

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 1643/2021
Ponente: Don José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 27 de mayo de 2021
Fallo: Desestimatoria

Madrid, a veinticinco de noviembre 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 1643/2021, se tramita a instancia de don JVD representado por la Procuradora doña SCM contra la resolución de 27 de mayo de 2021 del Consejo de la CNMV, por la que se acuerda imponer al recurrente 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, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y es la Resolución de fecha 27 de mayo de 2021.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda y fijada la cuantía por diligencia de ordenación de fecha 16 de diciembre de 2021 en 20.000 €.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por resolución de fecha 28 de abril de 2022 se día traslado de los escritos de alegaciones de hecho nuevo presentados por la procuradora de la recurrente, con el resultado obrante en autos, quedando los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 18 de octubre de 2022. Por resolución de fecha 9 de septiembre de 2022 se pospuso el señalamiento para el día 25 de octubre de 2.022 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- 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. José Félix Méndez Canseco.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 27 de mayo de 2021 por la que se acuerda imponer a don JVD una multa de 20.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, que en adelante denominaremos TRLMV).

El hecho por el que se sanciona es por el incumplimiento de la obligación de información previsto en el artículo 118 de TRLMV consistente en la no remisión a la CNMV y difusión pública en plazo,

del informe financiero anual individual y consolidado de Abengoa de 2019. El plazo finalizaba el 30 de junio de 2020.

La CNMV califica el incumplimiento de esa obligación de transparencia e integridad del mercado como infracción muy grave del artículo 282.2 TRLMV que tipifica como tal el incumplimiento de la obligación de remisión de la información regulada 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.

La resolución recurrida sanciona a todos los miembros del Consejo de Administración de Abengoa (Presidente y 6 Consejeros) en la fecha en que finalizó el plazo para remitir el Informe Financiero Anual correspondiente a 2019 (30 de junio de 2020). Acuerda imponer una multa a cada uno de ellos de 20.000 euros, aplicándose una reducción del 20% por pago voluntario y renuncia a interponer recurso administrativo y por tanto su importe efectivo ha sido de 16.000 euros.

Esta resolución única de la CNMV 27 de mayo de 2021 ha sido recurrida por todos los miembros del Consejo de Administración ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de forma individual turnándose a la sección tercera. El Presidente ejecutivo don GUF (recurso 1633/2021), el consejero coordinador don MCA (1647/2021), y el resto de los consejeros don JVD (recurso 1643/2021), don JWL (1645/2021), don RSJ (1650/2021), doña PCM (1648/2021) y don JPC (1646/2021). Todos estos recursos fueron deliberados el 25 de octubre de 2022.

La CNMV acordó también incoar expediente sancionador por los mismos hechos a la sociedad Abengoa SA, con una propuesta de sanción de 100.000 euros. El administrador concursal de Abengoa Ernst& Young designado el 26 de marzo de 2021 por la sección tercera del Tribunal de Instancia mercantil de Sevilla presentó escrito ante la CNMV el 22 de abril de 2021 en el que manifestaba que no podía acogerse a la opción de pago voluntario inmediato dado que el crédito derivado de la eventual sanción tendría la consideración de crédito concursal, solicitando continúe el expediente sancionador. Se desconoce en el momento de dictar esta sentencia si se ha dictado resolución definitiva por la CNMV.

En este recurso se recurre la sanción impuesta a don JVD nombrado consejero el 22 de noviembre de 2016 y cesado el 17 de noviembre de 2020 (en Junta General Extraordinaria de 17 de noviembre de 2020 se acordó el cese de la totalidad de los miembros de Consejo).

SEGUNDO: La parte actora no centra el debate en el hecho la no remisión en plazo de la Información Financiera Anual correspondiente al ejercicio 2019 por parte de ABENGOA, SA afirmando que es un hecho objetivo y perfectamente constatable.

Tampoco cuestiona los preceptos que se citan en la resolución recurrida en los que se contiene la obligación de remitir en plazo y forma el Informe Financiero Anual (artículo 118 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 (en adelante LVM) y la necesidad de que conste o se haga público a través del correspondiente modelo y registro en la sede electrónica de la CNMV (artículos 122 y 238 LVM), ni a la existencia de un tipo infractor para el incumplimiento de esa obligación (artículos 282 y 292 LVM).

