

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE ABRIL DE 2025**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso núm.:** 892/2023

**Ponente:** Dña. Ana María Sangüesa Cabezudo

**Acto impugnado:** Resolución de la CNMV de 3 de octubre de 2022, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 24 abril de 2023.

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a once de abril de dos mil veinticinco.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 892/2023**, seguido a instancia de doña IAR, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de **DOÑA IAR, DON FCR, y DON FAR**, bajo la dirección técnica de la Letrada doña RFS, contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de octubre de 2022 en el expediente sancionador nº 12/2021, siendo demandada la Administración del Estado (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL), representada y asistida por el Sr/Sra. Abogado/a del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de abril de 2023 la procuradora indicada presentó escrito, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de octubre de 2022 en el expediente sancionador nº 12/2021, pronunciado en relación exclusivamente con los hechos no afectados por la suspensión parcial del procedimiento adoptada por Acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de fecha 9 de junio de 2022, por el que se imponía a cada uno de los recurrentes una sanción de 30.000 euros por la comisión de una infracción grave, así como contra la resolución de 24 de abril de 2023 de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestima los recursos de alzada interpuestos frente al acuerdo indicado.

Dicho acuerdo sancionador dispuso, en lo que ahora interesa, imponer a ESFERA CAPITAL, S.A. (anteriormente, ESFERA CAPITAL, A.V., S.A.) y a los miembros de su Consejo de Administración al tiempo de los hechos, don JAR, doña IAR, don FAR y don FCR, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 283.1 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales, las siguientes sanciones:

- *MULTA por importe de 100.000 euros (CIEN MIL EUROS) a ESFERA CAPITAL, S.A.*
- *MULTA por importe de 135.000 euros (CIENTO TREINTA Y CINCO MIL EUROS) a JAR.*
- *MULTA por importe de 30.000 euros (TREINTA MIL EUROS) a IAR.*
- *MULTA por importe de 30.000 euros (TREINTA MIL EUROS) a FAR.*
- *MULTA por importe de 30.000 euros (TREINTA MIL EUROS) a FCR.*
- *Imponer a UNIVERSAL UP2ME, S.L. y su consejero delegado, don JBJ, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 278.2 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la realización, sin estar habilitada para ello, de la actividad de gestión de carteras, las siguientes sanciones:*
  - *MULTA por importe de 120.000 euros (CIENTO VEINTE MIL EUROS) a UNIVERSAL UP2ME, S.L.*
  - *MULTA por importe de 100.000 euros (CIEN MIL EUROS) y sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el artículo 233.1.a) de la LMV o en una entidad de crédito, por un plazo de tres años a don JBJ.*

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, reclamando el expediente de la Administración, del que se dio traslado a la recurrente. Esta evacuó el traslado mediante escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que *“se tenga por formalizada, en tiempo y forma DEMANDA contra la Resolución de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 24 de abril de 2023 y, en su día, previos los trámites procesales oportunos, se dicte Sentencia por la que, con estimación íntegra de esta demanda, se acuerde anular el Acuerdo del Consejo de Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 3 de octubre de 2022 y,*

*I. acuerde la existencia de prejudicialidad penal, con retroacción de las actuaciones y la suspensión del expediente en tanto no concluya el procedimiento penal abierto contra el Consejo de Administración de ESFERA CAPITAL AV,*

*II. en su defecto, acuerde dejarla sin efecto la misma archivando el expediente con expresa condena en costas a la CNMV, por no ser los hechos constitutivos de falta alguna”.*

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

**CUARTO.-** La cuantía del recurso es de 30.000 euros para cada uno de los afectados; se dieron por reproducidos los documentos aportados, tras lo cual las partes presentaron escritos de conclusiones en los que reiteraron los pedimentos de la demanda y contestación.

**QUINTO.-** Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se fijó para el día 8 de abril de 2025.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Planteamiento del recurso contencioso a tenor de las alegaciones de la demanda.**

1.- Los demandantes hacen una exposición del *iter* procedimental que desembocó en el acuerdo ahora impugnado, mediante el que se les impuso una sanción por infracción muy grave como consecuencia de las irregularidades contables detectadas, tipificada en el artículo 283.1 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, *“por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales”.*

Alegan que tras la suspensión parcial del procedimiento la tramitación del expediente se concreta en hechos que pudieran ser constitutivos de la falta prevista en el artículo 283.1 LMV.

Según el acuerdo de incoación, los hechos susceptibles de cumplir el tipo del artículo 283.1 LMV, y los únicos por los que continuaría el expediente, harían referencia *“a la existencia de irregularidades contables en relación con la contabilización de los movimientos derivados de su relación mercantil con la empresa perteneciente a su grupo consolidable Visual Chart”.*

Contra el acuerdo sancionador interpusieron sendos recursos de alzada tal y como consta en el expediente administrativo RA.004.23, RA.005.23 y R.A.006.23, desestimándose los mismos

mediante resolución de fecha 24 de abril de 2023 emitida por la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

2.- Los hechos objeto de debate sancionador únicamente giran en torno a valorar si Esfera AV contabilizó correcta o incorrectamente los movimientos con Visual Chart, si los miembros del Consejo de Administración eran conscientes de este hecho y si, en caso de constatar una contabilización incorrecta, ello constituiría una falta muy grave prevista en el art. 283.1 LMV.

La respuesta a estas tres cuestiones es claramente negativa. A pesar de ello, se ha dictado un acuerdo sancionador que, en buena medida, ha de enmarcarse en la previa decisión de la CNMV de suspender la tramitación del expediente de manera únicamente parcial, cuando la lógica aconsejaba la suspensión completa del mismo, incluso sus dudas le llevaron a pedir documentación mediante auxilio judicial al Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid al respecto, lo que le fue rechazado.

3.- Se queja la demandante de la falta de suspensión total del procedimiento, en el sentido de que se debió suspender, no parcialmente, en relación a las infracciones inicialmente perseguidas (infracción del artículo 283.2 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la existencia de deficiencias en su estructura organizativa, procedimientos administrativos, mecanismos de control interno y de gestión de riesgo; por infracción muy grave tipificada en el artículo 284.1 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 208 del mismo texto legal, por el incumplimiento de la obligación de actuar con diligencia y honestidad en el mejor interés de sus clientes e infracción muy grave tipificada en el artículo 278.2 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la realización de la actividad no autorizada de financiación a clientes), y entiende que la resolución es sesgada precisamente por este hecho, condicionando su sentido (la contabilización de la deuda con Visual Chart).

4.- Denuncia una falta de concreción en la imputación de los hechos (contabilización de dicha deuda) y la conducta que se les achaca. Y ello explica, en fin, la completa inutilidad práctica del expediente, como mecanismo de audiencia y contradicción: así, en relación con los hechos objeto de sanción, resulta que el Acuerdo de incoación de 21 de octubre de 2021, la Propuesta de Resolución de 14 de julio de 2022 y el Acuerdo sancionador de 3 de octubre de 2022 tienen exactamente el mismo contenido. Como hechos probados, el Acuerdo de 3 de octubre de 2022 declara *“los que se relacionan en el Acuerdo de Incoación del presente procedimiento... hechos que no han sido desvirtuados por las alegaciones realizadas por los expedientados.*

*El Acuerdo recurrido de 3 de octubre de 2022 incluye hechos que han quedado al margen de este expediente, al haberse suspendido su tramitación respecto a los mismos. Así, nos dirá que el saldo negativo de 109 clientes de ESFERA AV “fue cubierto con el disponible en la cuenta global por cuenta de otros clientes” etc.*

El único hecho por el que se continuó la tramitación del expediente y que ha sido objeto de sanción es el descrito en el Capítulo Cuarto de los Hechos probados, bajo el rótulo de *“Irregularidades contables”*, y consiste en que *“en el epígrafe de ‘otros activos’ del activo del balance a la fecha de la intervención --20 de marzo de 2020-- figuraba una cuenta a cobrar de Visual Chart por importe de 755 miles de euros que, según la propia Entidad, se trataba de un activo de difícil realización y mal contabilizado”*.

5.- Los motivos que conforman el recurso son los siguientes:

5.1.- Quebrantamiento de forma, por infracción del art. 272 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual art. 271.2 Ley 6/2023, de 17 de marzo), al no haber accedido a suspender el expediente sancionador por prejudicialidad penal.

Según el artículo 272 LMV, *“cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial”*. El actual artículo 271.2 Ley 6/2023 se pronuncia en términos semejantes.

Los hechos objeto del expediente están vinculados al objeto de un proceso penal previo. El Acuerdo desestimatorio del recurso de alzada confirma la decisión de suspensión parcial del expediente señalando que *“el único delito que está investigando (el Juzgado) en el marco de las diligencias previas nº 494/2022 es el de administración desleal del artículo 252 del Código Penal, sin hacer mención en ningún caso al delito de falsedad contable del artículo 290 del Código Penal”* (RA 004.23, RA 005.23, RA 006.23), frente a lo que discrepa el demandante, porque la contabilidad no está al margen del escrutinio penal; y porque lo resuelto en este procedimiento puede ser utilizado como indicio de cargo ante el Juzgado de Instrucción.

Por tanto, entiende que existe una conexidad que debería dar lugar a la retroacción de actuaciones y suspensión el expediente.

5.2.- Infracción de Ley, por infracción del artículo 283.1 de la Ley del Mercado de valores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual artículo 290.1.d Ley 6/2023, de 17 de marzo), al no darse el tipo previsto como infracción muy grave consistente en *“carecer las empresas... de la contabilidad y registros legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial o financiera de la entidad”*.

El único hecho objeto de expediente y objeto de sanción es que *“en el epígrafe de ‘otros activos’ del activo del balance a la fecha de la intervención --20 de marzo de 2020-- figuraba una cuenta a cobrar de Visual Chart por importe de 755 miles de euros que, según la propia Entidad, se trataba de un activo de difícil realización y mal contabilizado”* (RA 004.23, RA 005.23, RA 006.23).

