún caso habilita a Auriga para utilizar la cuenta a través de la cual se realizan esas operaciones para registrar igualmente operaciones de cartera propia, lo cual como hemos dicho repetidamente contraviene la normativa de aplicación. En definitiva, son cuestiones completamente diferentes”. (sic de la resolución sancionadora).

En la demanda también se viene a defender la extemporaneidad de la práctica de la prueba solicitada por los instructores argumentándola a la luz del art. 17 del RPEPS RD 1398/1993 (“1. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado en el artículo 16, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba, de conformidad con lo previsto en los arts. 80 y 137.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días.

2. En el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, se realizará de conformidad con lo establecido en el art. 81 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública, y sea admitida a trámite, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento, con los efectos previstos en el art. 83.3 de la LRJ-PAC.

5. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

6. Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución”).

En cuanto a la incorporación al expediente de la contestación efectuada por el DSEE el 18-5-2016, una vez concluido el periodo de prueba y por solicitud que con fecha 17-5-2016 hacen los Instructores al DSEE, en trámite de propuesta de resolución, relativa a “los datos incorporados a los registros de Auriga que aparecen en el Anexo I del Informe razonado del DSEE de fecha 15 de septiembre de 2015, los cuales reflejan las posiciones abiertas en Auriga como consecuencia de las operaciones registradas en las cuentas abiertas por la entidad en Societé Generale, añadiendo a los mismos la fecha en la que se abrió cada una de

esas posiciones", datos que vendrían a desmentir las iniciales alegaciones al pliego de cargos efectuadas por Auriga en el particular de que la primera operación en el mercado americano se efectúa en diciembre de 2013, ha de señalarse, de partida, que dichos datos no responde a una elaboración del DSEE y que eran de conocimiento de la propia recurrente pues fueron aportados por la propia Auriga en el transcurso de la inspección ya que se trata de datos incorporados a los registros de la Sociedad en relación con la operativa propia y de clientes llevada a cabo en las cuentas abiertas en Societé Generale. Así, no se puede admitir, ni en mera elucubración, que el ejercicio del derecho de defensa de la entidad actora dentro del expediente sancionador se viera menoscabado al verse sorprendida por hechos que le eran ajenos y que además eran nuevos (tales hechos obraban ya en los registros por ella aportados en fase de inspección) y lo único que se hizo por los instructores, en el marco del entonces vigente art. 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, Real Decreto 1398/1993, fue complementar el Anexo I del informe del DSEE con los datos reflejados en los registros de la sociedad en el particular de las posiciones abiertas por la entidad en Societé Generale, añadiendo a los mismos la fecha en la que se abrió cada una de esas posiciones y siendo que ha existido sobrada posibilidad de alegación al respecto (ya hemos visto como se cambian las alegaciones de las formuladas al pliego de cargos a las formuladas a la propuesta de resolución cuando la recurrente se ve enfrentada a la realidad de los datos de sus propios registros).

Huelga decir que las actuaciones realizadas durante la inspección (actuaciones previas) constituyen base probatoria del mismo y que el valor probatorio en este caso es incuestionable ante el dato ya señalado de que la información resulta de los propios registros de la entidad, registros que ella misma elabora y que aporta durante la fase de inspección. Eran los propios registros de la entidad los que cuestionaban las afirmaciones realizadas por la entidad al pliego de cargos y así se le puso de manifiesto en la propuesta de resolución.