Lo que quiere someter a debate de la Sala es si las circunstancias concurrentes en el momento de materializarse el mencionado retraso, las actuaciones mitigadoras adoptadas por los sancionados, y los intereses o bienes jurídicos puestos en la balanza en el momento de no cumplir en plazo con esa obligación, permiten excluir o modular el reproche administrativo de la CNMV. Los argumentos en que se ampara para solicitar una exclusión de la sanción o subsidiariamente su modulación son los siguientes:

1. Infracción del principio de tipicidad (ausencia de antijuricidad material).
2. Alternativamente la no posibilidad de sancionar ante la concurrencia de una circunstancia eximente de responsabilidad (estado de necesidad) en la medida en que no concurre el elemento subjetivo (dolo o culpa) al haberse actuado con diligencia adecuada para evitar la lesión de un bien jurídico superior.
3. Infracción del principio de proporcionalidad, debiendo operar de no estimarse la eximente completa una atenuante muy cualificada o eximente incompleta con la consiguiente rebaja en grado o grados de la sanción.

TERCERO.- Con carácter previo a pronunciarse sobre estas alegaciones procede recoger de modo resumido cual fue la información que fue facilitada por la sociedad al mercado en las comunicaciones de 19 de mayo de 2020 y 1 de julio de 2020 y posteriores hasta el cese del Consejo de Administración de 17 de noviembre de 2020.

19 de mayo de 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.

30 de junio de 2020

Abengoa comunica como IP (información privilegiada) 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.

1 de julio de 2020

Abengoa comunica como IP que 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.

14 de julio de 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.

14 de julio de 2020

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.

El 27.7.2020 Abengoa informa como IP que el Consejo pospone la decisión hasta el 31.7.2020, fecha en la que esperaban firmar el acuerdo de reestructuración.

El 31.7.2020,

Abengoa 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.

El 4.8.2020,

Abengoa informan vía IP de que era necesario un periodo de tiempo adicional para poder firmar el acuerdo de reestructuración no más tarde del 6.8.2020.

6 de agosto de 2020

Abengoa informa como IP la firma del acuerdo de reestructuración y el inicio de periodo de adhesiones. Incluyen una presentación sobre los principales términos de la operación, indicando 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.

18 agosto de 2020

Abengoa informa como IP respecto a la sociedad individual Abengoa SA que ha decidido presentar la solicitud del artículo 5 bis de la Ley 22/2003 (Ley Concursal) ya que desde el 19 de mayo de 2002 se encuentra en causa de disolución del artículo 363 1 e) de la Ley de sociedades de capital por arrojar un patrimonio neto negativo de 388 millones derivado de la valoración realizada por un experto independiente de la participación que esta sociedad ostenta indirectamente en la sociedad Abengoa Abenewco 1 SAU que es la sociedad cabecera de todos los negocios. Se indica que no afecta a los acuerdos de reestructuración firmados el 6 de agosto de 2020 que se refieren a la financiación del grupo encabezado por Abengoa Abenewco 1 SAU y que se encuentran en fase de adhesiones por los diferentes grupos de acreedores.

30 de septiembre de 2020

Abengoa informa como OIR que queda pendiente para proceder al cierre del acuerdo, el apoyo financiero de la Junta de Andalucía por 20 millones de euros, habiéndose extendido el plazo hasta el 15 de octubre.

18 agosto de 2020

Abengoa informa como IP respecto a la sociedad individual Abengoa SA que ha decidido presentar la solicitud del artículo 5 bis de la Ley 22/2003 (Ley Concursal) ya que desde el 19 de mayo de 2002 se encuentra en causa de disolución del artículo 363 1 e) de la Ley de sociedades de capital por arrojar un patrimonio neto negativo de 388 millones derivado de la valoración realizada por un experto independiente de la participación que esta sociedad ostenta indirectamente en la sociedad Abengoa Abenewco 1 SAU que es la sociedad cabecera de todos los negocios. Se indica que no afecta a los acuerdos de reestructuración firmados el 6 de agosto de 2020 que se refieren a la financiación del grupo encabezado por Abengoa Abenewco 1 SAU y que se encuentran en fase de adhesiones por los diferentes grupos de acreedores.

30 de septiembre de 2020

Abengoa informa como OIR que queda pendiente para proceder al cierre del acuerdo el apoyo financiero de la Junta de Andalucía por 20 millones de euros, habiéndose extendido el plazo hasta el 15 de octubre.