Impugnan los demandantes esa conclusión sancionatoria con base en cuatro motivos diferentes: (a) la contabilización era provisional, sin que las cuentas cuestionadas hayan llegado a ser auditadas, por decisión de la CNMV; (b) la contabilización era correcta; (c) los demandantes fueron ajenos a esta contabilización provisional; (d) esta contabilización, aun en el caso de ser considerada errónea, no permite ser valorada como irregularidad esencial ni ser equiparada a la carencia total de contabilidad.

Por lo tanto, las cuentas carecían de potencialidad lesiva puesto que no habían sido aprobadas ni auditadas, y podían ser rectificadas con comunicación a la CNMV una vez detectados los errores.

En cuanto a la corrección de la contabilidad sostiene que existe una inconcreción en la imputación, al tiempo que reconoce que *“Visual Chart y ESFERA CAPITAL AV, que compartían accionariado y consolidaban cuentas ante la CNMV. Mi mandante explicó a la CNMV (y así se confirma en el Acuerdo de 24 de abril de 2023) que Visual Chart prestaba servicios a ESFERA AV, Visual Chart era arrendadora de los locales ocupados por ESFERA AV y titular de los programas informáticos empleados por la Agencia-- y que existía entre ambas una fluida relación económica. Es cierto que durante el año 2019 Visual Chart, cuyo departamento de contabilidad era diferente del de ESFERA CAPITAL AV, no facturó los servicios a sus clientes, entre ellos ESFERA CAPITAL AV, de forma regular. En esta tesitura, y dentro de una relación normal entre entidades vinculadas, ESFERA CAPITAL AV le fue adelantando dinero a Visual Chart, a la*

*espera de que esta sociedad cuantificara con exactitud los servicios prestados y remitiera las correspondientes facturas. Y mientras Visual Chart no remitiera sus facturas, lo que figuraba en las cuentas de ESFERA CAPITAL era, efectivamente, “una cuenta a cobrar a Visual Chart” en la medida en que Visual Chart había recibido dinero a crédito, a cuenta de unas facturas que tenía pendiente de emitir”.*

El Acuerdo no identifica ninguna factura (de Visual Chart o de cualquier otra entidad) que hubiera sido ocultada o apartada de los registros contables de ESFERA AV, pero considera que *“no se registra con regularidad en Esfera la facturación de Visual Chart por servicios prestados”* y que desde septiembre de 2019 a marzo de 2020 *“no se vuelve a registrar ninguna factura de Visual Chart”*; lo que se considera gratuitamente como *“defectos muy relevantes en la contabilización”*, cuando se trata de entidades de un mismo grupo. De modo que la irregularidad debe reputarse neutra como indica la resolución impugnada en su página 20.

Considera que hay una ausencia de motivación en la resolución sobre la existencia de responsabilidad administrativa de los demandantes.

Por último, defiende la falta de responsabilidad de los recurrentes porque no se le puede reprochar ni intencionalidad, ni comportamiento negligente. No fueron conscientes de que la contabilización de la deuda de Visual Chart fuera incorrecta ya que nadie se lo advirtió. En fin, no aprobaron cuentas que incorporasen estas partidas. Si en el proceso de auditoría de cuentas del ejercicio de 2019 se hubiera puesto de manifiesto el error de estos apuntes, ESFERA AV y los demandantes los hubieran corregido inmediatamente, y se hubieran dirigido a la CNMV para comunicarlo, rectificando igualmente las magnitudes correspondientes. Lo cierto es que la CNMV no autorizó realizar el pago de la auditoría y no se pudo realizar debido a su oposición.

En virtud de estas circunstancias fácticas, las partidas contables cuestionadas no llegaron a ser auditadas ni a incorporarse a las Cuentas anuales de ESFERA AV, por lo que falta el presupuesto mismo del artículo 283.1 LMV.

La culpabilidad no queda acreditada ni motivada en las actuaciones.

5.3.- De forma subsidiaria, de ser tenidos como erróneos los defectos contables, en ningún caso constituyen irregularidades esenciales, dada la irrelevancia de los vicios detectados. Defiende así que incurrió en una mera irregularidad, no relevante con un contenido neutro en el consolidado.

Tampoco se motiva la gradación de la sanción.

## **SEGUNDO.- Exposición de los hechos que han dado lugar al procedimiento sancionador.**

La resolución sancionadora hace una relación de los diferentes hechos que motivaron la incoación del procedimiento sancionador son los siguientes:

*“ESFERA se inscribió como Agencia de Valores en el Registro de la CNMV con fecha 13 de junio de 2014; dentro de su grupo consolidable a la fecha de los hechos se encuentran la sociedad gestora ESFERA CAPITAL GESTIÓN SGIIC S.A. (participada al 100% por ESFERA) y VISUAL CHART GROUP S.L. (software de análisis técnico con conexión directa al bróker).*

*El 19 de marzo de 2020 ESFERA comunicó a la CNMV un hecho de especial gravedad, consistente en que 109 clientes de la Entidad tenían un saldo negativo, por importe de 5.979.242,66 euros, como consecuencia de la falta de liquidez para cerrar las posiciones de un número muy elevado de cuentas de forma ordenada. Dicho saldo fue cubierto con el disponible en la cuenta global por cuenta de otros clientes.*

A dicha fecha -según la información facilitada por ESFERA- ésta mantenía 7.532 cuentas de efectivo abiertas con un saldo total de aproximadamente 16 millones de euros. De todos estos clientes, 3.163 cuentas tenían un saldo de efectivo mayor que cero y el importe total del saldo de clientes que excedían de 100 miles de euros era de 263 miles de euros.

El Comité Ejecutivo de la CNMV, en su sesión de 20 de marzo de 2020, en consideración a la situación descrita, y a solicitud de la Entidad, acordó intervenir ESFERA, procediendo a publicar este acuerdo en el Boletín Oficial del Estado, remitiéndolo para su inscripción en los registros públicos correspondientes y dando cuenta al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

De acuerdo con los registros de la CNMV, a 20 de marzo de 2020 -fecha de referencia del IR- el capital social de la Entidad ascendía a 800.000 euros y estaba distribuido de la siguiente forma:

ACCIONISTA %

FAR 25,67 %

IAR 25,67 %

JAR 25,67 %

FCR 23 %

TOTAL 100%

A la misma fecha, el Consejo de Administración estaba formado por las siguientes personas:

NOMBRE CARGO FECHA NOMBRAMIENTO O ÚLTIMA REELECCIÓN

(...) JAR 13/06/2014

Consejero Delegado 15/03/2018 (...)

El más alto nivel de responsabilidad ejecutiva en la actividad diaria de ESFERA recaía en JAR, consejero delegado de la Entidad.

ESFERA, miembro de la bolsa de Madrid y del MAB, estaba autorizada para prestar diversos servicios y actividades de inversión, aunque en la práctica, su actividad consistía básicamente, de un lado, en la recepción y transmisión de órdenes, principalmente en derivados sobre subyacentes diversos, con especial relevancia los relativos a futuros y opciones en el índice DAX -todos ellos liquidados a través de Altura Markets, SV, SA (en adelante, Altura)-, y residualmente en renta variable nacional e internacional; y de otro, en la prestación de los servicios de gestión discrecional de carteras. En relación con esta última actividad, ESFERA tenía dos tipos de clientes de gestión: los que contaban con derivados en su cartera, cuyo gestor era JB; y los que tenían carteras de fondos de inversión, cuya gestión recaía en otro empleado.

Por lo que se refiere a Altura, ESFERA tenía suscrito con ella un contrato de ejecución y liquidación de futuros y opciones, en el que la Entidad era considerada como cliente profesional al que Altura ejecutaba órdenes (por cuenta de clientes) y liquidaba operaciones sobre instrumentos financieros derivados en su representación. En consecuencia, los derechos y obligaciones de este contrato se desplegaban entre ESFERA y Altura, con independencia de que esta última tuviese abiertas subcuentas para cada uno de los clientes de la primera.

En cuanto a los agentes con que contaba ESFERA, son de destacar los siguientes:

i) Universal UP2ME SL (en adelante, Universal o el Agente). Su propietario y administrador era JBJ (en adelante, JB).

Los clientes del agente Universal fueron traspasados al agente Vai Partners SL a raíz de que, en una inspección previa realizada por la CNMV a ESFERA, se detectase que JB podría estar realizando una gestión de carteras encubierta para clientes de intermediación, concretamente de aquellos que operaban con derivados.

ii) Vai Partners SL (en adelante, Vai Partners). Tenía como socios a XLG -principal accionista y administrador único-, JVG, MQF y JPP; estos tres últimos accionistas eran, a su vez, clientes de intermediación de ESFERA y presentaron los tres mayores descubiertos en saldos de efectivo.

Vai Partners desarrollaba su actividad en el mismo local de Universal y, según se desprende de su plan de negocio, su principal actividad era la captación de clientes tanto de intermediación, como de gestión discrecional de carteras, con carácter de exclusividad para ESFERA.

De la documentación facilitada con relación a la "due diligence" de Vai Partners (organigrama, plan de negocio, declaración responsable, cuestionario de honorabilidad, CV y experiencia, etc.), destaca la falta de formación en materia de derivados financieros de su máximo responsable -XL-, quien no contaba con estudios universitarios superiores, ni titulación de postgrado u especialización de nivel superior.

De los balances de situación de ESFERA a 31/12/2019 y 20/3/2020 (fecha de la intervención), recogidos en el IR –al que nos remitimos-, se desprende una reducción del total de activos a casi la mitad entre una y otra fecha (de 34 a 17,5 millones de euros) debido al cierre de posiciones de clientes y a las pérdidas en que incurrieron tras las relevantes caídas de los mercados.

Asimismo, se observa una reducción sustancial de las garantías de clientes, que pasan de casi 16 millones de euros en diciembre de 2019 a 1 millón de euros en marzo de 2020, una vez cerradas las posiciones de clientes con saldo deudor. Por otro lado, en marzo de 2020 se recogen en el activo - como saldos de clientes de dudoso cobro- los casi 6 millones de euros de saldos deudores que se han llevado íntegramente a pérdidas del período, y en el pasivo 16,3 millones de euros de deuda con los clientes - suma de saldos transitorios y garantías-, al tiempo que en el activo sólo se recogen 10,4 millones de euros en cuentas corrientes por cuenta de clientes.

