

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE OCTUBRE DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1647/2021
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 27 de mayo de 2021.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

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 1647/2021**, se tramita a instancia de **DON MCA**, representado por la Procuradora doña SMM, y asistido por el Letrado don ACG, contra Resolución de la CNMV de 27/05/2021 por la que se acuerda imponer a D. MCA una sanción consistente en multa por importe de 20.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 282.2 en relación con el artículo 118, ambos, del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y aplicar, a efectos del pago y con carácter definitivo, la reducción por pago voluntario señalada en el Acuerdo de Incoación del expediente 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 2/8/2021 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, por devuelto el expediente administrativo y por formulada la demanda en el recurso contencioso administrativo de referencia se sirva a admitirlo junto con los documentos que se acompañan; y en su virtud, previa la tramitación que legalmente corresponda, dicte sentencia por la que, estimando totalmente el mismo, declare nula, por no ser ajustada a Derecho, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores adoptada en su sesión de 27 de mayo de 2021 en el procedimiento sancionador n.º 4/2021 y por la que se acuerda imponer a mi representado una sanción consistente en multa por importe de 20.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 282.2, en relación con el artículo 118, ambos del TRLMV, y se proceda, en consecuencia, a reintegrar a mi representado el importe satisfecho (16.000 euros) para, con base en el artículo 85 de la Ley 39/2015, terminar anticipadamente (pronto pago) el procedimiento sancionador del que trae causa el presente recurso contencioso-administrativo.

Subsidiariamente se solicita la atenuación de la sanción rebajando la misma a la mínima prevista para las infracciones leves si se aprecia una atenuación muy cualificada en dos grados, o a la mínima para las infracciones graves en caso de apreciar una atenuación de un grado. "

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, previos los trámites oportunos, desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora"

3.- Mediante Decreto del LAJ de fecha 2 de febrero de 2022 se fija la cuantía del presente recurso en 16.000 € haciéndolo con conformidad de las partes.

4.- Mediante Auto de fecha 4 de febrero de 2022 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes. Presentado por la procuradora de la demandante escrito de alegación de hecho nuevo como documento el auto de 25 de marzo de 2022 del Juzgado de los Mercantil de Sevilla, se dio traslado del mismo a la contraparte para alegaciones, con el resultado obrante en autos.

Por providencia de 5 de septiembre de 2022 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2022. Por resolución de 7 de septiembre de 2022 se dejó sin efecto el

señalamiento acordado. Por providencia de fecha 9 de septiembre de 2022 se señaló para votación y fallo el día 25 de octubre de 2022 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 CNMV de 27/05/2021 por la que, en lo que concierne al ahora recurrente, se acuerda:

- "Imponer a don MCA, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 282.2, en relación con el artículo 118, ambos de la Ley del Mercado de Valores, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la no remisión a la CNMV y difusión pública, en plazo, del Informe financiero anual individual y consolidado de 2019, una multa por importe de 20.000 euros (VEINTE MIL EUROS), a cada uno de ellos.

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

La resolución recurrida, con base al pago efectuado en periodo voluntario, en aplicación del art. 85.2 de la LPAC 39/2015, impone las sanciones con una rebaja del 20% dando por reproducidos los hechos y consideraciones jurídicas presentes en el acuerdo de incoación del procedimiento, adoptado por el comité ejecutivo de la CNMV en su sesión de fecha 11/02/2021

2.- TIPICIDAD DE LOS HECHOS SANCIONADOS

2.1 En la demanda se asume que ABENGOA es una de las entidades definidas en el artículo 118 del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015 y que ha remitido, con retraso, el Informe Financiero Anual correspondiente al ejercicio 2019 pero se viene a defender la inexistencia de "antijuridicidad material":

"No basta por ello con el mero incumplimiento de la norma (antijuridicidad formal) o concurrencia formal de la descripción típica, sino que resulta necesaria la concurrencia de un daño (lesión efectiva o puesta en peligro de entidad suficiente) del bien jurídico que se pretende proteger (antijuridicidad material), no concurriendo en el caso que nos ocupa lesión o puesta en peligro potencial y suficiente de la transparencia del mercado, la libre formación de precios y la protección de los inversores, siendo éstos los bienes jurídicos susceptibles de protección por el legislador en la medida en que, en síntesis de lo hasta ahora expuesto, dichos bienes jurídicos han sido debidamente protegidos por los miembros del Consejo de Administración de ABENGOA, al menos materialmente, al ofrecer al mercado y a todos los posibles interesados, información suficiente, idónea y actualizada de la situación en la que se encontraba la Sociedad y, en particular, sobre su situación económico-financiera, así como de las distintas medidas y concretas actuaciones adoptadas tendentes a mantener la viabilidad del Grupo (especialmente su parte operativa), sus particularidades y estado de situación.

Los miembros del Consejo de Administración de ABENGOA, ante la imposibilidad de dar cumplimiento formalmente a la norma de transparencia, buscaron la forma alternativa de informar de la situación financiera y contable de la entidad (que es el contenido propio de las cuentas anuales) dando a través de 52 comunicaciones públicas a lo largo del año 2020 toda la información posible. Ello implica que, si

bien no se ha respetado el formato y se ha lesionado por ello formalmente el tipo infringido, no se puede considerar que ha existido ni ocultación, ni falta de transparencia, ni negligencia grave, sino una búsqueda diligente a través de una comunicación pública a la semana de una alternativa informativa que no dejara sin información al mercado, sustituyendo información financiera en un formato por información financiera en otro. Todo ello nos permite defender y someter a la consideración de la Sala la no lesión del tipo infractor o bien jurídico en su vertiente material y solicitar la nulidad de la sanción impuesta.

(...)

hay factores adicionales que mitigan o permiten apreciar también la especialidad de la situación en relación con la lesión del bien jurídico:

- Por un lado, no hay que olvidar que sólo 14 días después del vencimiento del plazo para publicar el informe anual de 2019, esto es el 14 de julio de 2021, se suspendió la cotización de ABENGOA (lo que en términos materiales y objetivos se traduce en una negociación y operatividad del valor muy residual en los mercados over the counter ("OTC") como para ser susceptible de merecer un reproche administrativo dada su intrascendencia material, pues la transparencia sirve precisamente para incorporar información a operaciones que en este caso no son realizables). Suspensión que, insistimos, se mantiene a fecha del presente escrito a pesar de haberse publicado por ABENGOA las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019 y que por ello obedece precisamente a la situación de incertidumbre por la que pasa el futuro de la entidad.

