

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JUNIO DE 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso núm.: 184/2024
Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 14 de noviembre de 2023.
Fallo: Admisión

En Madrid, a 5 de junio de 2024.

HECHOS

PRIMERO.- Proceso de instancia y resolución judicial recurrida.

I. Obrascón Huarte Laín, S.A. (OHL), D. JFG, D. JNB, D. MGR y D. CCT, interpusieron, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, recurso contra la resolución de la Vicepresidenta Primera y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 8 de noviembre de 2021, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 29 de abril de 2021, recaída en el expediente sancionador 3/2021, por la que se acordó: (1) Imponer a OHL una multa por importe de 250.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 282.2 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2014, de 23 de octubre, por el suministro a la CNMV del Informe Financiero Semestral consolidado correspondiente a los seis primeros meses del ejercicio 2018 (30 de junio de 2018) con datos inexactos o no veraces; (2) Imponer a D. JFG, Vicepresidente 2.º y Consejero Delegado de OHL, y a D. JNB, D. MGR y D. CCT, consejeros miembros de la Comisión de Auditoría de OHL, una multa por importe de 15.000 euros a cada uno de ellos por la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 282.2 TRLMV, por el suministro a la CNMV del Informe Financiero Semestral consolidado correspondiente a los seis primeros meses del ejercicio 2018 (30 de junio de 2018) con datos inexactos o no veraces.

II. Del anterior recurso conoció la Sección Tercera de la citada Sala de la Audiencia Nacional, la cual dictó sentencia de fecha 14 de noviembre de 2023 (recurso n.º 52/2022), por la que se estima el recurso interpuesto por D. JFG y se desestima el recurso interpuesto por los demás recurrentes.

Expone la Sala de instancia que lo que se achaca al Informe semestral que se remitió a la CNMV es que la Sociedad había incluido improcedentemente los proyectos de Evitamiento Chimbote, Puerto Valparaíso, Camino Nogales Puchuncavi y Puerto Industrial Bio-Bio en la cartera de pedidos de la Sociedad, cuando no formaban parte de la cartera, por lo que OHL tenía que haberlos excluido, y que la Sociedad debía haber contabilizado como pérdidas 86,2 millones de euros relacionados con la obra Autopista Río Magdalena en Colombia, ya que la recuperabilidad de los sobrecostes no resultaba "altamente probable" en aplicación de la Norma Internacional de Información Financiera 15 "Ingresos ordinarios procedentes de contratos con clientes" (NIIF 15). A continuación, expone que entre OHL y OHLC existía un Acuerdo Marco de colaboración y una unidad de dirección a través del consejero delegado D. JO, pero que esa situación se extinguió tras la venta el 12 de abril de 2018 por parte de OHL de su filial OHLC, y que pese a que hay un periodo transitorio (12 de abril-28 de junio de 2018) en el que D. JO permanece en OHL y en la enajenada OHLC, sin embargo, concluye que no se aportó ningún elemento que justificara que el referido Acuerdo Marco permanecía vigente tras la venta, de suerte que tras la completa culminación de la operación de venta y la salida de D. JO de la compañía a finales de junio de 2018 las concesiones de OHLC no podían considerarse parte de la cartera de OHL. Añade que si en un principio pudo darse una legítima expectativa, sin la firma de los contratos específicos relativos a los Proyectos no podían incorporarse a la cartera y ser considerados a efectos de la recuperación de costes generados en otras obras (Autopista Río Magdalena), y reitera las consideraciones del Informe de la Dirección General de Mercados y del Informe de Legalidad cuando afirman que los cuatro proyectos no estaban iniciados en su ejecución en 2017 o en 2018 y no tuvieron impacto en el Balance. Respecto a la recuperabilidad de los ajustes de márgenes negativos de la obra Autopista Río Magdalena, la Sala de instancia entiende que la valoración que hace la resolución impugnada

es conforme a derecho y se ajusta a las determinaciones de la NIIF 15, párrafo 56. Por todo ello, concluye que concurren los elementos del tipo infractor establecido en el artículo 282.2 del TRLMV.