Según la información reportada a 31 de diciembre de 2019, los fondos propios computables de ESFERA eran de 516 miles de euros con una ratio de capital del 8,22%v siendo las cifras del grupo de 1.091 miles de euros y un 14,28% respectivamente. A la fecha de la intervención, ESFERA mantenía un patrimonio negativo de 5,2 millones de euros encontrándose en causa de disolución, al menos desde esa fecha, al ser el patrimonio inferior a la mitad del capital social. (...)

Cuarto.- Irregularidades contables.

En el epígrafe de "otros activos" del activo del balance a la fecha de la intervención - 20 de marzo de 2020-, figuraba una cuenta a cobrar a Visual Chart por importe de 755 miles de euros que, según la propia Entidad, se trataba de un activo de difícil realización y mal contabilizado; en relación con esto último, ESFERA afirmó que no se habían registrado las relaciones entre empresas del grupo por lo que no aparecían reflejados todos los servicios prestados por Visual Chart a la Entidad. Esta partida fue corregida el 20 de julio de 2020, sin la debida justificación, mediante la contabilización de una provisión de 759 miles de euros por deterioro del valor del citado saldo deudor, pasando de esta manera a tener dicho epígrafe signo acreedor por importe de 4 miles de euros.

Con este apunte contable, que debía haberse realizado con anterioridad, se contabilizó un gasto de 759 miles de euros que supuso la reducción de los recursos propios de ESFERA en la misma cuantía. En este

sentido, analizados los movimientos contables de esta cuenta a cobrar a Visual Chart desde el 1 de enero de 2019, cabe concluir que su saldo se empieza a originar el 28 de enero de 2019 con una primera transferencia a Visual Chart por importe de 60.000 euros, con lo que el defecto contable se observa, al menos, desde 2019. Esta defectuosa contabilización impidió a la CNMV conocer con exactitud la situación patrimonial de la Entidad y, en particular, el cumplimiento del coeficiente de solvencia obligatorio.

En cuanto al impacto de esta irregularidad contable en los recursos propios de ESFERA -que según la información reportada por la Entidad a 30 de septiembre y 31 de diciembre de 2019 presentaba unos fondos propios computables de 513 y 516 miles de euros, respectivamente, con unos ratios de capital de 8,98% y 8,22%-, cabe señalar que, de haberse contabilizado adecuadamente esta partida, los recursos propios de ESFERA en dichas fechas se habrían reducido en esa misma cuantía, es decir, habrían sido negativos, incumpliendo el coeficiente de solvencia obligatorio.

Requerida ESFERA para que aportase el saldo con Visual Chart y su deterioro real de valor para los cierres de los meses de octubre de 2019 a marzo de 2020, la Entidad no ha aportado dicha información, limitándose a indicar que Visual Chart tiene pendiente de facturar a ESFERA 3,8 millones de euros por servicios prestados, con una antigüedad del servicio de entre 30 y 51 meses, y aportando los contratos que soportan dichos servicios.

A este respecto, ESFERA indicó que había adelantado pagos a Visual Chart, y en el detalle de los movimientos de esta cuenta facilitado por la Entidad, se ponen de manifiesto defectos muy relevantes en la contabilización: no se registra con regularidad en ESFERA la facturación de Visual Chart por servicios prestados, y desde septiembre de 2019 no se vuelve a registrar ninguna factura de Visual Chart.

Todo lo anterior supone, de un lado, que ESFERA no habría registrado contablemente los citados gastos por importe de 3,8 millones, y de otro, que habría incumplido el coeficiente de solvencia por un periodo superior a 6 meses, como consecuencia tanto de la cancelación de la cuenta a cobrar con Visual Chart por importe de 759 miles de euros, como por los 3,8 millones de euros de gastos no registrado.

### **TERCERO.- Prejudicialidad penal respecto al único hecho imputado en este procedimiento: inexistencia.**

1.- Denuncian los recurrentes la infracción del artículo 272 del TRLMV RD Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual artículo 271.2 LMVSI Ley 6/2023, de 17 de marzo), al no haber accedido la CNMV a suspender el expediente sancionador por prejudicialidad penal, y con base a ello se pide la anulación del acto recurrido con retroacción de las actuaciones y suspensión del expediente en tanto no concluya el procedimiento penal abierto por los hechos denunciados por la CNMV ante la Fiscalía.

2.- Este mismo motivo ha sido analizado por la Sala en el PO 757/2023 en el recurso seguido a instancia del Consejero Delegado de la ESI contra el acuerdo sancionador, en lo referente a la sanción que le fue impuesta en tal condición (*"Imponer a ESFERA CAPITAL, S.A. -anteriormente, ESFERA CAPITAL, A.V., S.A.- y a los miembros de su Consejo de Administración al tiempo de los hechos, don JAR, (...), por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 283.1 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales, las siguientes sanciones: ... MULTA por importe de 135.000 euros (ciento treinta y cinco mil euros) a JAR.*

3.- En efecto, en la sentencia de 2 de octubre de 2024 (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 2 octubre 2024, Rec. 757/2023) la Sala estableció que no concurría la infracción denunciada, al amparo del artículo 272 del TRLMV RD Legislativo 4/2015, de

23 de febrero, toda vez que los hechos por los que se siguió el procedimiento sancionador se limitaban a las irregularidades contables detectadas (infracción del artículo 283.1 LMV), permaneciendo en suspenso el procedimiento en relación a los hechos que integraban una infracción del artículo 283.2 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre -por la existencia de deficiencias en su estructura organizativa, procedimientos administrativos, mecanismos de control interno y de gestión de riesgo-; por infracción muy grave tipificada en el artículo 284.1 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 208 del mismo texto legal -por el incumplimiento de la obligación de actuar con diligencia y honestidad en el mejor interés de sus clientes-; y una infracción muy grave tipificada en el artículo 278.2 de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la realización de la actividad no autorizada de financiación a clientes. Esa suspensión parcial se acuerda con fundamento en que se seguía procedimiento penal en la jurisdicción penal, por delito de administración desleal, contra el consejero delegado y los ahora demandantes. Se constataba que los hechos podían escindirse y que la persecución penal por delito de administración desleal no impedía el procedimiento referente a las irregularidades contables por falta de observancia de las normas legales que exigen unas cuentas que reflejen la verdadera situación patrimonial de la entidad, cosa que aquí no sucedía, según lo expresado en la resolución impugnada de la CNMV y la que la confirma.

4.- La Sala establece, y reitera que:

*Como hitos procedimentales que resultan del expediente son de reseñar los siguientes:*

*- El 21/10/2021, el Comité Ejecutivo de la CNMV, acordó el inicio del procedimiento sancionador contra ESFERA CAPITAL, y, en lo que aquí interesa, contra los miembros de su consejo de administración al tiempo de los hechos (entre ellos el hoy recurrente en su condición de consejero delegado) por la presunta comisión de varias infracciones muy graves del TRLMV RD Real Decreto Legislativo 4/2015.*

*- A los miembros del consejo de administración de ESFERA CAPITAL se les imputaron las siguientes infracciones:*

*Art. 283.2 del TRLMV por la existencia de deficiencias en la estructura organizativa, procedimientos administrativos, mecanismos de control interno y de gestión de riesgos de ESFERA CAPITAL.*

*Art. 284.1, en relación con el 208, ambos del TRLMV, por el incumplimiento de la obligación de actuar con diligencia y honestidad en el mejor interés de sus clientes.*

*Art. 278.2 del TRLMV, por la realización de la actividad no autorizada de financiación a clientes.*

*Art. 283.1 del TRLMV, por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales (esta es la que aquí nos ocupa).*

*- El 20/04/2022, la CNMV recibió oficio del Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid informando de las D. Previa nº 701/2022 abiertas contra el hoy recurrente, consejero delegado de ESFERA CAPITAL, por un supuesto delito de administración desleal, a los efectos de, en su caso, acordar la posible suspensión del procedimiento sancionador seguido en la CNMV con el nº 12/2021.*

*- El 26/04/2022, la CNMV remitió al Juzgado de Instrucción nº 10 de Madrid oficio mediante el que solicitó copia de las posibles querellas que hubieran dado lugar a las D. Previa nº 701/2021, para poder acordar, en su caso, la suspensión del procedimiento sancionador nº 12/2021.*

*- El 24/05/2022, la CNMV recibió oficio del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Madrid acompañado de la documentación solicitada relativa a las D- Previa nº 701/2022.*

- El 09/06/2022, el Comité Ejecutivo de la CNMV acordó la suspensión parcial del procedimiento sancionador nº 12/2021 en lo relativo a los hechos presuntamente constitutivos de las infracciones imputadas a ESFERA CAPITAL hasta que recayese resolución judicial firme en procedimiento penal relativo a las D. Previas nº 701/2022, de conformidad con lo regulado en el art. 272 del TRLMV, al ser los hechos idénticos o de imposible separación racional de los que eran objeto de investigación en el procedimiento penal. La única infracción incluida en el procedimiento sancionador nº 12/2021 que se entendió no afectada por la suspensión fue la infracción muy grave tipificada en el art. 283.1 del TRLMV, por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales.

- El 03/10/2022, el Consejo de la CNMV, resolvió el procedimiento sancionador nº 12/2021 en relación, exclusivamente, con la infracción no afectada por el acuerdo de suspensión del Comité Ejecutivo de la CNMV, acuerdo de 09/06/2022. (...)

2.3 El art. 272 del TRLMV viene a disponer:

1. El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere esta ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento.