- Adicionalmente hay que considerar que el propio legislador flexibilizó enormemente para todas las sociedades mercantiles los plazos de formulación de la información financiera anual ya que los artículos 40 y 41 del RD-Ley 8/2020 establecieron plazos que se solapaban para cotizadas hasta 30 de junio de 2020 para formular y auditar, y para no cotizadas hasta el 1 de septiembre de 2020 con el objeto de poder celebrar la Junta General antes del 31 de octubre de 2020. Si consideramos esa normativa, vemos que la transparencia informativa pasó a un plano secundario frente a la protección de la salud, solvencia y continuidad de negocio, por lo que el retraso en un ejercicio atípico (mínimo retraso si tenemos en cuenta el plazo de 1 de septiembre de 2020), especialmente, si se ha complementado con información continua y alternativa, no debe tener un impacto material ni especialmente significativo" (sic)

2.2 hechos objeto de sanción

La resolución sancionadora parte de los recogidos al efecto en el acuerdo de incoación:

"1.- ABENGOA, S.A. (en adelante, Abengoa o la Sociedad), es una sociedad cuyas acciones están admitidas a negociación en el Mercado Continuo de las Bolsas de Madrid y Barcelona, encontrándose suspendidas de cotización desde el día 14.7.2020.

2.- El 18.8.2020 la sociedad presentó en el Juzgado competente de Sevilla la solicitud de la aplicación del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que afecta exclusivamente a la sociedad cotizada individual Abengoa, de lo que informaron como información privilegiada (IP).

3.- El 19.5.2020, Abengoa remitió como otra información relevante (OIR) el informe financiero semestral correspondiente al segundo semestre de 2019 (IPP). En este informe y en comunicaciones de OIR e IP enviadas en esa misma fecha, se pone de manifiesto la delicada situación del Grupo, siendo el patrimonio neto consolidado negativo, de 4.728 millones de euros, y que Abengoa S.A. se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial, al presentar un patrimonio neto individual negativo, por importe de 388 millones €, derivado del deterioro registrado en los resultados del ejercicio 2019 sobre su

participada Abengoa Abenewco 2, S.A.U., como consecuencia de la valoración realizada por un experto independiente tras la revisión de su Plan de Viabilidad.

Adicionalmente, comunican que el Consejo de Administración ha acordado llevar a cabo una serie de medidas encaminadas a superar esta situación y que, de no poderse ejecutar en los plazos previstos, u otras con un efecto económico equivalente, Abengoa procedería a realizar un nuevo análisis interno, y en su caso, externo, a la vista de las circunstancias del momento, de la aplicabilidad del principio de empresa en funcionamiento a efectos de la formulación de las cuentas anuales (CCAA) del ejercicio 2019.

4.- El 30.6.2020, Abengoa comunica como IP la decisión del Consejo de retrasar la formulación de las CCAA del ejercicio 2019 para tener mayor grado de certidumbre sobre la probabilidad de éxito o fracaso de las medidas anunciadas para solventar el desequilibrio patrimonial. Y en la IP enviada el 1.7.2020 aclaran que el único motivo por el que no habían podido formular las CCAA era la evaluación de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, sin que estuvieran valorando ninguna otra modificación que pudiera afectar a la información publicada el 19.5.2020.

Establecieron un plazo máximo, hasta el 14.7.2020, llegado el cual, de no haberse concretado con grado suficiente la probabilidad de éxito de las actuaciones previstas, adoptarían las medidas que legalmente procedieran.

5.- El 14.7.2020, Abengoa informa como IP que su Consejo de Administración tomaría la decisión definitiva en una sesión el 27.7.2020, para agotar todas las alternativas dirigidas a la continuidad del negocio del grupo. Adicionalmente, recalcan que la ausencia de liquidez y avales están afectando de manera severa al negocio, haciendo muy difícil su viabilidad si no se cierra la operación en el corto plazo.

En esta misma fecha, la CNMV decide suspender cautelarmente la negociación de las acciones de Abengoa por concurrir circunstancias que pudieran perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los citados valores.

6.- El 27.7.2020 comunican, como IP, que el Consejo pospone la decisión hasta el 31.7.2020, fecha en la que esperaban firmar el acuerdo de restructuración que supondría:

– La entidad prestataria, receptora de la nueva financiación y línea de avales será la dependiente Abengoa Abenewco1 S.A.U. ("Abenewco 1"), entidad que es, desde 2017, la cabecera de todas las sociedades operativas del grupo.

– Además, la operación implicaría que antes del fin de 2020 se convirtieran en acciones de Abenewco 1 todos los instrumentos convertibles emitidos y los nuevos que fueran a emitirse como consecuencia de la ejecución del acuerdo, lo que implicaría, necesariamente, la ruptura del grupo económico actual, encabezado por Abengoa, S.A., la cual estaba previsto que pasara a ser un accionista minoritario de Abenewco

– La operación de restructuración de Abenewco 1 no sería suficiente, por sí sola, para poder reequilibrar el patrimonio de Abengoa, S.A., en causa de disolución. Además sería necesario que se adhiriera a la solicitud de conversión de sus deudas en préstamos participativos una mayoría superior al 95%, de un pasivo de 153 millones €. A esa fecha, el porcentaje acumulado de adhesiones a esta fórmula no era todavía suficiente.

Por último, reiteran que la firma del acuerdo antes del 31 de julio es fundamental para resolver la delicada situación que atraviesan sus negocios como consecuencia de la ausencia de liquidez y avales que está haciendo muy difícil su viabilidad.

7.- El 31.7.2020, informan como IP que aún no habían podido completar el proceso de documentación de la operación, pero esperaban completarlo y firmar el acuerdo de reestructuración antes del 4.8.2020.

8.- El 4.8.2020, informan vía IP de que era necesario un periodo de tiempo adicional para que todas las partes implicadas puedan realizar su revisión final y que esperaban poder firmar el acuerdo de reestructuración no más tarde del 6.8.2020.

9.- Finalmente, el 6.8.2020 informan como IP de que se habían firmado los acuerdos, sujetos al cumplimiento de una serie de condiciones, y comunican el inicio de los correspondientes periodos de adhesión. Incluyen una presentación sobre los principales términos de la operación (entre otros, sujeto a obtener las mayorías necesarias y consentimientos, y el cumplimiento de las condiciones precedentes), que en caso de concluir con éxito permitiría la viabilidad de Abenewco 1, pero no sería suficiente para poder reequilibrar el patrimonio neto individual de Abengoa S.A., ya que a esa fecha el porcentaje de adhesiones a la solicitud de conversión de sus deudas en préstamos participativos seguía siendo insuficiente.

Adicionalmente, reiteran que supondrá, en el momento en que se produzca la conversión de los instrumentos convertibles (prevista para el 3.12.2020), la ruptura del grupo económico y fiscal encabezado por Abengoa, S.A., quién pasaría, en su caso, a ostentar una participación minoritaria en Abenewco 1 (aproximadamente del 3,5% pre dilución), siempre y cuando hubiera podido solucionar la situación de equilibrio patrimonial.

