

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE OCTUBRE DE 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 757/2023
Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 3 de octubre de 2022, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 24 de abril de 2023.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a dos de octubre de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 757/2023**, se tramita a instancia de **DON JAR**, representado por la Procuradora doña CSA, y asistido por el Letrado don GMO, contra Resolución de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 24/04/2023, desestimatoria del recurso de alzada contra el Acuerdo del Consejo de Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 03/10/2022 (expediente sancionador nº 12/2021) y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 5/4/2023 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, admitido que sea el presente escrito, se tenga por devuelto el expediente administrativo; 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:

a) La 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., al amparo del art. 272 de la Ley del Mercado de Valores vigente en el momento de los hechos.

b) En su defecto, dejar sin efecto la citada resolución y archivar el expediente, con expresa condena en costas a la CNMV, por no ser los hechos constitutivos de falta.

c) De forma subsidiaria, dictar nueva resolución donde se califiquen los hechos como falta grave, al amparo del art. 295.1 de la Ley del Mercado de Valores (actual art. 290.1.f Ley 6/2023), imponiendo a mi representado una sanción de 10.000 €."

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por contestada la demanda, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se desestime el recurso. Con expresa imposición de costas a la parte demandante"

3.- Mediante DO del LAJ de fecha 9 de noviembre de 2023 se fija la cuantía del presente recurso en 135.000 € haciéndolo con conformidad de las partes.

4.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 8 de noviembre de 2023 acordando denegar el recibimiento del recurso a prueba solicitado, no siendo recurrido por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia. Por providencia de 23 de septiembre de 2024 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 1 de octubre de 2024, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNADA

En el presente recurso se impugna la resolución de la Vicepresidenta Primera del Gobierno, Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Ministerio De Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 24/04/2023, desestimatoria del recurso de alzada (RA.003.23) interpuesto por el aquí recurrente contra el Acuerdo del Consejo de la CNMV de 03/10/2022 (expediente sancionador nº 12/2021), por el que se resuelve:

*"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."*

Los hechos base de la resolución sancionadora 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 Consejero 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, J. B.). 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 J. B. 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% 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 registrados.”

2.- PREJUDICIALIDAD PENAL RESPECTO DEL ÚNICO HECHO IMPUTADO OBJETO DE SANCIÓN EN LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. INEXISTENCIA

Se denuncia una supuesta infracción del art. 272 del TRLMV RD Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual art. 271.2 LMVSI Ley 6/2023, de 17 de marzo), al no haber accedido 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.

2.1 En la demanda se viene a defender que los hechos investigados ante la Justicia penal son los mismos, están vinculados o resultan inseparables de los hechos objeto de sanción administrativa y a tal efecto alega que:

“A. La CNMV tuvo dudas respecto a la conexidad, que no le fueron resueltas. En este particular, llama poderosamente la atención que la CNMV sostenga en su Acuerdo de 3 de octubre de 2022 que los hechos que están siendo objeto de conocimiento y análisis en el procedimiento penal son diferentes a los hechos objeto del presente procedimiento administrativo sancionador, cuando dos meses antes, por oficio de 19 de agosto de 2022 (documento nº 93 ED) la CNMV declaraba expresamente tener “dudas sobre si (...) los hechos con relevancia penal que están siendo objeto de conocimiento y análisis en el procedimiento Diligencias Previas 494/2022 seguido en ese Juzgado, pudieran estar los mismos que en el presente procedimiento administrativo sancionador se consideran presuntamente constitutivos de la infracción muy grave tipificada en el artículo 283.1 de la Ley del Mercado de Valores”. Si tenemos en cuenta que para salir de dudas la CNMV solicitó documentación al Juzgado y éste se la negó (documento nº 94 ED), podremos concluir que la CNMV no tuvo elementos para tener por resuelta su incertidumbre al respecto.

i) La CNMV incoó un solo expediente sancionador al Consejo de Administración de ESFERA CAPITAL AV por las supuestas infracciones cometidas, dado que todos los hechos que motivaron el expediente estaban estrechamente vinculados entre sí. Si los hechos fueran “separables” o independientes, lo propio hubiera sido incoar diversos expedientes diferentes.