2.4 A los efectos de valorar una prejudicialidad penal que, de concurrir, hubiera determinado la necesidad de la suspensión total, y no meramente parcial, del expediente sancionador administrativo, la cuestión queda centrada en ver si los hechos que se llevan a la infracción administrativa sancionada ex art. 283.1 del TRLMV, respecto del hoy recurrente (de la resolución sancionadora resulta con claridad que, exclusivamente, se resuelve sobre los hechos reseñados en el apartado cuarto de los hechos probados como irregularidades contables limitadas a lo que se recogía en el balance a fecha de la intervención en la cuenta a cobrar de Visual Chart), son los mismos hechos o resultan racionalmente inescindibles de los que son objeto de investigación penal en el marco de un delito de administración desleal del art 252 del CP ("1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses"), delito que, con la reforma operada por LO 1/2015, ha pasado de ser un delito societario (art. 295 ya derogado) a un delito contra patrimonio y contra el orden socioeconómico del Libro II, TÍTULO XIII, CAPÍTULO VI (De las defraudaciones), Sección 2.ª (De la administración desleal).

A tal efecto, tanto el aquí recurrente como la resolución sancionadora se remiten argumentalmente al auto del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid de fecha 06/06/2022, en las D. Previas 494/2022 (CD, DOC. 84 folios 3267 y ss del expediente) donde se deja patente que dichas actuaciones se iniciaron por querrela de identificados particulares por los delitos de estafa, apropiación indebida y administración desleal (no se comprendía ningún delito de falsedad contable). Dicho auto aunque tiene por limitado objeto la adopción de medidas cautelares deja patente cuales son los concretos hechos con relevancia penal que se llevan al delito de administración desleal, único que se aprecia, y que no son precisamente las concretas irregularidades contables a las que remite la sanción administrativa cuestionada. Así, en su FJ 2, dicho auto parte de los siguientes hechos (sic con el añadido del subrayado y resaltado en negrilla para enfatizar lo de interés al caso):

*“Segundo.- De cara a resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares interesadas por la parte querellante, cabe partir de los siguientes hechos, indiciariamente acreditados en base a la documental aportada por las partes, única prueba propuesta y practicada en el acto de la vista.*

*Del “Informe Razonado sobre Determinados Incumplimientos Detectados durante la Intervención de Esfera Capital AV S.A. referidos a 20 de marzo de 2.020” de 10 de noviembre de 2.020, y del ulterior Dictamen de Legalidad en relación con Informe elaborado por la CNMV en fecha 19 de octubre de 2.021, cabe apreciar siguientes incumplimientos detectados en la administración de dicha sociedad de valores hasta su intervención por la CNMV el día 20 de marzo de 2.020.*

*1º/ En primer lugar se detectaron deficiencias en el control de los saldos y garantías depositadas por los clientes, comprobándose la existencia en la Entidad de deudores de clientes mantenidos de manera continuada en el tiempo. Según se expone en el Informe Razonado, de manera reiterada y diaria se estuvieron produciendo saldos deudores por importes relevantes en Esfera que incluso llegaron a ser, en algún momento determinado, elevados en relación con los recursos propios de la Entidad, alcanzando casi los 700.000 euros, saldos deudores que se incrementaron de manera muy significativa a partir del 28 de febrero de 2.020, fecha en la que se produjo la primera corrección importante en el mercado en los instrumentos financieros derivados con subyacente DAX, determinando que 109 clientes a fecha de 19 de marzo de 2.020 tuvieran saldos negativos por un importe total de 5.979.242,66 euros.*

*Se señala en el Dictamen de Legalidad que en la inspección realizada a Esfera Capital AV S.A. el 31 de marzo de 2.018 ya se pusieron de manifiesto deficiencias en los saldos de efectivo de clientes, comunicándose a dicha entidad que se había observado la existencia de saldos deudores de clientes de manera continuada en el tiempo, indicándole que dicha situación no debía producirse en el futuro y que debía dotarse de los mecanismos necesarios para que así fuera, señalando que en contestación de fecha 2 de diciembre de 2.019 dicha Agencia de Valores manifestó que había implantado las medidas correctivas de todas las incidencias comunicadas en la inspección.*

*No obstante lo anterior, se indica en dicho Dictamen de Legalidad, dicha irregularidad relativa al mantenimiento de saldos deudores de clientes persistió hasta la fecha de la intervención, agravándose de manera significativa a partir de finales de febrero de 2.020, tal y como se ha indicado anteriormente. Se señala igualmente en dicho informe que esta irregularidad evidencia otras deficiencias importantes en los procedimientos de control de Esfera en relación con la operativa basada en estrategias sobre opciones; así la Entidad no procedió a reclamar de forma eficaz a los clientes involucrados el efectivo necesario para mantener las garantías de sus posiciones, ni a cerrarlas, sino que procedió a una reestructuración que finalmente provocó en un momento posterior mayores exigencias de garantías y mayores saldo en descubierto en los clientes.*

*Dicha irregularidad, consistente en la existencia y mantenimiento de saldos deudores, no constituye ilícito penal alguno, sin perjuicio de que finalmente dicha sociedad optara por la utilización de los saldos de unos clientes para financiar las garantías de otros, como luego se examinará.*

*Dicha irregularidad de mantenimiento de saldos deudores supuso que Esfera actuó de financiador de dichos clientes, prestándoles de esta manera un servicio de inversión – la concesión de créditos o préstamos para la realización de operaciones sobre instrumentos*

financieros – que por su condición de agencia de valores le estaba legalmente prohibido, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 143.3 de la Ley de Mercado de Valores en relación con el artículo 141 b) del mismo texto legal.

Dicha irregularidad, al margen de que suponga una infracción administrativa, podrá tener sus consecuencias en la Pieza de Calificación del Concurso, pero por sí solo no constituye delito alguno.

2º/ En segundo lugar se detectó la realización de la actividad de servicios de gestión de carteras para clientes de intermediación, por lo tanto sin la previa formalización del correspondiente contrato de gestión de carteras, irregularidad ésta llevada a efecto por JB, inicialmente cuando operaba como agente de Esfera a través de la mercantil Universal UP2ME SL. y posteriormente una vez que fue contratado como empleado de Esfera, para aquellos clientes de intermediación que operaban en opciones.

Tal y como se expone en el Dictamen de Legalidad, este hecho supondría por lo que se refiere al agente Universal UP2ME S.L. la realización de una actividad para la que no está habilitado, como era la gestión de carteras, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 146 de la Ley de Mercado de Valores y el artículo 25 ter del Real Decreto 217/2.008; y por lo que se refiere a Esfera Capital AV S.A. supone el incumplimiento por la Entidad de los artículos 193.2.a) de la L.M.V. y 26.2 y 30.2 del RD 217/2008 al no haber dispuesto de los medios necesarios para controlar de forma efectiva la actuación de su agente Universal.

Se indica en dicho Dictamen que en una inspección a dicha Agencia de Valores realizada por la CNMV en fecha de 31 de marzo de 2.018 se detectó que JB, a través del agente Universal UP2ME S.L. podría estar realizando una gestión de carteras encubierta para clientes de intermediación, concretamente de aquellos que operaban con derivados. Fruto de lo anterior fue el traspaso de la cartera de clientes de dicho agente a un nuevo agente, concretamente Vai Partners S.L., cuyos socios eran XLG, principal accionista y administrador único, JVG, MQF y JPP, siendo estos tres últimos accionistas a su vez clientes de intermediación de Esfera Capital AV S.A. y que presentaron los tres mayores descubiertos en saldos en efectivo. En base a lo anterior teóricamente JB se desvinculó de dichos clientes, derivando dichos clientes al servicio de gestión de carteras.

Y fruto igualmente de lo expuesto fue la contratación por Esfera Capital AV S.A. de JB como empleado de dicha agencia de valores como gestor de la Entidad en octubre de 2.019.

Se destaca en el informe, al margen de indicar la falta de formación en materia de derivados financieros de XL, quien no contaba con estudios universitarios superiores, ni titulación de posgrado u especialización de nivel superior, que dichos cuatro accionistas de Vai Partners S.L. eran amigos de JB. Se evidenció la posible gestión encubierta realizada por JB de clientes de intermediación captados por Vai Partners S.L., significando a tal respecto dicho Dictamen la existencia de un fichero con las IP de las órdenes de clientes de dicho agente, tanto de intermediación como de gestión de carteras, del 3 al 23 de marzo de 2.020, donde se apreciaba la reiteración de la misma IP en diferentes cuentas, observándose en tal sentido que 5 IP de Barcelona concentraban órdenes de un elevado número de clientes tanto de intermediación como de gestión. (...)

Cabe de lo anterior inferir, de manera clara respecto de los socios de Vai Partners S.L., e igualmente respecto del resto de coquerellantes, que al margen de que formalmente tuvieran suscrito un contrato de intermediación, conocían y permitieron que finalmente se les prestara por Esfera Capital SV S.A. y muy especialmente por su empleado JB un servicio de gestión

discrecional de carteras de inversión, como así lo acredita además la cesión o facilitación de sus usuarios y contraseñas.

Por todo ello, y al margen de que el hecho de que Esfera Capital SV S.A. realizara gestión de carteras para clientes de intermediación de dicha sociedad de valores no cabe subsumirlo en el delito de estafa tipificado en el artículo 248 del Código Penal, pues no existe engaño previo a la inversión, al margen de que dicho incumplimiento pueda dar lugar al ejercicio de las acciones civiles correspondientes de haber sufrido algún tipo de daño económico, ni siquiera cabe apreciar tal extremo en el caso de los querellantes, que al margen de haber suscrito un contrato de intermediación, consintieron que por parte de Esfera Capital SV S.A., y en concreto por dicho empleado, se les prestara un servicio de gestión discrecional de carteras de inversión.

3º/ Una tercera irregularidad la constituye las irregularidades contables existentes en el epígrafe de "otros activos" del activo del balance de dicha sociedad de valores a la fecha de la intervención por la CNMV, 20 de marzo de 2.020, en la que figuraba una cuenta a cobrar a Visual Chart por importe de 755.000 euros, y que según la propia entidad se trataba de un activo de difícil realización y mal contabilizado.