15 de octubre de 2020

Abengoa informa como OIR que el plazo se extiende hasta el 23 de octubre de 2020.

3 de noviembre de 2020

Abengoa informa como IP del retraso para el cierre de la operación de reestructuración dado que Abengoa Abenewco 1, S.A. no tiene confirmación alguna por parte de la Junta de Andalucía de que vaya a aportar el compromiso de apoyo financiero necesario para el cierre de la operación, sin que sea posible el cierre en ausencia de dicho compromiso. Se fija como fecha máxima el 6 de noviembre de 2020.

6 de noviembre de 2020

Abengoa informa como OIR que el plazo se extiende hasta el 12 de noviembre de 2020 para que la Junta de Andalucía aporte apoyo financiero de 20 millones de euros, única condición que no depende del grupo y que está aún pendiente a día de hoy.

12 de noviembre de 2020

Abengoa informa como OIR que el plazo se extiende hasta el 17 de noviembre de 2020 única condición que no depende del grupo y que está aún pendiente a día de hoy. se ha procedido a extender de nuevo dicho plazo, así como el plazo para el cierre de la operación hasta el 17 de noviembre de 2020 con el objetivo de dar un periodo de tiempo adicional para que la Junta de Andalucía pueda aportar el compromiso de apoyo financiero antes referido, única condición que no depende del grupo y que está aún pendiente a día de hoy

17 de noviembre de 2020

La Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 17 de noviembre de 2020 acuerda el cese del Consejo de Administración. el Consejo de Administración de Abengoa ha quedado vacante de forma temporal hasta la próxima Junta General convocada para su celebración el próximo 21 o 22 de diciembre.

CUARTO.- Infracción del principio de tipicidad (ausencia de antijuricidad material).

Considera la parte recurrente que se infringe el principio de tipicidad dado que si bien se ha incumplido formalmente el artículo 118 del TRLMV porque no se ha remitido en plazo el informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2019 y por tanto existe una antijuricidad formal, no existe una antijuricidad material dado que no concurre un daño del bien jurídico que se quiere proteger ya que no existe una lesión o puesta en peligro potencial y suficiente de la transparencia del mercado, la libre formación de precios y la protección de los inversores.

Argumenta que los miembros del Consejo de Administración de ABENGOA al menos materialmente ofrecieron al mercado y los posibles interesados información suficiente, idónea y actualizada de la situación en que se encontraba la sociedad y en particular sobre su situación económico-financiera, así mismo informaron de las distintas medidas y concretas actuaciones adoptadas para mantener la viabilidad del grupo. En concreto señala que:

- El mercado estuvo informado de los datos de cierre de 2019 y de las razones del retraso a través de las comunicaciones de 19 de mayo de 2020 y 1 de julio de 2020 y el resultado final de las cuentas finalmente formuladas y auditadas no alteran los datos de cierre de 2019 publicados por la entidad en mayo de 2020, ni tampoco el principio bajo el cual se informó al mercado.

- La sustitución de información financiera en un formato por información en otro no debe reputarse como un acto negligente con ánimo de ocultación o falta de transparencia sino como un incumplimiento alternativo ante la imposibilidad dados los hechos y circunstancias concurrentes de dar cumplimiento a la norma de transparencia.

- El razonamiento expuesto y actuar de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad se ve reforzado por el actuar del propio legislador, para el que la transparencia informativa pasó, frente a la protección de la salud, solvencia y continuidad de negocio, a un plano secundario, flexibilizando, de forma significativa, los plazos de formulación de la información financiera anual (para las sociedades cotizadas ampliándolos hasta 30 de junio de 2020).

Estas alegaciones no pueden prosperar por lo siguiente:

1. Es cierto que en segundo informe financiero semestral del ejercicio 2019 y en comunicaciones de OIR e IP de 20 de mayo de 2019 se pone de manifiesto por Abengoa la delicada situación del Grupo. Así se hace referencia a que el patrimonio neto consolidado negativo es 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. Asimismo, se indica que, de acuerdo con la legislación española, esto pondría a Abengoa S.A. en una causa obligatoria de disolución a menos que el capital social se ajustara en la medida suficiente dentro de los plazos previstos por la Ley.