Citaremos al efecto del valor probatorio de las actuaciones instructoras la S. TS de 17-4-2007 -recurso de casación 3755/03, reiterada en S. TS de 6-5-2011, Rec. 5225/2007:

«" Por otra parte, la incorporación de tales actuaciones previas al expediente sancionador y su valor probatorio, sin que ello suponga infracción de los principios constitucionales que se invocan por la recurrente, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional desde el principio, baste al respecto la sentencia 56/98, de 16 de marzo, que comienza recogiendo la abundante doctrina en el sentido que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración (STC 18/1981, fundamento jurídico 2º), a que entre dichos principios se encuentra el que inspira el contenido del derecho a la presunción de inocencia (STC 76/1990, fundamento jurídico 8º: "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas"), y a que aquella aplicación no tiene un alcance "literal", sino el que requiere la preservación de "los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución" (STC 18/1981, fundamento jurídico 2º). En esta última pauta hemos insistido, también con otras palabras en múltiples resoluciones, postulando una aplicación de las garantías procesales al procedimiento administrativo sancionador "en línea de principio" (STC

66/1984, fundamento jurídico 1º), cautelosa (SSTC 246/1991, 197/1995) y respetuosa con la naturaleza de este procedimiento (SSTC 22/1990, 246/1991); y rechazando que dicha aplicación pueda realizarse de modo mimético, inmediato (STC 181/1990), o automático (STC 197/1995).

A la hora, pues, de calibrar si las diligencias impugnadas generaron un efecto material de indefensión o, si se quiere, si fueron practicadas sin las mínimas condiciones que avalaban su posible fiabilidad, no se trata de aplicar directamente el molde que los valores de justicia y seguridad imponen al proceso penal, a la prueba penal, sino de comprobar si concurren, las garantías que dichos valores exigen a aquel procedimiento en consideración a su peculiar naturaleza y finalidad....

Así las cosas, lo que los valores que subyacen a los derechos fundamentales en juego exigen a las diligencias de prueba en el orden administrativo son unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad. Y si las primeras parecen centrarse en su normatividad y en la posibilidad de contradicción, las segundas aluden a las características del sujeto que las practica.

Y desde este planteamiento general señala la citada sentencia, en relación con la denominada información reservada que precedió a la apertura del expediente disciplinario y que después se incorporó a él, que con independencia de que la peculiar característica que domina y da nombre a esta diligencia (su carácter inicialmente "reservado") deba ser tomada en cuenta por el órgano decisor a la hora de valorar su contenido, debe señalarse que de las condiciones en las que se practicó no se infiere la necesidad de proscribir su valoración para salvaguardar el equilibrio esencial del procedimiento y para impedir un posible efecto material de indefensión (así, ATC 204/1993). Adviértase que, por una parte, dicho informe fue encargado conforme a Derecho por el Ministerio de Justicia a un funcionario concreto en el ejercicio regular de su función y en que dicho funcionario describió pormenorizadamente su actividad para realizarlo y los fundamentos fácticos de sus conclusiones. Obsérvese también que su escrito se incorporó al expediente una vez incoado éste y que, de nuevo con independencia de las oportunidades de defensa que el hoy recurrente tuviera en la fase judicial, ello le dio oportunidad de rebatir su contenido en las dos ocasiones en las que se le concedió audiencia y de solicitar un nuevo testimonio de su autor, en general, las diligencias que estimara convenientes para sustentar su contradicción.

Corroboran las afirmaciones anteriores nuestra jurisprudencia relativa a que las diligencias y actas de la Inspección de los Tributos constituyen un primer medio de prueba sobre los hechos que reflejan y que su "valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias" (STC 76/1990, fundamento jurídico 8º ; también, ATC 974/1986, en relación con las actas de la Inspección de Trabajo, ATC 7/1984; en general, STC 169/1994).

En el presente caso tales actuaciones previas se llevaron a cabo en condiciones objetivas y subjetivas que permiten apreciar su fiabilidad, en los términos que resulta de esa doctrina constitucional, pues, como señala la sentencia de instancia, se cumplió el principio de contradicción tanto en el momento de levantarse las correspondientes actas, en la que consta la intervención de los representantes legales de las entidades afectadas, como en un momento posterior, habiendo tenido diversas ocasiones, ejercitadas por la recurrente, para formular las alegaciones convenientes, como de hecho efectuó en varios escritos que cita en

este recurso, así como intervenir en el correspondiente trámite de prueba; y, subjetivamente, como ya hemos indicado antes, las actas fueron levantadas por el órgano de inspección competente al efecto.