Se viene a exponer en dicho Dictamen que realmente Visual Chart era una empresa de prestación de servicios del mismo grupo, y que su contabilización como crédito no se correspondía con la verdadera naturaleza de la relación mercantil entre ambas entidades, y que por ello lo correcto hubiera sido que en el balance de dicha Agencia de Valores aparecieran como saldos en el pasivo a favor de Visual Chart y no al contrario.

Se señala que se requirió a Esfera Capital AV S.A. a los efectos de que aportase el saldo con Visual Chart y su deterioro real de valor para los cierres de los meses de octubre de 2.019 a marzo de 2.020, señalándose que dicha Agencia de Valores no facilitó dicha información, "...limitándose a indicar que Visual Chart tiene pendiente de facturar a Esfera 3,8 millones de euros por servicios prestados, con una antigüedad del servicio de entre 30 y 51 meses, y aportando los contratos que soportan dichos servicios".

Por ello se concluye en dicho Dictamen que ello supone, de un lado, que Esfera no habría registrado contablemente los citados gastos por importe de 3,8 millones y de otro que había incumplido el coeficiente de solvencia por un período superior a seis meses, como consecuencia tanto de la cancelación de la cuenta a cobrar con Visual Chart por importe de 759.000 euros como por los 3,8 millones de euros de gastos no registrados.

En el Dictamen de Legalidad se indica que lo anteriormente señalado viene a suponer el incumplimiento por la Entidad del o establecido en el artículo 193.3.b) de la L.M.V.

No se aportó en la vista de las medidas cautelares el informe de la Administración Concursal en lo relativo a la masa pasiva del concurso de Esfera Capital SV S.A. desconociéndose por ello la realidad del crédito que pueda tener Visual Chart y su cuantía, así como su calificación al tratarse de una sociedad del mismo grupo.

4º/ La cuarta irregularidad constatada, esta sí con trascendencia penal, lo constituye el hecho de que ante la situación existente a fecha de 19 de marzo de 2.020, en la que 109 clientes de dicha Agencia de Valores tenían un saldo negativo por importe de 5.979.242,66 euros como consecuencia de la falta de liquidez para cerrar las posiciones de un número muy elevado de cuentas de forma ordenada, dicho saldo fue cubierto con el disponible en la cuenta global de otros clientes.

*Este hecho fue incluso comunicado por Esfera Capital SV S.A. a la CNMV, dando lugar a que el Comité Ejecutivo de dicho organismo en sesión de 20 de marzo de 2.020 acordara intervenir dicha Sociedad de Valores.*

*Al margen de que suponga una infracción de los artículos 208 y 193.3 d) de la Ley de Mercado de Valores al haber incumplido la obligación de actuar con diligencia, honestidad y en el mejor interés de sus clientes, al haber comprometido los saldos de efectivo de unos clientes a favor de la cobertura de garantías de la operativa de otro supone indiciariamente la comisión de un delito de administración desleal tipificado en el artículo 252 del Código Penal. Tal y como expone la S.T.S. de 10 de febrero de 2.022, con cita a Sentencias previas de dicha misma Sala 2ª que analizan las diferencias entre la apropiación indebida y la administración desleal, cuestión por otra parte finalmente zanjada tras la reforma del Código Penal mediante la L.O. 1/ 2.015 de 30 de marzo, cabe apreciar la comisión del delito de administración desleal en la conducta de los administradores que, no pretendiendo quedarse definitivamente con un dinero que no les pertenece, realizan conductas abusivas que claramente ocasionan un menoscabo o perjuicio al patrimonio de la sociedad; cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad; la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio ( S.T.S. 476/2015 de 13 de julio ); “el desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado” (STS 206/2.014).*

*Y cabe apreciar como constitutivo de un delito de administración desleal que por parte de Esfera Capital SV S.A. se procediera a cubrir el saldo negativo de 109 clientes de dicha entidad con el disponible en la cuenta global por cuenta de otros clientes, incurriendo en un abuso fraudulento de sus propias facultades al darle a dicho dinero disponible de los clientes un destino distinto al que le correspondía causando un perjuicio patrimonial a los mismos.*

*No se propuso en la vista de medidas cautelares prueba alguna tendente a averiguar la persona o personas que tomaron dicha decisión. Es muy improbable, ante la urgencia y celeridad con la que fue tomada, que fuera adoptada por el Consejo de Administración.*

*Cabe entender indiciariamente que necesariamente tuvo que ser adoptada por parte del Consejero Delegado de dicha mercantil, JAR.*

*Cabe destacar que los querellados JCV, ALR y MRO presentaron su dimisión a formar parte del Consejo de Administración de la mercantil Esfera Capital Agencia de Valores S.A. en fecha 24 de febrero de 2.020, siéndoles aceptada dicha renuncia en Junta General Extraordinaria de Accionistas de dicha sociedad celebrada dicho mismo día, por lo que no cabe sino concluir que ninguna participación pudieron tener en la comisión de dicho delito.”*

*Sobre la apreciación de tales hechos el auto concluye en la indiciaria apreciación de la presunta comisión por parte de JAR de un delito de administración desleal tipificado en el art. 252 del Código Penal, al que ya hemos visto no lleva fácticamente las supuestas irregularidades contables por el saldo de Visual Chart, y, al apreciar la concurrencia del requisito de peligro en la demora, acuerda el embargo del patrimonio del hoy recurrente fijando en 4.660.066,61 € la cuantía a garantizar con dicho embargo.*

*2.5 Es evidente, por tanto, que la resolución sancionadora administrativa, en lo limitado de los hechos en los que ha sustentado la sanción al hoy recurrente por la comisión de la infracción administrativa muy grave del artículo 283.1 TRLMV no ha entrado en el marco fáctico de los hechos investigados*

penalmente por posible ilícito penal de administración desleal del art. 252 del CP (el único concernido por las D. Previa 494/2022 del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 42 DE MADRID).

*Estamos ante dos infracciones (una penal y otra administrativa) que tienen distinta acción típica, distinto bien jurídico protegido y que, pese a que ambas confluyen en una misma persona en cuanto a su posible consideración como autor responsable por su condición de consejero delegado de ESFERA CAPITAL Agencia de Valores S.A, sin embargo se mueven en dos ámbitos fácticos distintos y separables como lógica derivada de la distinta configuración de la acción típica sancionable en cada uno de los ámbitos.*

*En el art. 252 del CP la conducta típica consiste en infringir las facultades conferidas al administrador, quien se excede en su ejercicio - un ejercicio de las facultades contrario al deber asumido- delito estrictamente patrimonial en cuanto que exige la causación de un perjuicio al patrimonio administrado. En ningún caso las actuaciones penales remiten a un posible delito de falsedad contable del art. 290 del CP ("Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.") delito del Libro II, TÍTULO XIII - Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico- CAPÍTULO XIII - De los delitos societarios- del Código Penal en cuya apreciación pudieran tener relevancia los hechos que se llevan a la resolución sancionadora administrativa y con independencia de las valoraciones que merezcan en vía penal el "Informe Razonado sobre Determinados Incumplimientos Detectados durante la Intervención de Esfera Capital AV S.A. referidos a 20 de marzo de 2.020" de 10/11/2020, y del ulterior Dictamen de Legalidad en relación con Informe elaborado por la CNMV en fecha 19/10/2021 en cuanto a que ellos pudieran servir de base para los hechos que se investigan por administración desleal.*

5.- El motivo fue desestimado en aquel caso, y ahora ha de seguir la misma suerte, puesto que los hechos que se investigan en vía penal y los que son objeto de la sanción aquí controvertida, si bien aparecen relacionados en el marco de una serie de acciones ocurridas en un mismo contexto de la actuación de una ESI y sus consejeros, son distintos, conforme queda de manifiesto en las consideraciones precedentes.

**CUARTO.- Infracción del artículo 283.1 del TRLMV RD Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual art. 290.1.d Ley 6/2023, de 17 de marzo): Examen de la tipicidad de los hechos, calificación de la infracción y de la culpabilidad de los administradores.**

1.- El artículo 283.1 del TRLMV tipifica, como infracción muy grave, las siguientes acciones u omisiones: "1. El carecer las empresas de servicios de inversión, sus grupos consolidables o los conglomerados financieros en que aquellas se integren de la contabilidad y registro legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, del grupo consolidable o del conglomerado financiero a que pertenezcan, o la naturaleza de las operaciones en que medien o intervengan".

Se trata de una infracción administrativa de mera actividad – peligro abstracto – que no exige la producción de resultado lesivo/dañoso/perjudicial alguno y en la que la acción típica se limita a carecer de contabilidad o llevarla con irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad o la naturaleza de las operaciones en las que intervengan.