Ahora bien, no se puede considerar que el segundo informe financiero semestral sea equivalente al informe financiero anual. El segundo informe financiero semestral comprende conforme al artículo 119.3 TRLMV las cuentas anuales resumidas, un informe de gestión intermedio y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido. En cambio, el informe financiero anual comprende conforme al artículo 118.3 TRLMV, 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 (TRLSC). Es decir, el informe financiero anual que se publica exige la intervención del auditor que conforme al artículo 268 del TRLSC comprobará si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. Por tanto, el segundo informe financiero semestral no está auditado y en cambio el informe

financiero anual debe estar auditado para dar cumplimiento a la obligación prevista en el artículo 118.2 TRLMV. La intervención del auditor es esencial ya que es un tercero con cualificación técnica que debe comprobar si las cuentas ofrecen la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la empresa.

2. Efectivamente el resultado final de las cuentas finalmente formuladas y auditadas no alteran los datos de cierre de 2019 publicados por la entidad en mayo de 2020, ni tampoco el principio bajo el cual se informó al mercado de empresa en funcionamiento. Ahora bien, omite el recurrente indicar que las cuentas anuales de 2019 que fueron formuladas por el Consejo de Administración el 10 de febrero de 2021 fueron reformuladas por la Administración concursal el 27 de agosto de 2021, después de que 1) el acuerdo de reestructuración de 6 de agosto de 2020 quedara automáticamente resuelto el 22 de febrero de 2021 al no encontrar alternativa ante la no aportación de 20 millones de euros por la Junta de Andalucía. 2) Abengoa SA presentará solicitud de concurso voluntario de acreedores el 22 de febrero de 2021 y 3) se nombrará el 26 de marzo de 2021 como administrador concursal a Ernst& Young. Por tanto, las circunstancias no son las mismas. Además lo más relevante era saber si con esos datos de cierre procedía aplicar o no el principio de empresa en funcionamiento y el informe de auditoría de PwC de 29 de agosto de 2021 para valorar si procedía aplicar el principio de empresa en funcionamiento tuvo en cuenta hechos posteriores ocurridos entre la fecha de cierre del ejercicio 2019 y la fecha de ese informe de auditoría conforme a la NIA-ES 560 que eran distintos de los existentes en mayo de 2020 y en concreto que a la fecha de formulación de las cuentas anuales de 2019 (27 de agosto de 2021) ha recibido una oferta vinculante de un inversor para Abengoa Abenewco 1 SA, sociedad cabecera de los negocios operativos, sujeta al cumplimiento de varias condiciones, entre ellas las ayudas con cargo al FASE (Fondo de Apoyo a la Solvencia de empresas estratégicas). Por otra parte, los datos de cierre de 2019 publicados en mayo de 2020 no estaban auditados, a diferencia de los datos contenidos en las cuentas anuales de 27 de agosto de 2021 auditados por PwC el 29 de agosto de 2021.

3. Basta ver para acreditar que se ha producido una lesión no solo a la transparencia del mercado sino a la protección de los inversores, el hecho que la CNMV decidió suspender cautelarmente la cotización de Abengoa el 14 de julio de 2014, es decir 14 días después de la finalización del plazo para presentar el informe financiero anual. El 14 de julio es la fecha límite que se había marcado ABENGOA en su comunicación de 1 de julio de 2020 para que, si no se hubieran concretado con grado suficiente de probabilidad las medidas para solventar el desequilibrio patrimonial, tomar la decisión que procediera. En esa fecha de 14 de julio de 2020 (en que la cotización se había disparado un 60% después de haber descendido un 9% tras la comunicación de 20 de mayo de 2020) ABENGOA no cumplió lo que dijo, sino comunicó que retrasaba la decisión definitiva al 27 de julio, después el 27 de julio que lo retrasaba al 31 de julio de 2020, el 31 de julio de 2020 al 4 de agosto de 2020 y finalmente anuncia la firma del acuerdo de reestructuración el 6 de agosto de 2020. En esa fecha tampoco se presenta el informe anual. El 18 de agosto de 2020 comunica que ha efectuado la comunicación del artículo 5 bis de ley concursal Sociedad, para poder disponer de un mayor plazo (3 meses más) para continuar y poder culminar las negociaciones con los acreedores de la sociedad individual Abengoa, S.A. Ante el hecho de que siguen sin formularse las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019 y por tanto no han sido auditadas la CNMV comunica el 25 de agosto que siguen existiendo circunstancias que impiden el normal desarrollo de las operaciones sobre el valor, dado el nivel de información.