A continuación, la Sala de instancia expone los razonamientos para estimar el recurso interpuesto por D. JFG, Vicepresidente 2.º y Consejero Delegado de OHL. Indica que la resolución recurrida reconoce que la responsabilidad en la formulación y presentación de las cuentas corresponde al Consejo de Administración, así como la especial responsabilidad en la que pueden incurrir los consejeros miembros de la Comisión de Auditoría, pero a reglón seguido descarga la responsabilidad que le corresponde al Consejo en su consejero delegado, y considera que los razonamientos de la resolución recurrida desconocen los principios de responsabilidad corporativa y, sobre todo, las normas que disciplinan la materia en el TRMV. Razona que no puede olvidarse que son las personas físicas y entidades que vulneran las normas de disciplina de mercado las responsables con carácter general, lo que sitúa la responsabilidad en el Consejo de Administración, no en el consejero delegado que es designado para ejecutar las funciones que han sido objeto de delegación, y aunque no se detalla en el acuerdo impugnado cuales eran tales funciones, lo cierto es que no se consideraron los principios que emanan de las normas del artículo 271 TRLMV y las funciones delegadas que corresponden al Consejo en el ámbito referente a la presentación de las cuentas anuales o de otros informes preceptivos que exige la Ley. Y concluye que, de acuerdo con dichas normas, la responsabilidad en la infracción de las normas legales en lo atinente a la formulación y presentación de las cuentas del semestre era del Consejo de Administración, y que dichas funciones no eran delegables, de modo que no cabe, so pretexto de la especial responsabilidad que asumía el consejero, imputarle una responsabilidad que era colectiva.

III. Se ha dictado un Voto Particular discrepante con la decisión de estimar el recurso interpuesto por D. JFG.

SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación.

Notificada la sentencia, la representación procesal de OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCT, y el Abogado del Estado, han preparado sendos recursos de casación contra aquella.

I. Escrito de preparación de OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCT.

Denuncia, en primer lugar, la falta de tipicidad de la conducta sancionada. Alega que la determinación de si la información se ha proporcionado o no con datos inexactos o no veraces ha de basarse en las normas internacionales de contabilidad adoptadas por los Reglamentos de la Comisión Europea, tal y como establece el artículo 12.1 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, 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, y que en este caso se trata de la NIIF 15. Alega que el criterio de la Sala de instancia de que los contratos de pedidos incluidos en la cartera de OHL dentro de la información semestral debían haberse sacado una vez que se produjo la venta de OHL es contrario al concepto de contrato manejado por la NIIF 15, que establece una amplitud del concepto de contrato compatible con las disposiciones del derecho español contenidas en el artículo 51 del Código de Comercio y en los artículos 1252 y 1258 del Código Civil, que refieren el nacimiento de los contratos al mero consentimiento entre las partes, considerando los usos y prácticas existentes entre ellas cual quiera que sea la forma que adopten. Añade que no se cuestiona la existencia desde 2009 de un Acuerdo Marco que regulaba las relaciones entre OHL Construcción internacional y OHL Concesiones, y que a su amparo la segunda realizaba encargos a la primera que ya se venían considerando como contratos de la cartera de pedidos de la primera, que ésta incluía como ingresos en sus cuentas, sin perjuicio de su necesaria formalización a efectos del inicio

de las obras, y dicha práctica permitía considerar a dichos encargos como contratos en el marco de las prácticas comerciales habituales de las dos entidades, por lo que, a efectos contables, y al amparo de la NIIF 15, existían cuatro contratos, por lo que la inclusión de los ingresos que debían proceder de ellos en la información semestral a 30 de junio de 2018 era una práctica contable correcta. Añade que, por idénticos motivos, era plenamente razonable que OHL entendiera que la recuperabilidad de los importes pendientes en balance relativas a la obra Autopista Río Magdalena era altamente probable.

Y, en segundo lugar, denuncia la infracción de la jurisprudencia con relación al principio de culpabilidad en la responsabilidad sancionadora de los miembros de la Comisión de Auditoría. Alega que la imposición de una sanción a los miembros de la Comisión de Auditoría supone una infracción del principio de culpabilidad contenido en el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que exige una responsabilidad "a título de dolo o culpa". Alega que no puede suponerse un especial conocimiento en materia contable en todos los miembros de la Comisión de Auditoría, y que tampoco puede considerarse una falta de cuidado o una negligencia por parte de dichos miembros en su papel de supervisión.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso invoca, en primer lugar, la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, y, en segundo lugar, y con invocación de la doctrina Saquetti, el reexamen de una sanción materialmente penal.