2.- Acerca de los motivos aducidos por los demandantes, nos remitimos a lo razonado en la sentencia pronunciada en el PO 757/2023, en torno a la contabilidad provisional y la ausencia de

los elementos que conforman la infracción. Razonamos y reiteramos, con las precisiones que luego se dirán, que:

*3.3 La recurrente defiende que ESFERA CAPITAL AV fue intervenida por la CNMV en marzo de 2020, sin que por aquel entonces hubiera llegado a aprobar las cuentas del ejercicio de 2019, (las Cuentas del ejercicio de 2019 de ESFERA AV no fueron aprobadas, ni por el Consejo de Administración ni por la Junta de Accionistas) por lo que, como las cuentas no llegaron a ser auditadas ni a incorporarse a las Cuentas anuales de ESFERA CAPITAL AV, falta el presupuesto mismo del art. 283.1 LMV y al respecto se remite a la jurisprudencia penal en relación al art. 290 CP cuando ha venido a concluir que “el informe de auditoría constituye un requisito insoslayable para poder integrar la tipicidad del art. 290 del Código Penal” (Sentencia del Tribunal Supremo nº 94/2018, de 23 de febrero) jurisprudencia que considera claramente aplicable al ámbito administrativo sancionador “sino en la constatación de que unas cuentas que no han sido aprobadas carecen de potencialidad lesiva o de idoneidad para causar un perjuicio a la sociedad, a los socios o a un tercero, sencillamente porque no existen como tal” (sic del escrito de demanda folio 15). Afirma que sí durante el año 2019 el Departamento de Contabilidad de ESFERA CAPITAL AV no acertó a contabilizar debidamente la relación con Visual Chart, parece razonable que así se habría constatado en el proceso de auditoría de cuentas y es que las cuentas del ejercicio de 2019 de ESFERA CAPITAL no fueron auditadas por expresa decisión de la CNMV: “En efecto, en el primer semestre de 2020, cuando ESFERA CAPITAL AV estaba intervenida, se pidió autorización a la CNMV para que un auditor revisara las Cuentas del ejercicio 2019. Esta autorización fue expresamente denegada por la CNMV... Esta evidencia nos sitúa ante un escenario un tanto absurdo, no exento de contradicción: en junio de 2020 la CNMV decidió no autorizar la auditoría de las cuentas de ESFERA CAPITAL AV, por entenderlo innecesario y un gasto superfluo, pero en octubre de 2022 la CNMV sanciona a mi mandante como responsable de que en las cuentas provisionales de ESFERA CAPITAL AV hubiera una partida mal contabilizada.” (sic) y considera que lo determinante fue que: “el 18 de marzo de 2022 la Fiscalía comunicó a la CNMV que había presentado querrela por estos hechos (Documento nº 32 ED). Y he aquí que la CNMV, que hasta entonces no había visto ni siquiera la necesidad de auditar las cuentas de ESFERA CAPITAL AV para poder valorar si las partidas eran correctas o no, conociendo la judicialización del asunto sanciona a mi mandante por el contenido de estas cuentas provisionales, considerando que son incorrectas” (sic) tachando la actuación de la CNMV de “un intento de autodefensa por parte de este organismo supervisor, que cuando descubre que ESFERA CAPITAL AV (a la cual supervisó y cuyas cuentas se negó a auditar) está siendo investigada penalmente, se apresura a sancionarla como muestra ‘ex post’ de diligencia” (sic).*

*El propio devenir del procedimiento sancionador en los hitos temporales que se recogen en los antecedentes de la resolución sancionadora y que se corresponden a los que vienen acreditados en el expediente, sirven para poner de manifiesto la inexistencia de la “sobreactuación” que el recurrente imputa a la CNMV en la finalidad de “autodefensa” ya que el expediente estaba en marcha desde el 21/10/2021 – fecha del acuerdo de incoación- y se fue desarrollando sin paralizaciones, siendo que, acto seguido a la incoación, es la CNMV, por iniciativa propia, la que procede al traslado a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y Criminalidad organizada del Informe Razonado del Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades sobre determinados incumplimientos detectados durante la intervención a Esfera Capital, AV, SA al apreciarse que, de algunos de los hechos recogidos en dicho Informe, podrían resultar indicios constitutivos del ilícito previsto en el artículo 252 del CP, continuándose con la instrucción de dicho expediente sancionador en una regularidad procedimental de trámites (en lo que son los básicos: alegaciones al acuerdo de incoación –el ahora recurrente el 09/12/2021 solicita ampliación del plazo lo que le fue concedido el 10/12/2021, presentando dichas alegaciones el 23/12/2021 –; comunicación por la Fiscalía del archivo de las diligencias de investigación al estar judicializada la cuestión por querrela de particulares lo que se comunica a las instructoras el 29/03/2022; periodo de prueba; solicitud de suspensión por*

*prejudicialidad penal; acuerdo suspensión parcial por parte del Comité Ejecutivo de la CNMV de fecha 09/06/2022; el 14/07/2022 propuesta de resolución; el 17/08/2023 alegaciones a la propuesta; el 03/10/2022, el Consejo de la CNMV, resolvió el expediente, en relación exclusivamente con los hechos no afectados por la suspensión parcial del procedimiento).*

*En cuanto al motivo de impugnación esgrimido, para su desestimación basta con remitirnos a lo expuesto en el punto 3.2 y en la constatación de que el tipo infractor administrativo, a diferencia del tipo penal del art. 290 del CP, no remite al falseamiento de las cuentas anuales en lo que ello implica de que sean cuentas aprobadas y auditadas, sino que remite al mero registro contable de las relaciones económicas, al día a día de la contabilidad, con vicios o irregularidades “esenciales,” esencialidad que, a su vez, no remite directamente a una potencialidad dañosa económica (que, de contrario, si está presente en el tipo penal “perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero”), esencialidad que no se desarrolla más allá de imposibilitar conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad o la naturaleza de las operaciones que se contabilizan.*

*El bien jurídico aquí protegido no es directamente el patrimonial/económico sino la garantía de que la contabilidad refleje, en su día a día, la real situación patrimonial de una empresa que actúa en el mercado de valores, como garantía última de estabilidad, seguridad, fiabilidad y transparencia de dicho mercado.*

*3.4 En cuanto a la afirmación que la contabilidad era correcta, tachando a la resolución sancionadora de confusa y contradictoria en sus propios términos lo que “proviene de no haber comprendido las particularidades de la relación entre Visual Chart y ESFERA CAPITAL AV, que compartían accionariado y consolidaban cuentas ante la CNMV. Mi mandante explicó a la CNMV (y así se confirma en el Acuerdo de 24 de abril de 2023) que Visual Chart prestaba servicios a ESFERA AV -- Visual Chart era arrendadora de los locales ocupados por ESFERA AV y titular de los programas informáticos empleados por la Agencia-- y que existía entre ambas una fluida relación económica.” (sic demanda folio 20)*

*El recurrente asume que “en una relación normal entre entidades vinculadas” (sic) ESFERA CAPITAL AV le fue adelantando dinero a Visual Chart, “a la espera de que esta sociedad cuantificara con exactitud los servicios prestados y remitiera las correspondientes facturas.*

*Y mientras Visual Chart no remitiera sus facturas, lo que figuraba en las cuentas de ESFERA CAPITAL era, efectivamente, “una cuenta a cobrar a Visual Chart” en la medida en que Visual Chart había recibido dinero a crédito, a cuenta de unas facturas que tenía pendiente de emitir.” (sic). Se argumenta que “ESFERA CAPITAL AV y Visual Chart consolidaban cuentas ante la CNMV como empresas vinculadas, por lo que todo este debate de contabilización resulta neutro a efectos del consolidado: la cuenta a cobrar en ESFERA CAPITAL AV tenía su contrapartida contable como cuenta a pagar en Visual Chart, ambas eliminadas en la consolidación sin reflejo alguno en los fondos propios del balance consolidado.” (sic), y que por esa neutralidad de la irregularidad contable al nivel de grupo consolidado “la CNMV siempre tuvo un conocimiento exacto de la situación patrimonial y financiera del grupo” (sic) Son evidentes las relaciones entre ESFERA y la sociedad de su grupo VISUAL CHART, en virtud de las cuales la segunda prestaba diversos servicios a la primera, servicios efectivos que suponían un gasto contable para ESFERA, a contabilizar conforme al principio del devengo dentro del pasivo del Balance y sin embargo que lo que aparecía contabilizado en el activo del Balance era una cuenta a cobrar a VISUAL CHART por una serie de pagos realizados a la misma y considerados como anticipos a cuenta de los servicios prestados. En definitiva, tal y como se recoge con claridad en la resolución de alzada, en vez de registrarse un gasto y la correspondiente deuda que el mismo suponía - en tanto no se produjera su pago - en una cuenta de carácter acreedor (pasivo), lo que aparecía en balance era una cuenta a cobrar (activo clientes empresas del grupo Visual Chart) y, además, por unos importes que en nada coincidían con los gastos, gastos no facturados por VISUAL CHART, gastos que fueron identificados por ESFERA CAPITAL a requerimiento de*

la CNMV (contestación de 09/10/2020 al requerimiento de la CNMV del 14 de septiembre anterior). Está claro que la contabilidad no era correcta.

3.5 Se afirma que el hoy recurrente, en su condición de Consejero Delegado, no fue consciente de que la contabilización de la partida de VISUAL CHART fuera incorrecta ya que nadie se lo advirtió, ni aprobó cuentas que incorporasen estas partidas y "Si ESFERA CAPITAL AV no se hubiera visto obligada a pedir su intervención -- arrastrada por la debacle bursátil derivada del COVID19-- y hubiera continuado con su gestión normalizada, no hay ninguna duda de que, en caso de que la auditoría de cuentas hubiera puesto de manifiesto el error de estos apuntes, el Sr. A los hubiera corregido de inmediato, dirigiéndose a la CNMV para comunicarlo y rectificar igualmente las magnitudes a que hubiere lugar"(sic) La culpabilidad del recurrente en la infracción sancionada deriva en la inobservancia por su parte de la debida diligencia en el desempeño de sus funciones de administración/dirección (art. 271.3 del TRLMV, actual art. 268.3 de LMVSI), ya que el recurrente fue la persona que, en representación de VISUAL CHART -como administrador de la misma-, suscribió la mayoría de los diversos contratos firmados por esta sociedad con ESFERA – de la que era Consejero-Delegado – contratos que obran en el expediente, por lo que estaba al tanto de los gastos generados por la prestación por VISUAL CHART de los servicios que en dichos contratos se acordaban y de lo que suponían para ESFERA, por lo que necesariamente debía saber y ser consciente de que dichos gastos se generaban, mes a mes, y de que debían registrarse contablemente como tales, en la constancia de su elevado importe y de la transcendencia de los mismos en el coeficiente obligatorio de solvencia y ante el hecho de que la incorrecta contabilización no fue un hecho puntual y aislado sino que se prolongó durante varios ejercicios.

3.6 De forma subsidiaria se interesa a la anulación de la calificación de la infracción, tipificándola en su lugar como falta grave del art. 295.1 TRLMV (actual art. 290.1.f LMVSI 6/2023) por incumplimiento de normas sobre contabilización de operaciones y formulación de cuentas o deficiencias en los procedimientos contables, con imposición de una sanción de 10.000 € de multa.