4. El propio recurrente reconoce que cumplir con la obligación de formular, auditar y difundir la información financiera correspondiente al ejercicio 2019 solo era posible llevarlo a cabo aplicando el principio contable de empresa en liquidación, pero que optó por anteponer el interés social, la defensa de los accionistas, proveedores, acreedores y trabajadores esto es intentar salvar al grupo y apostar por la viabilidad al cumplimiento de la obligación de transparencia.

Hay que tener que el 20 de mayo de 2020 la dirección y administración de la compañía vista la situación de desequilibrio patrimonial de la empresa acuerda un Plan de Negocio Actualizado (el tercero tras dos reestructuraciones). Ese Plan entre otras medidas consistía en una solicitud de €250 millones en nueva financiación de entidades financieras por un plazo de 5 años, respaldadas por garantía proporcionada por el ICO como parte de las medidas anunciadas por el Gobierno español.

El propio recurrente señala que para ser beneficiario de esos avales del ICO la normativa estatal y comunitaria para gestionar las ayudas en la pandemia sólo excluye los apoyos si la empresa estaba en crisis (entendida como inviabilidad o insolvencia) a 31 de diciembre de 2019, es decir antes del impacto COVID 19, pero a sensu contrario prevé que accedan a esos apoyos empresas en dificultades que necesiten fortalecer su solvencia o liquidez por efecto del COVID 19. Así, y para poder resultar beneficiario de los avales ICO, ABENGOA, S.A. debía cumplir con el requisito de elegibilidad consistente en no encontrarse en situación de crisis a 31 de diciembre de 2019, considerándose empresa en crisis “cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores”, según lo dispuesto en el artículo 2 (18) del Reglamento de la Comisión n.º 651/2014, de 17 de junio por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en relación con lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En este sentido indica en el escrito de demanda (folio 7):

“el Consejo de Administración se vio necesariamente abocado a tomar una elección y discriminar entre dos bienes jurídicos o intereses (i) cumplir la obligación de formular, auditar y difundir la información financiera correspondiente al ejercicio 2019, aun cuando la misma dependía en cuanto a su corrección y fiabilidad, y especialmente en cuanto al principio contable de aplicación, de un hecho incierto como era el éxito del Plan de Viabilidad Actualizado con grandes incógnitas en su desenlace. Este itinerario u opción solo era posible llevarlo a cabo en dicho momento aplicando el principio contable de empresa en liquidación, lo que suponía perder con alta probabilidad la elegibilidad como beneficiario de apoyos públicos, y con ello una de las últimas opciones de viabilidad del grupo; o (ii) 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”.

Estas palabras suponen reconocer que ha habido un incumplimiento de la obligación de la transparencia para centrar el debate en si incumplido ese deber existía una causa de justificación, que es una cuestión distinta y que se analiza en el siguiente fundamento de esta sentencia.

QUINTO.- Concurrencia de un estado de necesidad.

Plantea como alternativa la no posibilidad de sancionar ante la concurrencia de una circunstancia eximente de responsabilidad (estado de necesidad) al concurrir los requisitos recogidos en el artículo 20.5 del Código Penal.

El artículo 20.5 del Código Penal establece que estarán exentos de responsabilidad criminal

“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”.

Considera que concurren estos requisitos por lo siguiente:

1. Lesión de un bien jurídico.

Lesión de la transparencia de los mercados (bien jurídico) derivada de la correspondiente infracción del deber (tratado de minimizar su impacto hasta un punto formal con toda la batería de comunicaciones constantes al mercado (52 comunicaciones públicas en 12 meses) y especialmente con la difusión de información relativa al cierre de 2019 el día 19 de mayo de 2020, y con la información sobre las razones del retraso el día 1 de julio de 2020, que no eran otras que defender la aplicación del principio de empresa en funcionamiento que con el tiempo se ha mostrado como correcto y aplicable) de publicar en el plazo legalmente establecido la información financiera anual correspondiente al ejercicio 2019.