10.- El 7.8.2020, Abengoa remite como Otra información relevante (OIR) la declaración intermedia de gestión correspondiente al primer trimestre de 2020.

A fecha 30/06/2020, fecha en la que finalizó el plazo para remitir el Informe Financiero Anual correspondiente al 2019, el recurrente era miembro del Consejo de Administración de ABENGOA, Consejero Coordinador, fecha de nombramiento 22/11/2016. Fue cesado de su posición en ABENGOA, junto con el resto del Consejo de Administración, en fecha 17/11/2020.

2.3 El art. 282 del TRLMV, RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, infracciones por incumplimiento de las obligaciones de transparencia e integridad del mercado, viene a señalar:

"Son **infracciones muy graves** las siguientes acciones u omisiones:

2. El incumplimiento por parte de las entidades a las que se refieren los artículos 118 a 122, 241 y 258 de la obligación de someter sus cuentas anuales e informes de gestión individuales y consolidados a la revisión definida en el artículo 118 por parte del auditor de cuentas; **el incumplimiento de las obligaciones de remisión de la información regulada prevista en los artículos 118 a 122, cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido**, así como el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omita aspectos o datos relevantes."

Y el art.118 del TRLMV, Informe anual e informe de auditoría, recoge:

"1. Cuando España sea Estado miembro de origen, **los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea** someterán sus cuentas anuales a auditoría de cuentas y **harán público y difundirán su informe financiero anual** y el informe de auditoría de las cuentas anuales.

El plazo máximo para cumplir con la obligación de publicación y difusión de este apartado será de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio, debiendo asegurarse los emisores, de que los referidos informes se mantienen a disposición del público durante al menos diez años.

2. El informe financiero anual comprenderá las cuentas anuales y el informe de gestión revisados por el auditor con el alcance definido en el artículo 268 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, **así como las declaraciones de responsabilidad de su contenido.**

3. En la memoria de los emisores cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, se deberá informar sobre las operaciones de los administradores y de los miembros del consejo de control de una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual, o de persona que actúe por cuenta de éstos, realizadas con el citado emisor o con un emisor del mismo grupo durante el ejercicio al que se refieren las cuentas anuales, cuando las operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado”

En relación con el informe financiero anual, el **RD 1362/2007** de 19 de octubre, por el que se desarrolla la LMV 24/1988, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea establece:

El **art. 8** del RD 1362/2007, contenido del informe financiero anual y plazo para su remisión:

“1. Conforme al artículo 35 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea harán público y difundirán su informe financiero anual, que comprenderá:

a) Las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado revisados por el auditor con el alcance definido en el artículo 208 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

b) Las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido, que deberán ser firmadas por los administradores y cuyos nombres y cargos se indicarán claramente, en el sentido de que, hasta donde alcanza su conocimiento, las cuentas anuales elaboradas con arreglo a los principios de contabilidad aplicables ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del emisor y de las empresas comprendidas en la consolidación tomados en su conjunto, y que el informe de gestión incluye un análisis fiel de la evolución y los resultados empresariales y de la posición del emisor y de las empresas comprendidas en la consolidación tomadas en su conjunto, junto con la descripción de los principales riesgos e incertidumbres a que se enfrentan.

2. El plazo para publicar y difundir el informe financiero anual será como máximo de 4 meses desde la finalización del ejercicio económico del emisor y no podrá exceder de la fecha en la que se publique oficialmente la convocatoria de la junta general de accionistas o del órgano que resulte competente para la aprobación del informe financiero anual.”

El **art. 10** del RD 1362/2007, responsabilidad del contenido y la publicación del informe financiero anual, establece:

“1. Serán responsables del informe financiero anual la entidad emisora y sus administradores en cuanto sujetos obligados a formular y firmar las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, y la declaración de responsabilidad sobre su contenido.”

Finalmente, el **art. 41 del Real Decreto-ley 8/2020**, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 dispone lo siguiente:

"Artículo 41. Medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las Sociedades Anónimas Cotizadas.

1. Excepcionalmente, durante el año 2020 se aplicarán las siguientes medidas a las sociedades con valores admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea:

a) La obligación de publicar y remitir su informe financiero anual a la CNMV y el informe de auditoría de sus cuentas anuales, podrá cumplirse hasta seis meses contados a partir del cierre de ejercicio social. Dicho plazo se extenderá a cuatro meses para la publicación de la declaración intermedia de gestión y el informe financiero semestral."

2.4 En el caso de autos, el plazo para la remisión a la CNMV y su difusión pública del informe financiero anual, individual y consolidado, ABENGOA, ejercicio 2019, venció el 30/06/2020 (hecho incuestionado)

En la demanda formulada el 12/11/2021 (folio 7) se viene a aceptar:

*"(i) las cuentas del ejercicio 2019 siguen a día de hoy pendientes de aprobación,
(ii) la publicación de las mismas con su correspondiente informe de auditoría no fue posible hasta el mes de agosto de este año 2021 y
(iii) las cuentas del ejercicio 2020 no han sido formuladas y auditadas y no se han comunicado lógicamente al mercado en esta fecha"*

De lo que resulta de la información pública oficial, a fecha de la presente:

En la CNMV

IP: solicitud voluntaria de concurso efectuada el 22/02/2021 respecto de la matriz del grupo, Abengoa, S.A.

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7B1632f3f6-ca5e-44c3-991b-fb8ca7678163%7D>

<https://www.cnmv.es/Portal/Consultas/IFA/ListadoIFA.aspx?id=0&nif=A41002288>

El informe anual 2019 aparece publicado en la CNMV el 30/08/2021 (con fecha de estados financieros 31/12/2019) <https://www.cnmv.es/AUDITA/2019/19169.pdf>

El informe anual 2020 aparece publicado en la CNMV el 3/12/2021 (con fecha de estados financieros 31/12/2020) <https://www.cnmv.es/AUDITA/2020/19178.pdf>

IP: el 28 de junio de 2022, SEPI ha informado a Abenewco 1 que la dirección del Fondo ha desestimado la solicitud de apoyo público temporal con cargo al Fondo por importe total de 249 millones de euros ("Financiación SEPI").