II. Escrito de preparación del Abogado del Estado.

Denuncia la infracción del artículo 271 del TRLMV y el artículo 124.1 de dicho texto legal en relación con el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, al excluir la Sala de instancia la responsabilidad del consejero delegado de la sociedad al entender que no es propia del mismo sino del Consejo de Administración. Alega que el criterio de la Sala de instancia resulta contrario a la aplicación del principio de culpabilidad y personalidad de las sanciones que rige en materia sancionadora, ya que si bien la responsabilidad en la elaboración y publicación de la información regulada, en este caso el Informe semestral, recae con carácter general tanto en el emisor como en sus administradores, de acuerdo con el artículo 124.1 TRLMV, resulta que dicha responsabilidad puede verse excepcionada, de conformidad con el artículo 271.3 TRLMV, cuando las infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones similares en la entidad. Añade que el consejero delegado aúna a su condición de Consejero la de primer ejecutivo de la sociedad, responsable, por tanto, de dirigir la actuación del área financiera y contable de la sociedad para que la contabilicen y desglosen adecuadamente las transacciones económicas realizadas y su impacto en los estados financieros. Concluye que no se ha producido un desplazamiento de la responsabilidad que corresponde al Consejo de Administración en la persona del Consejero Delegado, sino que se ha producido una delimitación de la responsabilidad de forma individualizada en cada uno de los consejeros que por razón de su cargo tienen una especial responsabilidad en todo lo que se refiera a la concreta realización de las tareas de contabilidad y auditoría desarrolladas por la sociedad, esenciales de cara a la exactitud y veracidad de la información que ha de facilitar y le es exigible a la sociedad.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso invoca los supuestos previstos en el artículo 88.2.a), así como las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88 LJCA, sin que sea obstáculo para la admisión del recurso el hecho de que los preceptos del TRLMV que se consignan como infringidos hayan sido objeto de derogación, pues las normas que los sustituyen presentan, sustancialmente, igual redacción y contenido.

TERCERO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala de instancia, en sendos autos de 10 y 17 de enero de 2024, tuvo por preparados los recursos de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a esta Sala de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala, en concepto de partes recurrentes, el Abogado del Estado, y OHL, D. JFG, D. CCT, D. MGR y D. JNB, representados por el procurador D. GMG; y, en concepto de parte recurrida, el Abogado del Estado y D. JFG, representado por el procurador D. GMG, quien se opone a la admisión del recurso de casación preparado por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación.

Los escritos de preparación cumplen, desde el punto de vista formal y *a priori*, con las exigencias del artículo 89 LJCA, por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad de los recursos desde esta perspectiva.

SEGUNDO.- Cuestiones litigiosas y marco jurídico.

OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCT consideran que no concurren los elementos del tipo infractor establecido en el artículo 282.2 del TRLMV, y ello atendiendo a la NIIF 15, y que la imposición de una sanción a los miembros de la Comisión de Auditoría supone una infracción del principio de culpabilidad contenido en el artículo 28.1 de la Ley 40/2015.

Por su parte, el Abogado del Estado considera que no se ha producido un desplazamiento de la responsabilidad que corresponde al Consejo de Administración en la persona del consejero delegado, sino que se ha producido una delimitación de la responsabilidad de forma individualizada en cada uno de los consejeros que por razón de su cargo tienen una especial responsabilidad en todo lo que se refiera a la concreta realización de las tareas de contabilidad y auditoría desarrolladas por la sociedad.

TERCERO.- Verificación de la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso.

La Sección considera que las partes recurrentes han realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo invocado en los escritos de preparación del recurso.

Así, invocan ambas partes recurrentes en casación, junto a otros supuestos, la concurrencia de la presunción de interés casacional objetivo contemplada en el 88.3.d) LJCA, que evidentemente concurre pues se trata de un acto de una autoridad reguladora (CNMV) cuyo enjuiciamiento corresponde en única instancia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, y esta Sección de Admisión no aprecia que las cuestiones planteadas carezcan manifiestamente de interés casacional.