2. Que el mal causado (la lesión de la transparencia en los términos indicados) no sea superior al que se pretende evitar: la definitiva inviabilidad de una empresa estratégica con el especial impacto (p.ej. social y económico), y los efectos y perjuicios (directos, indirectos o inducidos) irreparables para múltiples grupos de interés (p.ej. trabajadores, proveedores, clientes, acreedores y accionistas) asociadas a dicha inviabilidad.

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 hubiera determinado con alta probabilidad la exclusión de ABENGOA, S.A. 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. La valoración superior del salvamento de la sociedad por encima de la transparencia de los mercados resulta igualmente corroborada con el comportamiento (absolutamente legítimo y razonable) de quienes les han sucedido en la gestión social (entre ellos el administrador concursal) que adoptaron idéntica posición y no han regularizado (parcialmente) hasta 9 meses después de la salida de la parte recurrente, siendo relevante que uno de los sucesores no es otro que un administrador concursal que ha instado y obtenido prórrogas para cumplir la misma obligación en el ejercicio posterior. Hace referencia a que el Juzgado de lo Mercantil autorizó por auto de 25 de marzo de 2022 la prórroga del plazo para el cumplimiento de la obligación de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2021, hasta los 3 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. Entiende que la misma previsión se aplicaría con respecto al año 2019 ya que en ambos supuestos la situación de incertidumbre resulta de la dependencia de la obtención de apoyos públicos puestos en marcha para mitigar los efectos del COVID 19: i) en los años 2019-2020 líneas de avales y apoyos directos del ICO/CESCE; ii) y en los años 2021-2022 apoyos financieros del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (FASEE) gestionado por el Consejo Gestor de SEPI”. Por tanto, no se debía haber sancionado dada la similitud de supuestos.

3. Existencia de una causa objetiva de estado de necesidad/ausencia de intencionalidad respecto del origen de estado de necesidad. La situación del COVID19 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.

No se comparten estos argumentos:

1. No se puede considerar el COVID como una causa objetiva de estado de necesidad que justificaba la demora en la publicación del informe financiero anual más allá del plazo fijado por el Gobierno. Esa circunstancia era de común incidencia para todas las cotizadas y se valoró en cuanto al cumplimiento de la obligación de publicar y remitir el informe financiero anual en el 41 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ampliando el plazo 3 meses del 30 de marzo al 30 de junio de 2020.

2. La intención clara del Consejo de Administración era no formular las cuentas hasta que pudiera hacerse bajo el principio de empresa en funcionamiento. Afirmar en este contexto que existía un estado de necesidad involuntario no encaja ya que la incertidumbre no es un impedimento para que el Consejo de Administración formule los estados financieros y valore el impacto de esa situación sobre la actividad de la empresa. El informe razonado de 11 de enero de 2021 de la Dirección General de Mercados señala que la propia normativa contable establece (NIC 1 párrafo 25 y 26 y apartado 2.3 del contenido de la Memoria anual establecido en el Plan general de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre las pautas para realizar la valoración de las incertidumbres. De hecho, la compañía con ese mismo consejo de Administración, en fechas próximas a la fijada como límite para presentar las cuentas anuales (30 de junio de 2020) tanto en el informe periódico del segundo semestre enviado el 19 de mayo de 2020 como en el informe periódico del 1º trimestre de 2020 enviada el 7 de agosto de 2020 fue capaz de realizar esa valoración y aprobó esos estados financieros bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento.

3. La valoración superior del salvamento de la sociedad por encima de la transparencia de los mercados (mediante la formulación y publicación de las cuentas anuales) no resulta corroborada con el comportamiento del siguiente consejo de Administración nombrado tras el cese de los recurrentes el 17 de noviembre de 2020. El siguiente Consejo de Administración comenzó a desempeñar sus funciones de administración el 22 de diciembre de 2020, procediendo a formular las cuentas anuales el 10 de febrero de 2021 y publicarlas como otra información relevante el 12 de febrero de 2021. En esa fecha existía la misma incertidumbre que la que tenía el anterior Consejo desde el 30 de septiembre de 2020 respecto al apoyo financiero de 20 millones de euros de la Junta de Andalucía que era la única condición pendiente para el cierre del acuerdo de reestructuración de 6 de agosto de 2020 (así se indicaba en la OIR de 30 de septiembre, 3, 6 y 17 de noviembre de 2020).