Ningún motivo de indefensión se advierte, por lo tanto, en la incorporación de tales actas al expediente y su valoración como elemento de prueba, que por lo demás se completó durante el desarrollo del procedimiento sin que al respecto se hayan apreciado infracciones que puedan afectar a las posibilidades de ejercicio por la recurrente de los medios de defensa que haya estimado convenientes"».

4.- Infracción por vicios esenciales en la llevanza de los registros obligatorios.

Se viene a defender la insuficiencia de la muestra seleccionada por CNMV ya que de un total de 4.500 clientes que mantenían unas 5.700 cuentas, tan sólo se habían considerado las operaciones de 31 clientes (un 0,6% del universo de sus clientes) y de las operaciones realizadas durante tres meses, que sumaban un total de 144.000 operaciones tan sólo se seleccionaron 31 (sólo un 0,02% de las operaciones). Por tanto se defiende que se trabajó con un universo mínimo tanto de operaciones como de clientes que no presentaba una base razonable a partir de la cual se pudieran alcanzar conclusiones globales acerca de la existencia de vicios esenciales.

En el informe que los instructores solicitaron en periodo de prueba al DSEE (ver punto c) de la providencia de prueba de 11-4-2016 "c) *Si el muestreo realizado con motivo de la inspección permite o no reflejar una imagen fiel de los registros obligatorios de Auriga, y si es cierto que, como se afirma en las alegaciones formuladas por la representación de la expedientada respecto de la muestra, "su escaso tamaño y su carácter sesgado" no permitirían calificar la llevanza general de los registros por parte de Auriga como una llevanza con vicios esenciales.*") y sobre la base de los ficheros de órdenes y de operaciones de clientes proporcionados por la entidad, periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, informe emitido por el DSEE con fecha 4-5-2016, se puso de relieve que se proporcionó un fichero de órdenes de clientes que contenía 96.523 registros y dos ficheros de operaciones de clientes (órdenes ejecutadas) que contenían en total 101.044 operaciones (33.953 operaciones y 67.091 operaciones respectivamente), por lo que existía un descuadre entre ordenes de clientes y ordenes ejecutadas de 4.521 operaciones (había más ordenes ejecutadas/operaciones que las órdenes recibidas sin considerar aquellas órdenes no ejecutadas que podrían haberse dado y que no se hubieran incluido en el registro de órdenes así como otras operaciones sí ejecutadas pero no recogidas en el fichero de órdenes) y ante lo que suponía de por sí dicha elevada cifra en cuanto a la existencia de una incidencia relevante y de carácter general que afectaba a un número tan elevado de órdenes ejecutadas que estaban sin registrar, es por lo que se consideró suficiente seleccionar una muestra de 31 operaciones para analizar otros aspectos concretos de los registros a lo que se une que la muestra seleccionada por el equipo inspector incluía aquellos clientes con mayor número de operaciones en diferentes tipos de instrumentos financieros (renta variable, renta fija, fondos de inversión, deuda pública e instrumentos derivados) y que se hubieran transmitido por diferentes canales (Bloomberg, telefónicas, electrónicas, escritas, por routing o por página web), criterios de elección que no han sido combatidos en su relevancia.

Es por ello que la muestra de 31 operaciones ha de valorarse en su carácter significativo y de suficiencia no por su número en sí sino dentro de lo que viene a representar el elevado número de órdenes ejecutadas que no tenían sustento en órdenes de clientes (4.521) y en lo cualificado de la muestra seleccionada y es por ello que la muestra significativa estaba perfectamente justificada y perfilada para ofrecer una base razonable a partir del cual alcanzar conclusiones sobre la totalidad.