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={4f75f1c9-8c61-4928-83bd-4198bcedf6fd}>

IP: Abenewco 1, junto a 26 filiales más, comunican la solicitud de precurso efectuada el 30/06/2022

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={235099f8-0802-4cde-8e56-35d991434e0a}>

IP: el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla (Sección 3ª) acuerda la finalización de la fase común del procedimiento concursal de Abengoa S.A., se informa que la Administración Concursal ha recibido notificación de Auto de fecha 1 de julio de 2022, mediante el cual el Tribunal: acuerda la apertura de la fase de liquidación y cesa a sus consejeros

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={89602516-4e83-41c1-9dec-3454fbb19612}>

IP: recurso de reposición frente al auto de apertura de la fase de liquidación con base a la Propuesta Ordinaria de Convenio que contempla una quita del 97%, con un pago del 3% a 8 años, y un primer año de carencia; con una alternativa de optar por la conversión del crédito resultante de la quita en un préstamo participativo remunerado con un máximo del 4% del BAI ordinario de la actividad hasta un límite de 2 millones de euros anuales para cada ejercicio.

<https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t={2224e2b6-8825-40b4-82a3-c703deaa2679}>

IP: Auto de fecha 29 de julio de 2022, mediante el cual el Tribunal desestima el recurso de reposición

<https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={54108eb2-50ca-42e6-b154-c5746f21470c}>

IP: acuerdo CNMV 22/09/2022 excluyendo de cotización las acciones de ABENGOA, S.A. (en liquidación) de las Bolsas de Valores de Madrid y Barcelona y del Sistema de Interconexión Bursátil al haberse abierto la fase de liquidación de acuerdo con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fijándose como último día de negociación el 26 de septiembre de 2022." Este acuerdo afecta a las dos series de acciones de Abengoa, S.A. (Clase A y B), y otros valores que den derecho a su suscripción, adquisición o venta. Dado que las acciones están actualmente suspendidas de negociación desde el 14 de julio de 2020, el acuerdo de exclusión de negociación implica que a partir del 26 de septiembre de 2022 las acciones dejarán de estar admitidas a negociación.

<https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={53db28cf-f9d3-40a9-b298-f8ef0e0e3cc4}>

2.5 No hay nada que avale el retraso sancionado, el singularizado que afecta al recurrente hasta el momento de su cese 17/11/2020 (más de cuatro meses y medio después de vencido el plazo legal para el cumplimiento de la obligación que nos ocupa, sobre la base del plazo prorrogado por la contingencia COVID 19), teniendo en cuenta, además, los dos requerimientos al efecto remitidos, tras el vencimiento del referido plazo y antes de la suspensión de la cotización, por el DIFC, los días 3 y 7 de julio de 2020, exigiendo la inmediata presentación de la citada información regulada (hecho recogido en la resolución y no negado de contrario).

En esta situación estaba más que justificada la suspensión de la cotización acordada sin que ello pueda servir, a su vez, para avalar el incumplimiento que finalmente se sanciona pues precisamente tal incumplimiento está en la base de la oportunidad y necesidad de la medida. La comunicación que efectúa la CNMV el 25/08/2020 en relación a la suspensión de la negociación de las acciones de Abengoa, S.A. el 14/07/2020, hace referencia a las circunstancias concurrentes a tal fecha de julio de 2020 y a las sobrevenidas, aludiendo a que al día de la fecha de la emisión del comunicado – 25/08/2020- siguen sin formularse las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, a que por la información publicada la entidad se encuentra en situación de patrimonio negativo, y a que el 18 de agosto se efectúa la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio, como norma en vigor (*puesta en conocimiento del Juzgado competente del inicio de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio de acreedores o un acuerdo*

extrajudicial de pagos), y siendo que todo este cúmulo de circunstancias *“siguen impidiendo que la negociación de sus acciones pueda tener lugar con normalidad y de forma que los inversores puedan formarse un juicio fundado sobre su valor real y sobre las posibilidades de que la compañía supere la fase en que está inmersa”* (<https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7B375ccd19-bfa4-484d-b29e-0d135ea296df%7D.es>)

Por tanto, el recurrente, en su condición de miembro del Consejo de Administración, adoptó, deliberada y conscientemente (así se asume en la demanda), una decisión de incumplimiento de una obligación legal y formal, incumplimiento al que la ley atribuye unas consecuencias concretas en el ámbito sancionador y que remite a una infracción muy grave en atención al retraso objetivado.

Precisamente, esa deliberada actuación es la que avala el elemento subjetivo en la infracción muy grave sancionada partiendo de la relevancia de la información regulada no comunicada –Informe Financiero Anual–, ya que ésta resulta ser la información contable y financiera más importante para las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente la evolución de su situación financiero-patrimonial, de sus resultados, de su actividad y de la marcha general de sus asuntos, informe financiero que integra las cuentas anuales que han de venir acompañadas de informe de auditoría emitido por experto independiente, con opinión sobre su razonabilidad de acuerdo a criterios técnicos.

La finalidad que se asume en la demanda como motivadora de tal comportamiento *“incumplir esa obligación de formular, auditar y publicar el informe financiero anual de 2019, ganando con ello el tiempo necesario para despejar la incógnita sobre el futuro del grupo y manteniendo la “elegibilidad” por no haber apostado por un principio contable (el de empresa en liquidación) que en esa fecha no era definitivo, como beneficiario de los apoyos públicos”* (sic folio 7 de la demanda) redunda en agravar el ataque al bien jurídico protegido por el tipo legal que no se limita al supuesto *“interés social”* sustentado en la demanda en *“la defensa de accionistas, proveedores, acreedores y trabajadores”*.

El componente de antijuridicidad del tipo sancionador remite al bien jurídico protegido por la norma y en este caso el comportamiento sancionado, comportamiento típico, confronta, formal y materialmente, dicho bien jurídico.

Esas incertidumbres que tenía el Consejo de Administración de ABENGOA, y por tanto el recurrente como miembro del mismo, acerca de la viabilidad de la empresa como empresa en funcionamiento y de la efectividad de las medidas implementadas para paliar los desequilibrios financieros evidentes en 2019, incertidumbres lógicas y entendibles, deberían haberse plasmado debidamente en las cuentas anuales de dicha anualidad, con auditoría de las mismas, y haberse hecho públicas en plazo (ver apartado 2.3 del contenido de la Memoria anual, establecido por el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, relativo a *“Aspectos críticos de la valoración y estimación de la incertidumbre”*, donde se indica que, cuando la dirección de la entidad sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la empresa siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en las bases de presentación de las cuentas anuales).

La Dirección General de Mercados en el informe de 11/01/2021, que sirvió de base para la incoación del expediente sancionador, constató que pese a los dos requerimientos realizados a ABENGOA SA para que presentara el informe anual 2019, no lo llegó a presentar, alegando la necesidad de *“retrasar la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, con el fin de tener un mayor grado de certidumbre sobre la probabilidad del éxito o fracaso de las medidas anunciadas, para solventar el desequilibrio patrimonial”*.