Además, la representación procesal de OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCT ha solicitado el reexamen judicial, en sede casacional, de la sentencia recurrida, pronunciada en única instancia, que vino a ratificar su culpabilidad en la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 282.2 TRLMV, invocando, a continuación, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el TEDH (asuntos Engel y Saquetti), y de conformidad con lo establecido por el Tribunal Supremo [habiéndose pronunciado al respecto las SSTs del Pleno de la Sala Tercera de 25 de noviembre de 2021, RC n.º 8156/2020 y n.º 8158/2020 y de 20 de diciembre de 2021, RC n.º 8159/2020 - todas ellas expresamente citadas por la parte recurrente-]. En este aspecto, la Sección considera que, a los efectos de este trámite de admisión, la parte recurrente ha argumentado de forma suficiente sobre la naturaleza penal de las infracciones que han sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede admitir los recursos de casación preparados por OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCA y por el Abogado del Estado.

CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas objeto de interpretación.

Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación, y, a tal efecto, precisamos que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten:

(i) En determinar si infringe o no lo dispuesto por el artículo 282.2 del Real Decreto Legislativo 4/2014, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (actual artículo 282.2 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión), la inclusión en el Informe Financiero Semestral consolidado correspondiente a los seis primeros meses del ejercicio 2018 (30 de junio de 2018), suministrado a la CNMV, de los proyectos de Evitamiento Chimbote, Puerto Valparaíso, Camino Nogales Puchuncavi y Puerto Industrial Bio-Bio en la cartera de pedidos de la Sociedad.

(ii) En caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuera afirmativa: **a)** Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial -por todas, STS de 8 de octubre de 2020 (RCA 2981/2019)- en relación con la responsabilidad de los miembros de la comisión de auditoría de una sociedad cotizada por la inexactitud o falta de veracidad de la información financiera regulada, y **b)** determinar si cabe o no la imputación de responsabilidad al Consejero Delegado de una sociedad por infracciones de la normativa sobre información regulada cuya formulación corresponde al Consejo de Administración de la sociedad, con carácter diferenciado y excluyente de la responsabilidad de dicho Consejo de Administración.

Serán objeto de interpretación, en principio, los artículos 124.1, 271 y 282.2 del Real Decreto Legislativo 4/2014, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (actuales artículos 104.1, 268 y 282.2 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión), la Norma Internacional de Información Financiera 15 "Ingresos ordinarios procedentes de contratos con clientes", y el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

QUINTO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del poder judicial, en la sección correspondiente al Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

SEXTO.- Comunicación y remisión.

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 184/2024 preparado por la representación procesal de OHL, D. JNB, D. MGR y D. CCT, y por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2023, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 52/2022.

2.º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten:

(i) En determinar si infringe o no lo dispuesto por el artículo 282.2 del Real Decreto Legislativo 4/2014, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (actual artículo 282.2 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión), la inclusión en el Informe Financiero Semestral consolidado correspondiente a los seis primeros meses del ejercicio 2018 (30 de junio de 2018), suministrado a la CNMV, de los proyectos de Evitamiento Chimbote, Puerto Valparaíso, Camino Nogales Puchuncavi y Puerto Industrial Bio-Bio en la cartera de pedidos de la Sociedad.

(ii) En caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuera afirmativa: **a)** Reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial -por todas, STS de 8 de octubre de 2020 (RCA 2981/2019)-, en relación con la responsabilidad de los miembros de la comisión de auditoría de una sociedad cotizada por la inexactitud o falta de veracidad de la información financiera regulada, y **b)** determinar si cabe o no la imputación de responsabilidad al Consejero Delegado de una sociedad por infracciones de la normativa sobre información regulada cuya formulación corresponde al Consejo de Administración de la sociedad, con carácter diferenciado y excluyente de la responsabilidad de dicho Consejo de Administración.

3.º) Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 124.1, 271 y 282.2 del Real Decreto Legislativo 4/2014, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (actuales artículos 104.1, 268 y 282.2 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión), la Norma Internacional de Información Financiera 15 "Ingresos ordinarios procedentes de contratos con clientes", y el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan y firman.