Además, dicha muestra que venía a confirmar el resultado que ya podía deducirse del descuadre general entre órdenes de clientes y operaciones ejecutadas ya que 17 operaciones de las 31 de la muestra no figuraban en el fichero de órdenes (el 55% de la muestra). Es precisamente la coordinación de ambos datos (el general y el de la muestra) lo que permite concluir lo ya afirmado en la resolución recurrida acerca de *"la existencia de un número elevado de órdenes incluidas en el registro de órdenes que finalmente no se ejecutaron, lo que implicaría que la incidencia general sería más relevante toda vez que significaría que el número de operaciones ejecutadas y no registradas en el fichero de órdenes podría ser más elevado. Adicionalmente, debe indicarse que en las 31 operaciones analizadas se detectaron otras incidencias referidas al registro de órdenes. En concreto, en 4 casos no se aportó el justificante de la orden y en 10 casos se observaron deficiencias en diferentes campos del registro de órdenes, que se han identificado en el Anexo A de este informe"*.

Efectivamente, como se indica en la demanda la metodología impone que la orden es anterior a la operación correspondiente y ello avala que el fichero informático de ambas no tiene por qué coincidir exactamente en tiempo, tiempo normalmente inmediato, pero este argumento funciona tanto en lo que respecta al principio del periodo examinado como al final del mismo y sin olvidar que estamos ante un descuadre significativo y que la actora pudo presentar durante la inspección, sin hacerlo, el fichero de órdenes y el fichero de operaciones, con sus correspondencias para salvar, justificando, la existencia de ese descuadre significativo como meramente aparente y debido exclusivamente al desfase temporal entre orden y operación.

En cuanto a la parcialidad del informe técnico, de inicio, se viene a cuestionar que pueda informar dentro del procedimiento sancionador, en periodo de prueba, un órgano técnico como es el DSEE (Departamento de Supervisión de Empresas de Servicios de Inversión y Entidades de Crédito y Ahorro) cuando la apertura del expediente resulta, precisamente, de un informe razonado del DSEE de fecha 15-9-2015 que concluía con una "propuesta" al Comité Ejecutivo de la CNMV de apertura de expediente sancionador a la recurrente.

Esta posibilidad de informe del DSEE dentro del procedimiento sancionador no puede confundirse con la función de instrucción (son los instructores los que finalmente y en definitiva elaboran el pliego de cargos y efectúan la propuesta de resolución, motivadamente en hechos y derechos, sobre la base de lo actuado en las diligencias preliminares y en el procedimiento sancionador), y, además, de no ser extraña a las competencias que tiene atribuidas en orden a supervisar e inspeccionar empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y plataformas de financiación participativa, dicha posibilidad de informe no viene limitada en el marco de art. 17.4 del RPEPS RD 1398/1993 (actual art. 77.6 de LPAC 39/2015) y art. 82.1 de la LRJ-PAC (actual art. 79.1 LPAC 39/2015) y sin que ello impida que se pueda cuestionar, al concreto del caso, el

contenido de tal informe técnico y la propia resolución sancionadora que lo acoja. A tal efecto ya hemos visto que no puede aceptarse al caso de autos ni que la muestra sobre la que se trabajó fuera escasa ni que fuera sesgada y la asunción en la Propuesta de resolución de que: *"(...) de los 29 casos con incidencias identificados en el cuerpo del informe razonado, por error se incluyeron 5 casos que no correspondían y por tanto deben considerarse 24 los casos con incidencias identificadas, (...)"* lo que viene a reflejar es el rigor con el que se ha trabajado depurando todo aquello que verdaderamente no podía ser tenido en cuenta en contra del recurrente.

En cuanto a la concreta llevanza de los registros de órdenes, la recurrente viene a defender la corrección del que ella tenía implementado al constar la orden en un registro válido según la norma (papel, grabación o registro magnético) con base al tenor literal de 33 del RD 217/2008 (en la boleta, en la grabación, en el registro es donde deberán indicarse los datos que establece el Reglamento 1287/2006 -hora, designación del cliente, compra/venta, etc - y son estos los que deben conservarse por cinco años).