El informe citado ya destaca la falta de razonabilidad de la justificación ofrecida para no formular las cuentas, puesto que:

-"La propia normativa contable indica que la incertidumbre es un elemento inherente a la operativa de los negocios, y que por ello es un elemento que se debe desglosar e incorporar a los juicios profesionales, y nunca debe considerarse un impedimento para adoptar conclusiones contables" (la NIC 1, en su párrafo 25, párrafo 26 de la misma NIC);

- en el apartado 2.3 del contenido de la Memoria anual, establecido por el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, relativo a "Aspectos críticos de la valoración y estimación de la incertidumbre"; se indica que cuando la dirección de la entidad sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la empresa siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en las bases de presentación de las cuentas anuales.

- En este caso, la compañía, tanto en la IPP del 2º Semestre de 2019, enviada el 19.5.2020, como en la IPP del 1º Trimestre de 2020, enviada el 7.8.2020, fue capaz de realizar la mencionada evaluación, en base a su mejor juicio, lo que les permitió preparar y aprobar estos estados financieros bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, desglosando las correspondientes incertidumbres, no siendo, por tanto, la existencia de dicha incertidumbre un argumento adecuado que justifique la falta de remisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019 en el plazo legalmente establecido.

- No cabe considerar que se ha cumplido la obligación de remitir las CCAA porque el emisor haya enviado la IPP del 2º Semestre de 2019, puesto que el contenido del informe financiero semestral es sustancialmente menor al de unas cuentas anuales completas.

- Es relevante citar que en varias de las IP enviadas por la Sociedad, se había informado al mercado de que, en determinados plazos, que se fueron posponiendo, se procedería a la formulación y envío de las mencionadas cuentas anuales, sin que finalmente este hecho se haya producido en ninguno de los plazos indicados."

Lo que aquí se está protegiendo es algo más y distinto de lo que pueda interesar al recurrente o, a su singular parecer, a la empresa a la que gestionaba en el propósito asumido de incumplir deliberadamente la obligación legal para asegurar el poder seguir optando y disfrutando de fondos públicos como vía para salvar los desequilibrios financieros (fondos que suponía que no le habrían llegado en caso contrario y que finalmente no le han llegado por no ser elegible para ello).

Lo que aquí se protege y lo que en definitiva determina el contenido de antijuridicidad, material y formal, es, nada más y nada menos, que la transparencia del mercado de valores, bien jurídico protegido con entidad propia, en busca de su eficiencia, para que todos aquellos que operan o puedan operar en el mismo, tengan una información oficial, veraz, completa, clara, solvente y en tiempo oportuno para adoptar sus decisiones en este marco, asumiendo los riesgos inherentes a sus inversiones en valores pero con posibilidad de criterio razonado y razonable, de actuar o no actuar con conocimiento de causa, algo que, necesariamente pasaba, en el caso de ABENGOA, ejercicio 2019, por la aprobación de las cuentas anuales, su auditoría y su difusión al mercado (en una sociedad cotizada se deben poner al público no más tarde de los cuatro meses desde el cierre y al menos con un mes de anterioridad a su aprobación por la junta general) con las consecuentes competencias del regulador en garantía de ello (art 17 del TRLMV, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, "2. La Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines").

Precisamente la situación patrimonial que atravesaba de Abengoa da mayor relevancia al incumplimiento sancionado por cuanto tal incumplimiento se mantiene en plena negociación para la reestructuración de la deuda, y del propio Grupo empresarial.

Estamos ante una infracción formal, de mera actividad, para cuya comisión no se precisa de la efectiva causación de un resultado dañoso o lesivo, individualizable. De esta forma los requisitos de tipicidad se centran en el incumplimiento de la obligación sancionada, infracción de peligro abstracto, que sanciona la inobservancia del deber de información previsto normativamente, infracción de carácter permanente que se mantiene en tanto no se dé cumplimiento a la obligación legal por cuanto se produce la prolongación en el tiempo de la lesión del bien jurídico protegido y atendiendo al modo en que la transparencia de los mercados regulados es tutelada. El daño al mercado ya se produce con el incumplimiento del deber de información.

Al caso de autos, no olvidemos que la cotización no se suspende hasta el 14/07/2020 vencido el plazo legal prorrogado y que tal obligación legal centrada en el Informe Financiero Anual no se puede dar por cumplida por la IPP (información pública periódica) del 2º Semestre de 2019 remitida como OIR (otra información relevante) el 19/05/2020, aunque de la misma resultara la situación delicada de desequilibrio patrimonial (véase al efecto el contenido de la misma recogido en el punto 2.2 de la presente y de las apreciaciones que también se contenían en la OIR citada en cuanto a las medidas encaminadas a superar esta situación y la decisión en, final y efectiva, formulación de las cuentas anuales 2019: *“que, de no poderse ejecutar en los plazos previstos, u otras con un efecto económico equivalente, Abengoa procedería a realizar un nuevo análisis interno, y en su caso, externo, a la vista de las circunstancias del momento, de la aplicabilidad del principio de empresa en funcionamiento a efectos de la formulación de las cuentas anuales (CCAA) del ejercicio 2019”*). No en vano en diversas IP enviadas con posterioridad por la Sociedad, se informaba al mercado de que, en determinados plazos, que se fueron posponiendo, se procedería a la formulación y envío de las mencionadas cuentas anuales, sin que finalmente ello se produjera en los plazos que se transmitían al mercado.

Además, las informaciones que ABENGOA SA remitió a la CNMV en forma de *“Otra Información Relevante”* o *“Información Privilegiada”*, no pueden suplir a los estados financieros aludidos, porque esas informaciones responden a otros deberes de información. Lo que se reprocha es el incumplimiento de las *“Obligaciones de información periódica de los emisores”* (artículo 118 TRLMV), y estas no pueden ser confundidas con otras obligaciones distintas que imponen el traslado de determinada información relevantes a la CNMV y en definitiva al mercado, con el fin de dar publicidad y transparencia en condiciones de igualdad a todos los intervinientes (artículo 226 *“Difusión pública por emisores de información privilegiada”*, 227 *“Difusión pública por emisores de otra información relevante”* y 228 TRLMV). El informe de la Dirección General de Mercados de 11/01/2021, ya subraya que el informe semestral en modo alguno contiene la información del preterido informe financiero anual individual y consolidado 2019, puesto que se trata de un informe mucho más breve en su contenido.

3.- EXIMIENTE COMPLETA DE ESTADO DE NECESIDAD “PUTATIVO” COMO EXCLUYENTE DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL SANCIONADO.