El art. 295.1 del TRLMV es un tipo residual tipifica como infracción grave: "1. El incumplimiento por las entidades comprendidas en los artículos 241 y 258 de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros, así como de las normas sobre consolidación, salvo que constituya infracción muy grave" siendo que, el elemento definidor de la infracción muy grave del art. 283.1 del TRLMV, está en que los vicios o irregularidades contables sean "esenciales" lo que se valora en su trascendencia en cuanto a que "que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, del grupo consolidable o del conglomerado financiero a que pertenezcan, o la naturaleza de las operaciones en que medien o intervengan."

En cuanto al carácter esencial de las correcciones contables aquí examinadas basta con remitirnos a lo que se le indica al recurrente en la resolución de alzada: "sólo el ejercicio 2019, se dejaron de registrar gastos por importe de 508.200 euros [Cuantía resultante de multiplicar por 12 (meses) la cuantía mensual de 42.350 euros] con el consiguiente impacto en resultados, en los recursos propios y en el coeficiente obligatorio de solvencia que, de haberse contabilizado, se habría incumplido durante un periodo superior a seis meses. A mayor abundamiento, la irregularidad contable tenía un origen anterior puesto que afectaba (según se desprende de la contestación al requerimiento ya mencionado) a más de cuatro ejercicios económicos, a lo largo de los cuáles se habrían dejado de registrar contablemente en ESFERA CAPITAL gastos por importe de un total de 3,8 millones de euros. Además, tales irregularidades fueron indirectamente reconocidas por ESFERA durante su intervención por parte de la CNMV (según señala el informe razonado del Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades de la CNMV),[ En el último párrafo del folio 5 del Informe razonado -página 8 del expediente- se señala que " (...) la Entidad afirmó que las relaciones entre empresas del grupo no se habían

registrado por lo que no se reflejaban todos los servicios prestados por Visual Chart a la Entidad.”]circunstancia que no ha sido desmentida expresamente por los recurrentes.

En definitiva, por más que se tratara de una empresa del grupo, y de que a nivel consolidado dicha irregular contabilización pudiera resultar neutra, lo cierto es que, a nivel individual, esta circunstancia afectó de manera decisiva al conocimiento por la CNMV de la verdadera situación patrimonial y financiera de ESFERA CAPITAL (cuya supervisión se realiza no solo a final de ejercicio con las cuentas anuales, sino mes a mes mediante los estados reservados que las ESI están obligadas a enviar a la CNMV).

Así se desprende teniendo en cuenta tanto de la magnitud de las cuantías que no se registraron contablemente (gastos por importe de 3,8 millones de euros a lo largo de más de cuatro años) como de la cancelación de la cuenta a cobrar con VISUAL CHART por importe de 759 mil euros.”

La Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital – Riesgo, vigente al tiempo de los hechos, en la Norma 58ª, Estados reservados individuales. Clases y plazos de rendición, remite a una supervisión mensual de los estados reservados individuales.

3.7 Confirmada la tipificación como infracción muy grave, y la responsabilidad del recurrente, se cuestiona en la demanda la concreta multa impuesta, en su proporcionalidad, por comparativa con la impuesta a la entidad ya que a ESFERA se le sanciona en su grado mínimo imponiéndole una sanción de 100.000 €. sobre un máximo imponible de 5.000.000 € y a él le imponen la sanción en grado medio, 135.000 € atendiendo “al carácter de la representación que el interesado ostente”, ex art. 310.2.c) TRLMV (actual art. 329.2.c) LMVSI 6/2023).

El art. 302 del TRLMV, dispone que: “Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

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

– El quíntuplo del beneficio bruto obtenido o de la pérdida evitada como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción, – el cinco por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, – el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción,

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

– 5.000.000 de euros. (...)”

El art. 306 del TRLMV viene a señalar, en cuanto a la sanción complementaria por infracciones muy graves a quienes ejerzan cargos de administración o dirección, que:

“Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción:

1. Multa por importe de hasta 400.000 euros. (...)

2. *Suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en la entidad por plazo no superior a tres años.*

3. *Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.*

4. *Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el artículo 233.1.a) o en una entidad de crédito por plazo no superior a diez años.*

5. *Amonestación pública en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción o amonestación privada.(...)»*

*El art. 310.2 del TRLMV en cuanto a la graduación viene a señalar:*

*“2. Para determinar la sanción aplicable entre las previstas en los artículos 306 y 307, se tomarán en consideración, además, las siguientes circunstancias:*

*a) El grado de responsabilidad en los hechos que concurra en el interesado.*

*b) La conducta anterior del interesado, en la misma o en otra entidad, en relación con las normas de ordenación y disciplina, tomando en consideración al efecto las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años.*

*c) El carácter de la representación que el interesado ostente.”*

*La concreta sanción impuesta al recurrente aparece motivada en la resolución sancionadora con base a:...”*

3.- En la relación de hechos probados de la resolución sancionadora queda reflejado que en la fecha en la que se produjo la intervención de la entidad, en el epígrafe de “*otros activos*” del activo del balance figuraba una “*cuenta a cobrar*” a la empresa del grupo Visual Chart, por 755.000 de euros. ESFERA justificó esta cuenta alegando un adelanto de pagos a Visual Chart. Pero lo cierto es que se constata que no hay detalle de los movimientos de la cuenta facilitado por la Entidad, lo que tiene el significado – como pone de relieve la resolución sancionadora- de “*defectos muy relevantes en la contabilización: así, no se registra con regularidad en ESFERA la facturación de Visual Chart por servicios prestados, de tal manera que desde septiembre de 2019 no aparecía registrada en la cuenta ninguna factura de esta empresa*”. El saldo deudor de la cuenta fue corregido el 20 de julio de 2020 -sin la debida justificación- mediante la contabilización de una provisión de 759 miles de euros por deterioro del valor del citado saldo, pasando de esta manera a tener dicho epígrafe signo acreedor por importe de 4 miles de euros.

Se imputa a la entidad que ese apunte contable, que debía haberse realizado con anterioridad, se contabilizó un gasto de 759.000 de euros que supuso la reducción de los recursos propios de ESFERA en la misma cuantía; y que tras el análisis de los movimientos contables de esta cuenta desde el 1 de enero de 2019, se concluye que el saldo deudor se empieza a originar en enero de 2019 con una primera transferencia de ESFERA a Visual Chart, con lo que el defecto contable se observa, al menos, desde 2019.

Es evidente que, los defectos apuntados no resultan irrelevantes, porque el resultado de la defectuosa contabilización impidió a la CNMV conocer con exactitud la situación patrimonial de la Entidad y, en particular, el cumplimiento del coeficiente de solvencia obligatorio. En efecto, en la resolución sancionadora se concluye que de haberse contabilizado adecuadamente esta partida, los recursos propios computables reportados por ESFERA a 30/9 (513.000 de euros) y 31/12

(516.000 de euros) de 2019 habrían sido negativos, incumpliendo el coeficiente de solvencia obligatorio. Pese a las alegaciones de los demandantes, no se trata de meras irregularidades sin significación, pues, al contrario de lo que mantienen, la incorrecta contabilización de estas partidas determinó un saldo erróneo que daría lugar a la inobservancia del coeficiente de solvencia, con las consecuencias que ello provoca. La irregularidad deriva de la falta de consignación de la facturación pendiente de entre 30 y 51 meses-, lo que permite considerar que, por un lado, ESFERA llevó la contabilidad con vicios esenciales al no haber registrado contablemente dichos gastos, y por otro, habría incumplido el coeficiente de solvencia por un periodo superior a 6 meses, como consecuencia del impacto sobre dicha solvencia, tanto de la cancelación de la cuenta a cobrar con Visual Chart por importe de 759 miles de euros, como por los 3,8 millones de euros de gastos no registrados contablemente.

Por lo tanto, ESFERA cometió una infracción muy grave del artículo 283.1 de la LMV por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales.

4.- La ausencia de contabilización de partidas de cierta importancia cualitativa constituyen hechos relevantes que afectan al principio de integridad de la contabilidad (así lo expresa el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 459/2017 de 15 marzo 2017, Rec. 2078/201, o Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 460/2017 de 15 marzo 2017, Rec. 4213/2014), lo que sucede cuando *“Es relevante el importe en si mismo, es relevante el importe en el conjunto de la actividad de la entidad, es relevante la circunstancia de encontrarse los fondos fuera de España, y desde luego es relevante que todo esto no apareciese reflejado en la contabilidad”*; lo que sin duda se extiende a la contabilización irregular – como era el caso- evitando con ello reflejar la imagen fiel de la entidad y su verdadera situación financiera y patrimonial. De no haber cometido las irregularidades contables anotadas, los recursos propios computables reportados por ESFERA a 30/9 (513.000 de euros) y 31/12 (516.000 de euros) de 2019 habrían sido negativos, incumpliendo el coeficiente de solvencia obligatorio. La gravedad de estas anomalías no solo provocó la corrección o rectificación de los documentos contables, sino la intervención de la entidad, evidenciando nuevamente que los hechos no eran de carácter menor como invocan los recurrentes.

5.- La entidad ESFERA resultó responsable, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que reconoce la posibilidad de atribuir responsabilidad a personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora cuando dispone que *“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas (...) que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”*.

El artículo 306 de la LMV prevé, además, la imposición de sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la entidad infractora sean responsables de las infracciones cometida y así el apartado 3 del citado artículo 271 de la LMV dispone que: *“Quien ejerza en la entidad cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente”*.

Con la siguiente salvedad: *“No obstante lo señalado en el párrafo anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades, quienes ostenten en ellas cargos de administración o dirección, salvo en los siguientes casos:*

*1. Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubieran votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones.*

2. Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”.

En este caso se sancionó al consejero delegado (tal y como se examinó en el PO 757/2023), así como a los administradores recurrentes, quienes oponen ausencia de culpabilidad porque no se habían aprobado las cuentas anuales, ni estas habían sido auditadas debido a la reticencia de la CNMV (que no habría autorizado el pago de las facturas de auditoría externa), y, por consiguiente, no habían hecho suyas las cuentas anuales con las irregularidades contables a las que hemos hecho referencia.