De principio hay que señalar que la resolución recurrida deja claro que a la recurrente no se le sanciona por no tener un registro informático de órdenes sino por tener graves deficiencias en el registro de órdenes que tenía implementado, registro, que además, se debe hacer en un soporte que permita el almacenamiento de la información de forma accesible a la CNMV tal y como viene a exigir el art. 32.2 del RD 217/2008 y partiendo de que el art. 33 del RD 217/2008 no solo recoge, en cuanto al registro de órdenes, la obligación de conservar el ejemplar original de la orden, la cinta de grabación, o el registro magnético. Así *"...debe reiterarse que no se sancionó a Auriga por no contar con un registro de órdenes, sino por la inadecuada llevanza del mismo, puesta de manifiesto en el hecho de que al menos 4.521 órdenes no aparecían registradas"*. (sic de la resolución de alzada), sin que por tanto exista modificación alguna de la conducta sancionada en la Resolución respecto de la Propuesta de Resolución ya que lo que hace la resolución es reforzar los argumentos de la propuesta: *"Porque en ningún momento se imputa a la Sociedad la ausencia de un registro de órdenes: Auriga efectivamente llevaba un registro de las órdenes de sus clientes, a través de un fichero informático. El problema es que en ese fichero informático no estaban registradas al menos 4.521 órdenes, tal y como se explica en el Informe Técnico del DSEE. Es decir, lo que se imputa es una inadecuada llevanza del mismo."*

No es admisible por tanto el razonamiento defendido en el escrito de alegaciones según el cual se le impone a Auriga una sanción muy grave "por la circunstancia de que se estima o considera que "seguramente" sea la llevanza por medios informáticos lo más recomendable". Repetimos, lo que se le imputa a la Sociedad es que en un número significativo de operaciones, las órdenes no estaban adecuadamente registradas, esto es, es un soporte accesible para la CNMV, fuera informático o no.

(...)

La orden transmitida por el cliente se materializa –en función del canal utilizado–, en una boleta, una cinta de grabación o un registro magnético, en los cuales por supuesto tienen que aparecer los datos fundamentales de dicha orden, esto es, los requeridos por el Reglamento 1287/2006. Por ello el DSEE, tras verificar si cada una de las ordenes de la muestra se encontraba adecuadamente registrada en el fichero de órdenes, analizaba además si el ejemplar físico de la orden, que tiene que ser conservado de acuerdo con el artículo 33 del RD 217/2008, recogía los diferentes datos relativos a la orden, señalando la existencia de una deficiencia en caso de que no fuera así.

No obstante, no es cierto que el DSEE considerase que existía una incidencia en todos los casos en los que el ejemplar físico de la orden no contenía la totalidad de los datos exigidos, sino que esa circunstancia dependía del tipo de orden y de operación concreta. Así, en determinadas órdenes telefónicas el DSEE no valoraba el campo de la divisa, juzgando de correcta o incorrecta esa orden concreta en función del resto de campos, pero no de ese; esto se debe a que en determinadas operaciones –piénsese por ejemplo en la compra de acciones que cotizan en la bolsa española-, en el transcurso de la orden telefónica es posible que no se haga referencia a la divisa, ya que se sobreentiende que se trata de euros. Esto, repetimos, no es considerado como una incidencia por el DSEE puesto que, aunque el Reglamento 1287/2006 establece con claridad que para cada orden debe registrarse la divisa de la misma, es suficiente con que ese dato aparezca en el registro de órdenes que la entidad lleve, en el caso de Auriga, en el fichero informático en el que –aunque con deficiencias- registraban las órdenes.