Esa incertidumbre de apoyo financiero público no impidió al nuevo Consejo formular las cuentas y ello como se pone de relieve en las cuentas anuales pese al escaso periodo de tiempo que tuvieron para tomar conocimiento de la empresa ya que los dos miembros del Consejo encargados de formularlas no habían desempeñado cargo alguno de administración ni otro cargo o función en la sociedad o en su grupo de sociedades durante el ejercicio social 2019, y 2020 (salvo los 9 días antes de la conclusión de 2020).

Esa incertidumbre sobre un apoyo público determinante para la viabilidad del acuerdo tampoco impidió que una vez que el 22 de febrero de 2021 se declara resuelto el acuerdo de reestructuración de 6 de agosto de 2020 al no obtenerse más prorrogas a la espera del apoyo financiero de la Junta de Andalucía y se declara en concurso la sociedad, el administrador concursal Ernst & Young, suspendidas las facultades de administración y suspensión de Abengoa por auto de 6 de julio de 2021, procedió el 27 de agosto de 2021 a reformular las cuentas anuales de 2019. Esa reformulación de las cuentas se hizo pendiente la resolución de la solicitud de apoyo presentada el 17 de marzo de 2021 ante la SEPI con cargo al Fondo de Apoyo a la Solvencia de las Empresas Estratégicas y con la incertidumbre sobre si se llevase a cabo la nueva operación financiera para salvar el grupo de sociedades del perímetro de Abenewco 1 con la participación de fondo estadounidense TerraMar Capital por 200 millones.

Es decir, en condiciones de incertidumbre similares y pendiente la resolución de la concesión de una ayuda pública tanto el Consejo de Administración en funciones desde el 22 de diciembre de 2021, como posteriormente el administrador concursal decidieron formular las cuentas anuales, a diferencia del Consejo de administración de Abengoa existente a 30 de junio de 2020.

4. En cuanto a la prórroga concedida por el Juzgado de lo Mercantil por auto de 25 de marzo de 2022 al administrador concursal para formular las cuentas anuales de 2021 Efectivamente en ambos casos existe en el momento de formular las cuentas anuales tanto de 2019 como de 2021 una pendencia respecto a la resolución del expediente de solicitud de ayuda a un organismo público que constituye un presupuesto para que lleve a término el acuerdo de reestructuración (en los años 2019-2020 líneas de avales y apoyos directos del ICO/CESCE; y en los años 2021-2022 apoyos financieros del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas (FASEE) gestionado por la SEPI y la norma internacional de auditoría NIA-ES 560 establece la necesidad de considerar eventos que afecten a los estados financieros con posterioridad a la fecha de cierre y antes de la fecha de publicación de los mismos. Ahora bien, no se considera que el hecho de que el Juzgado de lo Mercantil haya decidido conceder una prórroga para cumplir la obligación de formular las cuentas anuales del ejercicio 2021, estando pendiente de resolver la ayuda a la SEPI determine que se deba anular la sanción impuesta por la CNMV por no cumplir a 30 de junio de 2020 la obligación de publicar las cuentas anuales del ejercicio 2019 estando pendiente de resolver la solicitud de ayuda al ICO y ello por lo siguiente:

4.1 En relación a la publicación de las cuentas anuales de 2019 hubo dos requerimientos de la CNMV a ABENGOA solicitando se presentaran las cuentas para su publicación y pese a ello no se presentaron. No consta en el expediente que Abengoa solicitara a la CNMV una prórroga del plazo, sino que lo que consta es que el 30 de junio de 2020, el último día del plazo, comunica que no ha cumplido la obligación. Aquí en cambio el administrador concursal no actúa por iniciativa propia, sino que solicita al Juzgado esa prórroga con antelación suficiente (17 de febrero de 2022).

4.2 Cuando el Juzgado de lo Mercantil dicta el auto de 25 de marzo de 2022, ya se habían formulado por el mismo administrador concursal (Ernst Young) las cuentas anuales ejercicio 2019 y 2020. Respecto a las cuentas anuales de 2019 si bien las mismas habían sido formuladas por el Consejo de Administración con fecha de 10 de febrero de 2021, fueron reformuladas por la Administración Concursal y el auditor de cuentas de la sociedad emitió el 29 de agosto de 2021 su informe de auditoría con opinión favorable y un párrafo de incertidumbre material relacionada con la empresa en funcionamiento. Por tanto, los organismos públicos que debían valorar la concesión de las ayudas, accionistas e inversores tenían datos auditados y publicados para valorar la empresa a diciembre de 2019 y tomar las correspondientes decisiones.