Como quiera que *“la gestión del día a día de ESFERA recayera en el consejero delegado”* se sancionó a este con la multa de 135.000 euros, así como a los administradores, con sanción de 30.000 euros, al apreciar responsabilidad en todos ellos -a título de negligencia-, ante la clara falta de la diligencia exigible a un administrador de una ESI *“que se desentiende, totalmente al parecer, del conocimiento y seguimiento de los asuntos sociales”*.

6.- Pese a la denuncia de falta de motivación del acuerdo sancionador en la imputación de la infracción, la culpa y la graduación de la sanción, se advierte en los argumentos de la demanda y en la propia resolución sancionadora (folio 38-49) que hay una explicación exhaustiva y razonada de los motivos jurídicos por los que es procedente la sanción, y por lo que se estima que concurre el elemento de la culpabilidad (*“responsabilidad, con base en la ausencia de la diligencia exigible, de quienes ostentan cargos de administración. Así, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 12 de febrero, 28 de diciembre y 17 de julio de 2007...”).* Se razona que:

*“es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.*

*Tales principios se desprenden de manera clara de la regulación del régimen de las sociedades anónimas:*

*A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A, impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; y a efectos del cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Pero además, las normas de aplicación determinan un sistema por el cual los administradores pueden controlar la actuación de la sociedad, consistente en la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; tales documentos habrán de ser firmados por los administradores, expresando la causa, si alguno no lo hiciera -artículo 171 de la repetida Ley-. Por su parte, el artículo 172, dispone que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la sociedad.*

*De tal conjunto normativo, resulta que los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad -teniendo los instrumentos jurídicos al efecto-, y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas al objeto social, ya solicitando las debidas explicaciones de las actuaciones de otros administradores.*

*No se olvide que los administradores se colocan en posición de garantes respecto al funcionamiento de la sociedad, de ahí la necesidad de que todos firmen los documentos que reflejan la situación de la misma, medio éste encaminado a asegurar el conocimiento necesario para valorar la gestión realizada.*

*Como consecuencia de ello, la L.S.A. regula la responsabilidad de los administradores por la gestión social desde dos aspectos, el primero intra societario, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores de ésta -artículo 133-, y otro extra societaria, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos y responde de la adecuada gestión, el segundo, responde a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Efectivamente, así lo entendió el legislador -es de suponer que dada la importancia económica del fenómeno societario, que afecta no sólo a intereses individuales, sino también a los colectivos del mercado en el que opera-, cuando expresamente, en el artículo 89 de la Ley, sometió a los administradores, a responsabilidad por las infracciones reguladas en la propia Ley”.*

La resolución cumplió debidamente con el deber de motivación que era exigible en todo procedimiento, ofreciendo los motivos que imponían considerar la existencia de negligencia (artículos 88.3 y 90 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

7.- El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dispone en el artículo 249 bis cuales son las facultades indelegables del Consejo de Administración, señalando que *“El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:*

*a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.*

*b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad. ....*

*e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.*

*f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.*

*g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.*

*h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución. ....*

El artículo 272 bajo el título aprobación de las cuentas establece que las *“1. Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general”.*

La claridad de estos preceptos impone desestimar los argumentos que oponen los demandantes para declinar la responsabilidad que se les exige, toda vez que consideran que carecen de culpa, en tanto que las cuentas anuales sobre las que versa la sanción no fueron sometidas a su aprobación, ni fueron objeto de auditoría, con el fin de remitirlas a la CNMV.

De acuerdo con las normas de la LSC la formulación de las cuentas anuales corresponde al Consejo de Administración, para someterlas a la Junta General, que las aprobará. La auditoría de cuentas pertenece al ámbito de la supervisión, que se encomienda a un auditor externo (artículo 263 LSC). Por ello, el motivo que oponen no puede ser estimado, porque las normas legales les atribuyen responsabilidad en función de los deberes que tienen asignados, y lo que se sanciona es la

irregularidad en la contabilidad, en tanto no se ajusta a las normas legales (artículo 254 y ss LSC), de modo que no puede conocerse la imagen fiel de la entidad, fin de los documentos contables (artículo 254.2 LSC). De ahí, que fueran aprobadas o no por el órgano competente, o sometidas a auditoría, no es una exigencia del tipo infractor, porque lo que se sanciona es cometer irregularidades relevantes que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, a saber *“carecer de la contabilidad y registro legalmente exigidos”,* o bien *“llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad”.*

En definitiva, se imputa, a título de negligencia, las irregularidades contables, la llevanza y formulación ordinaria, en el marco de las competencias propias de los administradores, para lo que no resulta necesaria ni la aprobación de otro órgano ni la auditoría, puesto que estas competencias de aprobación y supervisión corresponden a órganos diferentes.

La imputación a título de negligencia es bastante para dar cumplimiento a los elementos de la infracción, de acuerdo con el artículo 28.1. Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Debe tenerse en cuenta que los administradores sociales tienen un deber de diligencias que les exige *“desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario”* (artículo 225.2 LSC), *“la dedicación adecuada”* y la adopción de *“las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”* (225.2 LSC), *“el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”* (225.3 LSC), *“d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”* (artículo 228 d) LSC).

La sentencia de 8 de octubre de 2020 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1279/2020 de 8 octubre 2020, Rec. 2981/2019) niega que la responsabilidad de los administradores pueda llevar a una responsabilidad objetiva, como bien apunta la parte recurrente, pero también advierte de la necesidad de verificar un control de las cuentas anuales y su regularidad por los órganos competentes, matizando que:

*“Omitir la eliminación de un fondo en las cuentas anuales consolidadas de un ejercicio, reflejando como consecuencia de ello unas pérdidas notablemente inferiores a las sufridas (un 28% inferiores, 104,7 millones de euros en vez de 134) en una sociedad cotizada, es de una gravedad incuestionable, pues altera de manera sustancial la imagen de la situación económica de la empresa. Una inexactitud que, aun concediendo que fuera, como se afirma, involuntaria, no deja de ser muy relevante, sin que quede invalidada o minimizada por el hecho de que la referida información sí fuese incorporada a los resultados acumulados, ni tampoco porque al difundir como hecho relevante la corrección de la inexactitud -sólo tras el requerimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- la cotización de la sociedad no sufriese alteraciones de importancia. Una supervisión diligente por parte del Comité de Auditoría respecto a las cuentas anuales les hubiera puesto de manifiesto un error grueso, puesto que no podían ser ignorantes ni de la entidad de las pérdidas sufridas en el ejercicio ni de la necesidad de que se reflejasen adecuadamente en las cuentas consolidadas del ejercicio”.*

Concluye señalando que *“se da respuesta a la cuestión de interés casacional en relación con la responsabilidad de los consejeros de administración que tengan funciones de supervisión en materia de contabilidad o auditoría por inexactitud o falta de veracidad en dichas materias, responsabilidad que ha de ponderarse en función de la gravedad de la infracción y la concreta actuación de los consejeros”.*

El recurso debe desestimarse toda vez que lo que revelan los hechos es, como mínimo, que los administradores se desentendieron de los documentos contables, y de las irregularidades que contenían. No adoptaron las medidas adecuadas que exigía el cargo, en orden a propiciar la

adaptación de la contabilidad a la realidad patrimonial de la entidad, conforme exigía la diligencia propia del cargo de administrador y de los deberes a los que estaba sujeto (a saber, el cumplimiento de las leyes y los estatutos en materia de contabilidad, (artículo 225.2 LSC), la adopción de *“las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”* (225.2 LSC), *“el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”* (225.3 LSC)), lo que evidencia al menos culpa en la supervisión de la información que era relevante y que debía ser puesta en conocimiento de la CNMV.

8.- Por lo que respecta a la graduación de la sanción, tampoco cabe acoger la falta de motivación, toda vez que la sanción se impuso en su grado mínimo, en este caso, razonando que:

*“En relación con sus administradores, de entre las sanciones recogidas en el artículo 306, y atendiendo a la naturaleza de la infracción, procede también la imposición de multa por importe de hasta 400.000 euros prevista en su apartado 1. En cuanto a los criterios de graduación aplicables para la determinación de la cuantía concreta de las multas a imponer a cada uno de ellos, resulta de aplicación lo dicho para ESFERA, a excepción del consejero delegado, don JAR, en cuyo caso se ha de tomar en consideración -ex artículo 310.2 de la LMV- la circunstancia recogida en la letra c) del citado artículo y relativa al carácter de la representación que el interesado ostente habida cuenta que -como ya se señaló anteriormente- por el cargo ostentado resulta ser la persona de mayor responsabilidad ejecutiva en el desarrollo diario de la actividad de la Entidad.*

*De acuerdo con ello, se considera adecuado la imposición de la sanción dentro del grado medio para el consejero delegado, y dentro del grado mínimo para el resto de los miembros del consejo de administración de la Entidad, doña MAR, don FAR y don FCR, en los que, si bien no consta participación personal en los hechos, si cabe apreciar, cuanto menos, una clara negligencia en su deber de cuidado, Multas por importe de 30.000 euros a doña MAR, don FAR y don FCR”.*

Hay una argumentación suficiente y adecuada, en términos de exteriorización de los hechos y las normas que justifican la extensión de la sanción, y permiten a los interesados conocer y rebatir dicha argumentación, en defensa de otra posición más ajustada a sus intereses y a las normas que puedan sustentarlos. Por consiguiente, el recurso debe desestimarse.

#### **QUINTO.- Costas.-**

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

### **FALLO**

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo promovido por **DOÑA IAR, DON FCR, y DON FAR**, contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de octubre de 2022 en el expediente sancionador nº12/2021, y la resolución ministerial que la confirma, por ser conformes a derecho.

Las costas causadas se imponen a la parte demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de casación que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo depósito para recurrir, en el plazo de en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá justificar los requisitos exigidos en el artículo 89 de la LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.