Por lo tanto, el hecho de que el DSEE comprobara en las boletas, cintas de grabación y registros magnéticos la presencia de los diferentes datos no implica que el registro de órdenes exigido por la normativa consiste simplemente en la conservación de esos ejemplares físicos, sino que -como ya ha quedado suficientemente explicado-, ese registro debe realizarse en un soporte accesible a la CNMV y en que se recojan todos los datos exigidos por el Reglamento 1287/2006, y que se acompañe del archivo de las órdenes. De esta manera podrá comprobarse que el registro de órdenes se corresponde con el de operaciones, pero además, que el registro de órdenes coincide con las órdenes efectivamente giradas por los clientes. Por ello la normativa exige que el registro de órdenes lo conforme el registro con los datos exigidos por el Reglamento comunitario y el archivo de las órdenes en el soporte que corresponda a cada una de acuerdo con el canal utilizado para girarla". (sic de la resolución sancionadora).

Tanto la Propuesta de Resolución y como la Resolución sancionadora dejan patente que la conservación de las boletas, grabaciones telefónicas o registros magnéticos, por sí solos, no suponen la llevanza de un registro de órdenes y que en el fichero informático implementado por la recurrente no estaban registradas al menos 4.521 órdenes, número suficientemente significativo y ello al margen de determinadas deficiencias observadas en las ordenes de la muestra.

Reiteramos al respecto lo dispuesto en el RD 217/2008 en su art. 32, en relación al mantenimiento de registros, y en su art. 33 con relación tanto al registro de órdenes de clientes sobre instrumentos financieros y registro de operaciones.

Del tenor de ambos preceptos y de su conjunción, se ve claro que el registro de órdenes de clientes es algo distinto del mero acumulado del ejemplar original de la orden en papel, la cinta de grabación, o el registro magnético donde se reflejen las ordenes que se van recibiendo, soportes que deben conservarse para dar sustento probatorio a la mismas, y, además, dicho registro debe realizarse de forma inmediata, para cada orden recibida, con una serie de datos relacionados con la misma (artículo 7 del Reglamento 1287/2006) y debe realizarse en un "soporte" que permita que la CNMV acceda a ellos con facilidad (art. 32.2 del RD 217/2018). Si bien no se especifica en la norma que este soporte deba ser informático (solo se establece así para el registro de operaciones en el art. 33 del RD 217/2018) éste era precisamente el modelo elegido por la propia recurrente que utilizaba un fichero informático de órdenes (éste y no otro era el

registro de ordenes ya que por tal no puede tenerse los archivos de los justificantes de las órdenes y si no se tomara por tal dicho fichero informático igualmente se le habría sancionado por infracción muy grave sobre la base de la ausencia total de registro de ordenes) pues no es ilógico que podamos pensar que este sistema es el que permite a la propia Sociedad llevar un adecuado control de las ordenes que recibe. Sin embargo, partiendo de la existencia de ese fichero informático, por la actora no se realizó un adecuado registro de las ordenes en el fichero detectándose vicios esenciales ya que como hemos visto por referencia al número de las operaciones ejecutadas no se habían registrado al menos 4.521 órdenes de clientes: *“Además, no hay que olvidar que en una inspección anterior ya se habían detectado deficiencias relativas a la elaboración del registro de órdenes, así como que la propia Auriga reconoció las deficiencias relacionadas con la llevanza de sus registros –tanto en el email de fecha 10 de octubre de 2014 que figura como Anexo B del Informe Técnico del DSEE, donde se dice expresamente, en relación con las incidencias inicialmente descubiertas por los inspectores, que “las incidencias que has detectado son ciertas”, como en su respuesta a la Carta de Relación de Hechos de fecha 14 de abril de 2015”, informando de que las mismas han sido subsanadas a partir de 2014 gracias a la implantación de un nuevo aplicativo informático”.* (sic de la resolución sancionadora).