ii) La CNMV trasladó a la Fiscalía la integridad del Informe razonado y del Acuerdo de incoación del expediente. No remitió a la Fiscalía una parte del Informe o un particular del Acuerdo.

iii) La Fiscalía interpuso querrela contra el Consejo de Administración de ESFERA CAPITAL S.A. adjuntando al Juzgado la integridad del Informe razonado. De esta forma, todos los hechos descritos en el mismo se trasladan a la valoración del Juez de Instrucción.

iv) Mi mandante aportó al expediente resoluciones del Juzgado de Instrucción que respaldan la plena conexidad entre los hechos objeto de ambos procedimientos.

B. Los hechos objeto del expediente son inescindibles del objeto del proceso penal. En efecto, aunque el Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid optó por no remitir a la CNMV la documentación que se le pidió, D. JA sí que aportó, al solicitar la suspensión del expediente, antecedentes procesales que demuestran la íntima vinculación de ambos objetos.

Así, por escrito de 16 de agosto de 2022 (documento nº 84 ED), el Sr. A aportó Auto dictado el 6 de junio de 2022 por el Juzgado de Instrucción nº 42 (folio 3267 y ss. del documento nº 84 ED), por el cual se acordaba el embargo de los bienes de mi representado para responder de las eventuales responsabilidades derivadas de los hechos objeto de instrucción. Y respecto a estos hechos, el Auto era razonablemente claro:

“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 2020, en el 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” (folio 3272).

(...)

En puridad, un Juzgado de Instrucción no investiga ‘delitos’ sino que investiga ‘hechos’. La circunstancia de que el Juzgado haya incoado Diligencias Previas por un delito de administración desleal y no por falsedad contable lo que podría significar es que entre los hechos que han sido sometidos a su consideración, el Juzgado no advierte, al menos en principio --porque el objeto de un proceso penal es cambiante y sólo se concreta al final de la instrucción--, la existencia de ninguna manipulación contable en las cuentas de ESFERA CAPITAL AV. Pero que no advierta manipulación de las cuentas no permite concluir en modo alguno, como pretende la CNMV, que las cuentas de la sociedad estén al margen del escrutinio jurídico-penal.

En esta línea, y aunque diéramos por cierto que el Juzgado de Instrucción únicamente investiga una supuesta administración desleal apartando de su valoración o análisis la contabilidad de ESFERA CAPITAL AV, es indudable que ambas cuestiones se encuentran estrechamente vinculadas. Adviértase, en este sentido, cómo la CNMV, en su Acuerdo sancionador, ha concluido que “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..”

2.2 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. Previa 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.

En la motivación de la misma, al respecto de la cuestión, se venía a recoger:

“En primer lugar, y en lo relativo a la supuesta incoherencia en que estaría incurriendo la CNMV al no proceder a la suspensión por prejudicialidad penal de la totalidad del expediente sancionador, se ha de afirmar con rotundidad que dicha alegada incoherencia no existe. En efecto, lo que determina la extensión fáctica de la suspensión por prejudicialidad penal de un procedimiento administrativo

sancionador, no es la circunstancia de que todos los hechos sean objeto de análisis y valoración en un mismo expediente sancionador -circunstancia que resulta del todo irrelevante a dichos efectos-si no, única y exclusivamente, la coincidencia o inseparabilidad racional de los hechos objeto del expediente sancionador con respecto a los que están siendo objeto de tratamiento en un procedimiento penal. En consecuencia, por más que un procedimiento administrativo sancionador se incoe simultáneamente en relación con diferentes hechos supuestamente constitutivos de diversas infracciones, por tener en común que se dirigen contra una misma o mismas personas, la extensión fáctica de la suspensión del mismo por prejudicialidad penal sólo afectará a aquellos hechos de los que se pueda predicar la coincidencia o inseparabilidad racional con hechos que se ventilan en un procedimiento penal, de tal manera que aquellos hechos del procedimiento administrativo en los que no concorra dicha circunstancia no podrán ser objeto de suspensión; en definitiva, la concurrencia de dicha circunstancia en uno o varios de los hechos del procedimiento administrativo, no ejerce vis atractiva alguna sobre el resto de los hechos objeto del mismo, cuya tramitación procedimental deberá continuar.