3.1 Con base al art. 20.5 del CP (*Están exentos de responsabilidad criminal: 5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*) se defiende en la demanda que el mal que se pretendía evitar – definitiva inviabilidad de una empresa estratégica y cotizada - con la no publicación en el plazo legalmente establecido de la

información financiera correspondiente al ejercicio 2019, era superior en comparativa con el bien jurídico protegido por la norma incumplida:

"el mal que se pretende evitar se presenta como superior pues no es otro que la definitiva inviabilidad de una empresa estratégica y con especial impacto y transferencia con perjuicios irreparables para trabajadores, proveedores, clientes, acreedores y accionistas, con el impacto social y económico (directo, indirecto o inducido) que ello supone. ABENGOA emplea a cerca de 14.000 trabajadores, constituye uno de los pilares fundamentales de la economía andaluza, está presente en 50 países y representa a la marca España. Su carácter estratégico resulta confirmado con la tramitación actual de los apoyos del FASEE que está reservado a empresas con relevancia estratégica de diferentes sectores

(...)

La inviabilidad, difícilmente reversible, hubiera resultado de formular cuentas de 2019 en un escenario de escaso avance y total incertidumbre en relación con el Plan de Viabilidad Actualizado y bajo el principio contable de empresa en liquidación, lo que determinaría la exclusión de ABENGOA y su grupo como beneficiarios de apoyos públicos ICO o FASEE al ser en ese escenario calificada como empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019"

Y se alega la existencia, además, de una causa objetiva del estado de necesidad vinculada a la situación del COVID-19.

"que impacta directamente en el plan de viabilidad inicial y la incertidumbre sobre el proceso de reestructuración financiera son claramente ajenos a la Sociedad y los miembros de su Consejo de Administración. Ajenidad que se aprecia en la actualidad en la medida en que los miembros actuales del Consejo de Administración continúan trabajando para garantizar la supervivencia de la Sociedad y la salvaguarda de los distintos intereses involucrados. Manifestación de que estamos en presencia de una causa objetiva ajena a mi representado, es la batería normativa que la pandemia ocasionada por el COVID-19 desató y las menciones contenidas en las diferentes exposiciones de motivos de esas normas."

Concluyendo en afirmar:

"Por ello, entendemos que la actuación diligente de mi representado anteponiendo un bien jurídico superior a otro, aplicando medidas mitigadoras, seguida por dos administradores posteriores en igual medida, no merece reproche en forma de sanción, debiendo por ello invalidarse la impuesta por la CNMV. Incluso en el improbable caso de que a juicio de la Sala la valoración realizada por el Consejo de Administración no fuera la correcta (creemos que sí) también cabría invalidar la sanción impuesta apreciando el estado de necesidad putativo en la medida en que el actuar de mi representado encaja dentro de una valoración razonable y diligente sin intencionalidad de lesionar bien jurídico alguno, entendiéndose que estaba forzado a ello"

3.2 Con posterioridad a la demanda, se ha presentado escrito - fecha de presentación Lexnet el 27/04/2022 - adjuntando un auto del TRIBUNAL DE INSTANCIA MERCANTIL DE SEVILLA (SECCIÓN 3ª) de 25/03/2022.

En dicha resolución, con base a la previa solicitud de la Administración Concursal (AC) "de autorización judicial para la adecuación/prorroga de plazos legales de deberes de información comprendidos en los arts. 253 LSC y 118 y 119 LMV, en interés del concurso, considerando las circunstancias sobrevenidas en el mismo..." se viene a disponer:

"DISPONGO; En el interés apreciado del concurso y salvaguarda de la solución convencional actualmente en desarrollo, acuerdo lo siguiente;

1º.- Subordinar expresamente al dicho interés del concurso, el cumplimiento de las obligaciones formales extraconcursoales de información a terceros y mercado de valores, exigibles conforme a los arts. 253 LSC y 118 y 119 LMV,

2º.- Autorizar, para ello, la prórroga del plazo para cumplimiento de la obligación esencial de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2021, hasta los TRES meses siguientes al conocimiento de la resolución del Consejo Gestor de SEPI en el procedimiento de solicitud de ayudas con cargo al Fondo de Ayuda a la Solvencia de Empresas Estratégicas seguido con relación a Abengoa Abenewco 1 SAU, y sociedades dependientes de ésta.

3º.- Y autorizando, en coherencia e igualmente, para el cumplimiento de las obligaciones de información periódica al amparo de los arts 118 y 119 LMV, del ejercicio 2021 y en su caso 2022, la adecuación y prórroga oportunas de los plazos correspondientes, para su ajuste necesario, en relación a lo anterior señalado respecto de la formulación de las cuentas anuales."

En dicha resolución se fundamenta:

"(...) Así en el caso de contingencias de especial transcendencia en el procedimiento concursal, (que como ahora veremos en el presente caso, era la atinente a la solución concursal misma en ciernes, merced a la previa decisión favorable de la SEPI), en cuanto que afectan a las bases de formulación de los estados financieros y cuentas de la sociedad -y por ende a la publicidad debida respecto de terceros, dentro y fuera del concurso-, interfieren inevitablemente en aquellos deberes formales a cumplimentar ante los centros encargados del recibo de las mismas y su publicidad legal (Registro Mercantil, CNMV), demandado un adecuado engarce con el concurso, que de modo supletorio cabe articularse, con el soporte de la legalidad elemental indicada y principio de proporcionalidad, bajo el esencial principio informador del interés concursal (reiteradamente destacado en la ley Concursal, anterior -vgr, Ex.Mot, ap.III, arts 42,61,84,148,165- y actual - arts 119, 135, 136, 164, 165, 204, 232, 242, 417, 422, 444 TRLC), ya sujeto en garantía de todos, bajo el debido control judicial

SEGUNDO.- Circunstancias condicionantes sobrevenidas que se hacen valer. En el caso, lo que se pone de manifiesto por la AC, era la incidencia notoria que se entendía, sobre el escenario de la formulación de cuentas en curso y de cumplimentación de deberes frente a CNMV, y como hecho relevante que afectaba a los mismos, por razones prácticas, de un lado, las necesidades perentorias de atención a los múltiples requerimientos de información legal y financiera, exigidos por los asesores jurídicos y financieros de SEPI en el procedimiento de solicitud de apoyo financiero del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, que habría abocado al colapso consiguiente, del departamento financiero de Abengoa Abenewco 1 SAU (condicionante estructural), agudizado en el contexto de situación concursal de la empresa y necesidad de reducción de estructura del mismo -en más de un 30%-. Pero también especialmente, y por razones de base, en la pendencia a día de la fecha que se mantiene respecto de la resolución del expediente de solicitud de ayuda SEPI (presupuesto para la culminación del Acuerdo de Reestructuración de la entidad, y como corolario, de la solución del entero grupo Abengoa). Contingencias éstas (coyunturales) que afectan a la elaboración de los estados financieros del ejercicio 2021 y a las bases de su formulación, considerando el enfoque, que se expresa, desde la perspectiva de la normativa aplicable en materia de contabilidad para Abengoa SA, (Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) y Plan General de Contabilidad), en lo relativo al principio de empresa en funcionamiento, sobre el que preparar dichos estados, que deben reflejar los acontecimientos ocurridos después del final del periodo de información hasta la fecha en que los mismos sean autorizados para su publicación. Ello, en la forma y con las implicaciones que con mayor extensión se expresan en los términos del escrito de solicitud, que a estos efectos se dan por reproducidos.