Hemos de partir de que estos documentos con origen en la recurrente se producen de forma autónoma, por su propia instancia, dentro de la inspección que se venía realizando y en definitiva vienen a corroborar lo que había resultado de la misma por lo que no suponen vulneración alguna del derecho a no declarar contra sí mismo, ni la sanción se sustenta exclusivamente en ellos. Por el contrario suponen un claro ejemplo de asunción de hechos evidenciados que después se pretenden desdibujar a socaire de sui generis interpretaciones de lo que debe ser un registro de órdenes.

De la normativa expuesta resulta de forma expresa la obligación de contar con un registro de órdenes, y con un registro de operaciones -registros claramente diferenciados -, y la exigencia de una correcta llevanza se proyecta sobre ambos ya que una cosa es que la información de ambos registros deba ser concordante como exige el art. 33.3 del RD 217/2008 y otra muy distinta que las deficiencias e incorrecciones del registro de ordenes se puedan ver suplidas con la información del registro de operaciones pues si bien cada anotación en el registro de operaciones deberá estar sustentada por una orden de entre las comprendidas en el registro de órdenes no hay que olvidar que no todas las órdenes tienen por qué llegar a ejecutarse. Es por ello que el registro de órdenes, diferenciado también del mero acumulado de los boletas, grabaciones o registros magnéticos, archivados, en los que se registran las órdenes recibidas, presentaba de base anomalías relevantes y significativas que no pueden subsanarse a posteriori con la aportación junto con las alegaciones al pliego de cargos de documentación relativa a las concretas operaciones de la muestra (de contrario, esta aportación documental en cuanto a la finalidad con ella perseguida lo que reafirma que de base el fichero informático manejado por el recurrente presentaba deficiencias concretas en el particular de la muestra).

En cuanto a la Resolución de CNMV de 7 de octubre de 2009, sobre los registros mínimos a mantener por las empresas que presten servicios de inversión (BOE de 21 de octubre de 2009) vendría a redundar en la singularidad del registro de ordenes frente a otros registros y así en su Anexo, incluye de forma diferenciada, entre la lista de registros

a mantener, el registro de órdenes, el registro de operaciones, y el registro de confirmaciones. Además, su propio título habla de registros mínimos y de ahí según la exposición de motivos las empresas pudieran valorar que los registros propuestos no fueran suficientes *“para, por un lado, posibilitar el debido cumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa vigente en cada momento y, por otro, para que la autoridad supervisora pueda llevar a cabo convenientemente su labor, no pudiendo, por lo tanto, ampararse en el cumplimiento de llevanza de los registros contenidos en la propuesta objeto de la presente Resolución para eximirse de la responsabilidad que pudiera derivarse de no resultar éstos suficientes o adecuados en función de las características particulares de cada empresa”*.

5.- Tipicidad

En cuanto a la infracción por la llevanza de los registros de operaciones con vicios esenciales se viene a defender que las posibles deficiencias en el fichero de órdenes no constituirían un elemento del tipo susceptible de ser sancionado.

El artículo 99 l) de la LMV tipifica como infracción muy grave la llevanza con vicios esenciales de los registros establecidos en la letra e) del apartado 1 del artículo 70 ter de la LMV, mientras que el art. 100 t) considera como infracción grave *“La inobservancia ocasional o aislada por quienes presten servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones previstas en el art. 70 ter. 2 y 3...”*.

Por lo expuesto en los fundamentos jurídicos antecedentes es más que evidente cual fue la conducta sancionada y los concretos hechos y argumentos jurídicos que permitieron dar contenido al caso de autos en la consideración de la existencia de vicios esenciales en el registro de órdenes y que al particular del caso no se trata de incidencias aisladas e irrelevantes (nos remitimos a lo ya señalado en relación a la relevancia de la muestra en relación a los datos generales ofrecidos por los propios registros de la entidad en la importante cifra de operaciones que superaban a las órdenes recibidas) .

6.- Proporcionalidad.

En este apartado se vuelven a reiterar argumentos ya tratados en los anteriores fundamentos y en especial se reitera que estaríamos ante manifestaciones de una misma y única irregularidad relacionada con los requisitos de organización interna.