En segundo lugar, procede aclarar que la única conexión que existe entre los hechos del presente expediente presuntamente constitutivos de la infracción muy grave del artículo 283.1 de la LMV, y los hechos constitutivos de las otras infracciones que sí han sido suspendidos, es el estar incluidos en un mismo procedimiento dirigido contra unas mismas personas, pero ni resultan racionalmente inseparables de los suspendidos, ni de los que se sustancian en el procedimiento penal, razón por la que no procede su suspensión.

Finalmente, tampoco se aprecia coincidencia ni inseparabilidad racional entre los hechos presuntamente constitutivos de la infracción muy grave del artículo 283.1 de la LMV por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales, y los que son objeto de investigación en el procedimiento penal Diligencias Previas 494/2022 del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid. En este sentido, y en primer lugar, se ha de rechazar expresamente que el Auto del mencionado Juzgado de fecha 6 de junio de 2022, aportado por los expedientados, otorgue relevancia penal a los hechos presuntamente constitutivos de la infracción por la llevanza de la contabilidad con vicios o irregularidades esenciales que es objeto de este expediente; es más, del texto del citado Auto, la única relevancia penal que se desprende -en relación con los hechos recogidos en el Informe razonado del DSEE que está en el origen del presente expediente- es la de los hechos constitutivos de la infracción muy grave del artículo 284.1 de la LMV, por el incumplimiento de la obligación de actuar con diligencia y honestidad en el mejor interés de sus clientes; en efecto, como señala el citado Auto:

“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 otros, supone indiciariamente la comisión de un delito de administración desleal tipificado en el artículo 252 del Código Penal”.

Por todo lo señalado, no resulta admisible la solicitud de los expedientados relativa a la revocación del Acuerdo de suspensión parcial del procedimiento adoptado por el Comité Ejecutivo de la CNMV en su sesión de 9 de junio de 2022, solicitud que procede desestimar en este acto». (sic)

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 el 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.

Se indica en dicho Dictamen de Legalidad que en el curso de la intervención de dicha agencia de valores, los accionistas de Vai Partners S.L. manifestaron su deseo de tratar dicho tema a través de su abogado JMC, razón por la cual se mantuvo una reunión en las oficinas de la CNMV con dicho representante legal, quien verbalmente, y posteriormente por escrito, manifestó que representaba a 17 clientes de Esfera Capital AV S.A. tanto de gestión de carteras como de intermediación, entre los cuales cabe entender se encontraban los accionistas de Vai Partners S.L. y los demás querellantes del presente procedimiento, indicando que en realidad "a todos estos clientes la Entidad les prestaba el servicio de gestión discrecional de carteras de inversión, con independencia del contrato que tuviesen firmado"; igualmente que todos los clientes de intermediación que representaba "...habían sido captados por J. B., si bien no tenía certeza de quien operaba en realidad dichas cuentas", y que "Dichos clientes no dieron directamente ninguna orden a Esfera para efectuar operaciones sobre instrumentos financieros, pero sí facilitaron sus usuarios y contraseñas porque era la forma habitual de operar pero no indica a quién se la facilitaban".

Igualmente en dicho Dictamen de Legalidad se señala que "En la conversación con los interventores, XL señaló que bastantes clientes procedían del agente Universal y que operaba mayoritariamente bajo una estrategia en opciones que éste realizaba, independientemente de que el contrato entre Esfera y el cliente fuera de gestión de carteras o de intermediación".

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 otros, 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.

El motivo ha de desestimarse.

3.- infracción del art. 283.1 del TRLMV RD Legislativo 4/2015, de 23 de febrero (actual art. 290.1.d Ley 6/2023, de 17 de marzo).