TERCERO. Valoración final. La esencialidad considerada y que se comparte, sin contradicción, de aquel hecho coyuntural relevante, posterior al cierre del ejercicio, como era la esperada decisión de

*la SEPI, en cuanto además se advierte dilatarse en el tiempo, y dada su relación directa con las bases de formulación de los estados financieros más arriba destacada, -en los condicionantes estructurales añadidos de la concursada-, **afectaba directamente a la garantía de cumplimiento de los plazos legales de aquellas obligaciones formales frente a terceros** (v.gr, tres meses siguientes al cierre del ejercicio para la formulación de cuentas -art.253LSC- y cuatro para la publicación del informe anual y de auditoría y tres para ellos informes financieros semestrales -art. 118 y 119 LMV-), **con incidencia** -en previsión razonable, dado tales plazos y fecha de la presente-, **en el interés del concurso, comprometiéndolo**. Todo, lo cual aconsejaba, en este momento, dar prioridad al mismo, so riesgo de dejarlo sin contenido material, anteponiéndolo así, a las exigencias formales que comportan aquellos plazos considerados, teniendo en cuenta que ya se encuentran bajo cobertura judicial, todos los posibles intereses de terceros que se relacionan o pueden relacionarse con el concurso, y ante la falta, como se insiste, de una específica regulación sectorial, que permitiere articular una más concreta salvaguarda al efecto, de tal interés colectivo, con plena objetividad."*

3.3 A los efectos pretendidos, basta con dar por reproducido lo recogido en el FJ antecedente, pues la Sala no comparte, en modo alguno, que el plan de viabilidad de una empresa, estratégica y cotizada, pase por la decisión de "motu proprio" de los administradores/gestores de la misma de sustraer al mercado información relevante acerca de su exacta situación financiera y patrimonial (precisamente esto es lo que se pretende impedir con la norma), y, menos aún, por no formular, auditar y publicar/difundir sus cuentas anuales, incumpliendo con la obligación legal establecida al efecto.

Lo que en definitiva se viene a defender es que la no formulación de las cuentas (recordemos que no hay publicación del informe financiero anual porque las cuentas ni siquiera se formulan) suponía garantizar la viabilidad del grupo, bien jurídico que el recurrente considera de mayor entidad, cuando precisamente la formulación de las cuentas y su subsiguiente publicidad es base para la transparencia como factor fundamental en el correcto funcionamiento del mercado regulado, en especial en lo que respecta a una empresa cotizada y estratégica.

3.4 En este contexto, es evidente que la circunstancia COVID 19 no es una circunstancia objetiva de estado de necesidad para justificar no dar cumplimiento a la obligación legal que nos ocupa al concreto de las cuentas ABENGOA 2019:

- el estado de alarma se declara por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo,
- las cuentas anuales se refieren al ejercicio 2019, ejercicio ya vencido, en ese momento.
- en ninguna de las comunicaciones (OIR) e informes (IP) remitidos al mercado por conducto de la CNMV, a lo largo de 2020, se alude a la situación creada por el COVID 19 como determinante de la imposibilidad de formulación y publicación de las cuentas anuales.

En cuanto a la circunstancia COVID 19, circunstancia de común incidencia para todas las cotizadas, en lo que afecta a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona, ya se valora y se trata positivamente por la propia norma en la prórroga que establece para el cumplimiento de la obligación que nos ocupa en el art. 41 del Real Decreto-ley 8/2020.

3.5 Por otro lado el recurrente no es cesado hasta el 17/11/2020 (cuatro meses y medio después de vencido el plazo para cumplir con la obligación legal, incluida la prórroga COVID), el concurso voluntario de ABENGOA se establece en febrero de 2021 (más que sobradamente vencida la obligación cuyo incumplimiento se sanciona) siendo de destacar que el informe anual 2019 aparece publicado en la CNMV el 30/08/2021 (con 14 meses de retraso) estando ya la entidad en concurso, y el propio auto aportado pone de manifiesto lo injustificado del comportamiento del hoy recurrente en la decisión voluntaria y conscientemente aceptada de incumplir el deber legal

referente al ejercicio 2019 (el AC no actúa motu proprio sino que, en el seno del concurso, solicita y obtiene, con aval judicial, una prórroga de tres meses en el cumplimiento obligación esencial de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2021 con la consecuente adaptación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de información periódica al amparo de los arts. 118 y 119 LMV, del ejercicio 2021 y en su caso 2022).

4.- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

4.1 Se defiende en la demanda que:

“si no se apreciara la eximente completa, al menos ese juicio y las circunstancias concurrentes que llevaron al mismo, deben servir como eximente incompleta o atenuante muy cualificada de acuerdo con la previsión del art. 21.1.ª del Código Penal.

(...),

creemos que procede (en reconocimiento de una gestión valiente, de una anteposición de los intereses sociales a los particulares de los consejeros y en una lucha sin descanso para proteger 14.000 familias directas), la aplicación de una reducción significativa del tipo infractor y del reproche administrativo, rebajando la sanción en dos o un grado y, por ello, entrando en las sanciones previstas para las infracciones leves o subsidiariamente graves en el TRLMV en proporción mínima”.

Vemos que la parte actora no valora los criterios de graduación establecidos en el TRLMV y se limita a buscar la aplicación automática de las circunstancias eximentes de responsabilidad del Código Penal (estado de necesidad como eximente completa ya descartada en el fundamento jurídico antecedente o como eximente incompleta funcionando como atenuante muy cualificada).

4.2 El acuerdo de incoación, al que remite la resolución sancionadora (motivación in aliunde), motiva la sanción impuesta en los siguientes términos:

“En segundo lugar, y por lo que se refiere a los miembros del Consejo de Administración al tiempo del vencimiento del plazo para la remisión del Informe financiero anual de 2019, 30 de junio de 2020,D. MCA, ..., todos ellos cesados con fecha 17 de noviembre de 2020, en los que, tal como se concluido en el fundamento anterior, concurre responsabilidad administrativa sancionable por la presunta infracción cometida, también procede la corrección disciplinaria de su conducta mediante la imposición de la sanción que corresponda de entre las previstas en el artículo 306 del TRLMV el cual establece, en su redacción al tiempo de los hechos, 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.

6. Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en cualquier entidad financiera, con inhabilitación permanente para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad de las previstas en el artículo 233.1.a) y 233.c).2.º, 4.º y 5.º, cuando la misma persona haya sido sancionada por cometer en un plazo de diez años dos o más incumplimientos de las obligaciones o prohibiciones previstas en los artículos 14 o 15 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.”