Damos por reproducido lo ya dicho en el cuerpo de la presente y, por lo demás, la resolución sancionadora aparece motivada en cuanto a la concreta cuantía de las multas impuestas y la proporcionalidad resulta que ambas multas aparecen impuestas dentro del tercio inferior posible y en una cuantía realmente atemperada atendiendo a los hechos infractores ya valorados y a los límites sancionadores que resultan de la aplicación del art. 102 de la LMV (*“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones: a) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 5 por ciento de 105 recursos propios de la entidad infractora, el 5 por ciento de 105 fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 600.000 euros”*).

En la resolución sancionadora se indica:

“Pues bien, en el presente caso, de las diversas sanciones previstas en el citado artículo 102 de la LMV sólo resulta aplicable la de multa, prevista en la letra a), toda vez que el resto de sanciones recogidas en la norma lo son para supuestos de infractores o infracciones de diferente naturaleza a la aquí tratada.

Atendiendo a las reglas que para su cálculo establece el mencionado artículo, la multa a imponer por la infracción muy grave cometida puede ser de hasta el 5% de los recursos propios de Auriga a 31 de diciembre de 2012 -último ejercicio cerrado con anterioridad a la finalización de los hechos infractores-, los cuales ascendieron a 24.661.040 euros, es decir, multa de hasta 1.233.052 euros, cifra que será de aplicación al superar el umbral residual de 600.000 euros fijado en el artículo 102 de la LMV.

(...)

Pues bien, en relación con esta primera infracción, no se aprecia circunstancia alguna que aconseje reforzar el reproche disciplinario; asimismo, tampoco se aprecia ninguna circunstancia que permita atemperar dicho reproche.

En su virtud, se considera proporcionada la imposición de la multa dentro del tercio inferior y en sus parámetros menores, aun con cierta relevancia económica, retributiva de la conducta ilícita y disuasoria de futuros incumplimientos. Con esta multa y su posterior publicación se cumple la finalidad represiva que debe tener un expediente disciplinario, en el que la sanción es la justa y legítima consecuencia de conductas reprobables, así como su finalidad preventiva, que pretende evitar situaciones como las analizadas en el expediente y su repetición en el futuro, tanto en la entidad expedientada como en el resto de sujetos que actúan u operan en el mercado de valores, al tiempo que, con ella, no se afecta a la solvencia o estabilidad financiera de la Sociedad.

*En consecuencia, se estima adecuado, a la vista de las anteriores consideraciones, y en aplicación del principio de proporcionalidad, que se imponga una sanción de multa por importe de **75.000 EUROS**.*

(...)

*Pues bien, en relación con esta segunda infracción, tampoco se aprecia circunstancia alguna que aconseje reforzar el reproche disciplinario; asimismo, tampoco se aprecia ninguna circunstancia que permita atemperar dicho reproche. En su virtud, se considera de nuevo proporcionada la imposición de la multa dentro del tercio inferior y en sus parámetros menores, aun con cierta relevancia económica, retributiva de la conducta ilícita y disuasoria de futuros incumplimientos. Con esta multa y su posterior publicación se cumple la finalidad represiva que debe tener un expediente disciplinario, en el que la sanción es la justa y legítima consecuencia de conductas reprobables, así como su finalidad preventiva, que pretende evitar situaciones como las analizadas en el expediente y su repetición en el futuro, tanto en la entidad expedientada como en el resto de sujetos que actúan u operan en el mercado de valores, al tiempo que, con ella, no se afecta a la solvencia o estabilidad financiera de la Sociedad. En consecuencia, se estima adecuado, a la vista de las anteriores consideraciones, y considerando las exigencias del principio de proporcionalidad, que se imponga una sanción de multa por importe de **75.000 EUROS”**.*

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

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **AURIGA GLOBAL INVESTORS, SOCIEDAD DE VALORES, S.A.**, contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

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

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

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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