TIPICIDAD DE LOS HECHOS PROBADOS, CALIFICACIÓN COMO INFRACCIÓN MUY GRAVE Y CULPABILIDAD DEL RECURRENTE EN LOS MISMOS

3.1 La parte recurrente viene a cuestionar la tipicidad de los hechos probados (*“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”*) sobre la base de afirmar que:

“(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) mi mandante fue ajeno 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.”

3.2 El art. 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 registros 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, resumidamente, 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.

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 trascendencia 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:

“En este caso, y por lo que se refiere a ESFERA y Universal, de entre las sanciones previstas en el artículo 302 de la LMV, y atendiendo a la naturaleza de los infractores y de las infracciones, procede la imposición de multa prevista en su apartado 1, toda vez que el resto de sanciones están previstas para infracciones o infractores de otra naturaleza o supuestos de especiales características que aquí no se aprecian. Por otro lado, y entre los distintos parámetros que para el cálculo del importe de la multa establece dicho artículo, resulta de aplicación en este caso, tanto por lo que se refiere a ESFERA como a su agente Universal, y en relación con la infracción cometida por cada una de ellas, el correspondiente a 5.000.000 de euros, por ser ésta la más alta de las cantidades previstas en dicho apartado.

En cuanto a los criterios de graduación aplicables para la determinación de las concretas multas, y comenzando por ESFERA, no se aprecia la concurrencia de circunstancia alguna ni reforzadora del reproche ni mitigadora del mismo, por lo que se considera proporcionado imponer la multa dentro del grado mínimo. No obstante, se considera que debe tenerse en cuenta, como circunstancia

especialmente relevante, la situación económica y patrimonial en la que se encuentra la Entidad, incurra en causa de disolución desde marzo de 2020, con un patrimonio neto negativo a esa fecha de 5,2 millones de euros y en la actualidad declarada en concurso de acreedores y en fase de liquidación

*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 (...).*

La resolución sancionadora es correcta pues, al particular del recurrente, no atiende para apreciar la agravante aplicada - art. 310.2 c) del TRLMV - al mero hecho de que el recurrente ejerza cargo de administración/dirección sino a valorar una especial responsabilidad en el cargo ya que el mismo era la persona de mayor responsabilidad ejecutiva en el desarrollo diario de la actividad de la Entidad y ello permite individualizar la sanción y proporcionarla en atención a su especial responsabilidad en clara diferenciación respecto del resto de los consejeros y dentro de los parámetros cuantitativos que marca el art. 306 del TRLMV (multa por importe de hasta 400.000 €), artículo, no olvidemos, que solo permite sancionar a los cargos de administración o dirección de la persona jurídica infractora, cuando éstos "*sean responsables de la infracción*" lo que ha de valorarse en el marco del art. 271.3 del TRLMV (actual art. 268.3 de LMVSI), tal y como se recoge en el punto 3.5 de la presente, por lo que la circunstancia de agravación aplicada no viene ya integrada como elemento definidor dentro de "*la sanción complementaria a quienes ejerzan cargos de administración o dirección*". En definitiva, es la aplicación de esta circunstancia de agravación la que determina que la multa impuesta al Consejero Delegado sea superior a la del resto de consejeros e incluso a la impuesta a la entidad sin que la Sala aprecie razones objetivas que lleven a limitarla o rebajarla dentro de lo motivadamente resuelto en la resolución sancionadora.

El recurso ha de desestimarse.

4.- COSTAS

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte (de ser varios, en partes iguales), que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho, sin limitación de cuantía, y sin perjuicio de supeditar este pronunciamiento sobre costas a los efectos derivados de la condición de beneficiaria/o/s de la asistencia jurídica gratuita si es que se hubiera solicitado y obtenido teniendo en cuenta lo preceptuado en los arts. 394.3 Ley de Enjuiciamiento Civil y 36.2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **DON JAR** contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente en los términos que resultan del último fundamento jurídico de la presente.

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

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

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

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