Tal como se ha expuesto anteriormente, en orden a la concreción de las sanciones que corresponde imponer, debe atenderse al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 29 de la Ley 40/2015 y valorarse la concurrencia de los criterios determinantes de las sanciones recogidos en el artículo 310.1 del TRLMV, transcritos con ocasión de la determinación de la sanción de Abengoa y, adicionalmente, las circunstancias previstas en el artículo 310.2 del TRLMV, el cual dispone que:

“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.”

Pues bien, atendiendo a lo ya dicho con anterioridad sobre los criterios de proporcionalidad y su aplicación a cada caso, de entre las sanciones previstas procede la de multa que recoge el apartado 1 del artículo 306, por importe de hasta 400.000 euros, puesto que el resto de sanciones están previstas para supuestos de especial gravedad que aquí no se aprecia o a supuestos de distinta naturaleza.

Por lo que se refiere a los criterios recogidos en el artículo 310 del TRLMV, no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia que aconseje agravar o atemperar el reproche disciplinario.

A la vista de los hechos descritos, con la información disponible en este momento y atendiendo al principio de proporcionalidad, se considera adecuada la imposición de una sanción de multa por importe de 20.000 euros, a cada uno de ellos.”

4.3 Con fecha 05/03/2021, se registró en la CNMV, escrito del hoy recurrente en contestación al Acuerdo de incoación del presente expediente sancionador, por los que manifestaba “su interés en acogerse al Pago Voluntario, aceptando con ello la terminación inmediata del expediente con la aplicación de la correspondiente reducción del 20%, siendo consciente de que ello implica el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción propuesta”, señalando expresamente que ello no supone reconocimiento de responsabilidad ni renuncia a las acciones que ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa puedan ejercer en defensa de sus derechos.

4.4 Mediante Diligencias de fecha 10/03/2021, las Instructoras del expediente remitieron los correspondientes documentos de ingreso –modelo 069– por importe de 16.000 euros a cada uno de los consejeros, incluido el recurrente, cuantía resultante de la aplicación de la reducción por pago voluntario (20%), prevista en el art. 85 de la LPAC.

4.5 Así, siendo la cantidad legal máxima de la sanción de multa la de 400.000 €, se impuso al ahora recurrente, en su condición de Consejero, una multa por importe de 20.000 €, multa que finalmente queda reducida en su material efectividad a la cifra de 16.000 €, multa que se encuentra en el tercio inferior, dentro de los parámetros inferiores (téngase en cuenta que el límite máximo de la multa para las infracciones leves es de 30.000 € de conformidad con el art. 305 de la LMV y, al caso de autos, estamos hablando de una infracción muy grave)

4.6 El art. 310 del TRLMV, criterios determinantes de las sanciones, viene a recoger:

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

a) La naturaleza y entidad de la infracción.

b) El grado de responsabilidad de la persona física o jurídica responsable de la infracción.

c) La solidez financiera de la persona física o jurídica responsable de la infracción reflejada, entre otros elementos objetivables, en el volumen de negocios total de la persona jurídica responsable o en los ingresos anuales y activos netos de la persona física.

d) La gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado.

e) Las pérdidas causadas a terceros por la infracción.

f) Las ganancias obtenidas o, en su caso, las pérdidas evitadas como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción, en la medida en que puedan determinarse.

g) Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.

h) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

i) La reparación de los daños o perjuicios causados.

j) La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma.

k) En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.

l) La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años.

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."*

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

El Derecho Sancionador comparte con algunas modulaciones los principios del Derecho Penal, en tanto que es una manifestación del *ius punendi* del estado (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 1382/2020 de 22/10/2020, Rec. 4535/2019), pero estos principios comunes se traducen en las garantías propias del derecho penal (artículo 24 CE), y en principios básicos como el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, irretroactividad (artículos 25 y ss Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público) "non bis in ídem" o prohibición de la doble incriminación. Pero no hay una extensión en bloque de las normas penales al ámbito sancionador, especialmente porque las normas penales no pueden aplicarse de forma analógica a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas, conforme dispone el artículo 4.2 del Código Civil ("*2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*").

En cuanto a la proporcionalidad, como señala el TS en su sentencia de 24/05/2004 (RC 7600/2000):

<<" Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.">>

La proporcionalidad exige una adaptación entre la gravedad de la sanción y la de los hechos ("*una exigencia de adecuación o coherencia entre la gravedad de la infracción y la intensidad de la consecuencia sancionadora a ella anudada*" -Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 74/2022 de 14 junio 2022, Rec. 1643/2021-), considerando todas las circunstancias que concurren en el caso (artículo 29.3 y 4 Ley 40/2015), conforme recuerda la doctrina del TEDH y del TJUE (Así, STEDH de 9 de julio de 2009 -Moon contra Francia-, párrafo 51; y sentencias de 4 de octubre de 2018 (asunto C-384/17; ECLI:EU:C:2018:810) y de 22 de marzo de 2017 (asuntos C-497/15 y C-498/15; ECLI:EU:C:2017:229)).

En el marco de estas infracciones las circunstancias a tener en cuenta, no a modo de agravantes y atenuantes, sino como criterios de graduación de la sanción vienen recogidas en el artículo 310.1 TRLMV anteriormente transcrito y a ellos se ha atendido motivadamente la resolución impugnada en su conclusión de que *“no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia que aconseje agravar o atemperar el reproche disciplinario.”*

4.8 Partimos de que en los fundamentos jurídicos anteriores de la presente se ha confirmado la existencia de hecho sancionable, su encuadre típico como infracción muy grave y la responsabilidad del recurrente en los mismos así como la improcedencia a efectos exculpativos de las motivaciones que dice le guiaron en tal comportamiento y que como tales no pueden convertirse en circunstancia de atenuación, además como muy cualificada, por el mero hecho de no ser atendidas resolutoriamente como eximente completa.

Conviene tener presente que, como ya dijimos, estamos ante una infracción de peligro abstracto que no exige para su comisión que el incumplimiento de la obligación formal de información venga acompañado de especial resultado lesivo por lo que de existir el mismo, en todo caso, se constituye en circunstancia agravatoria.

En conclusión y al particular del caso, la multa aparece más que proporcionada, en cuanto a que se mueve dentro del grado mínimo (que incluso la lleva, en su materialidad, dentro del margen de las infracciones leves) y dentro de la función disuasoria que ha de cumplir la misma (art. 29.2 LRJSP 40/2015).

5.- 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 que haya visto rechazadas todas sus pretensiones (si son varias a partes iguales) 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 MCA** contra la resolución de la CNMV 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 de derecho 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 afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

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

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