4.3 Cuando se dicta el auto autorizando la prórroga, están bajo cobertura judicial todos los posibles intereses de terceros que se relacionan o puedan relacionarse con el concurso ya que quedan bajo el ámbito de la administración concursal con la supervisión del juez las facultades de administración y disposición de la concursada sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, así como la asunción, modificación o extinción de las obligaciones de carácter patrimonial relacionadas con esos bienes o derechos.

4.4 Cuando se dicta el auto autorizando la prórroga respecto a las cuentas anuales de 2021, la cotización de acciones de la concursada estaba suspendida, en cambio en el momento que finaliza el plazo para presentar las cuentas anuales de 2019 (30 de junio de 2020), la cotización no estaba suspendida, siendo precisamente la falta de remisión de las cuentas anuales uno de los motivos por los que se procedió a suspender la misma el 14 de julio de 2020, previo dos requerimientos.

SEXTO.- En cuanto a la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad supone individualizar la sanción concreta que se impone adaptándola a la gravedad del hecho, tomando en consideración las circunstancias concurrentes.

El artículo 306 del TRLMV establece que en el caso de que se cometa una infracción muy grave por una persona jurídica se puede imponer a los que ejerzan un cargo de administración una de las siguientes: una sanción de multa de hasta 400.000 euros, suspensión en el ejercicio de cargo de administración en la entidad durante el plazo de 3 años, inhabilitación para ejercicio de cargos de administración en esa entidad durante 5 años o en cualquier entidad por 10 años o de modo permanente o amonestación pública.

La CNMV considera que entre las sanciones previstas en el artículo 310 TRLMV procede la de la multa por importe de hasta 400.000 euros, puesto que el resto de sanciones están previstos para supuestos de especial gravedad que aquí no se aprecia o a supuestos de distinta naturaleza. Para graduar la sanción e imponer una multa a cada Consejero de 20.000 euros razona lo siguiente:

“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. Las sanciones fijadas cuentan con relevancia suficiente para dar cumplimiento a los principios de prevención especial y de retribución que debe tener toda sanción por el incumplimiento de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores”.

Considera el recurrente que la multa de 20.000 de euros resulta contraria al principio de proporcionalidad por cuanto la CNMV, al realizar el realizar el juicio de ponderación no ha tenido en debida consideración ninguna circunstancia atenuante de la responsabilidad, sin que pueda compartirse que una circunstancia excepcional, como la que concurría sobre ABENGOA, S.A. y los miembros del Consejo de Administración al momento al que se refieren los hechos a los que hace referencia el presente procedimiento, no tenga ninguna consideración al menos en forma de atenuar el reproche administrativo, máxime cuando la actuación se produjo en el marco de un entorno: 1) tendente a flexibilizar, jurídicamente, el cumplimiento de las obligaciones mercantiles 2) en el que la toma de decisiones se asociada a consecuencias de carácter irreversibles y fatales (la desaparición de una entidad como ABENGOA 3) en el que se han adoptado medidas de mitigación del impacto en los mercados financieros en los que la cotización del valor de la Sociedad se haya suspendida. 4) en el que más de tres Consejos de Administración y un administrador concursal han concluido en la misma valoración que mi representado. 5) en el que la conducta sancionada no ha producido o buscado ningún beneficio propio, sino que ha sido una lucha sin descanso para proteger a 14.000 familias.

Solicita por ello 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 la LMV en proporción mínima, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.1. 2ª del Código Penal y en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015 (por remisión del artículo 274.1 LMV), conforme la jurisprudencia aplicable (p.ej. a Sentencia de 2 de abril de 2012 del TSJ de Cataluña (502/2012).

Estas alegaciones no pueden ser estimadas.

Es cierto que la CNMV es escueta en su motivación ya que se limita a indicar que no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia prevista en el artículo 310 del TRLMV que aconseje agravar o atemperar el reproche disciplinario.

Ahora bien, el hecho es que tampoco la parte recurrente concreta que circunstancias del artículo 310 TRLMV se deberían haber aplicado teniendo en cuenta las circunstancias que explicita.

Además, difícilmente se puede considerar que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad dado que se le ha impuesto una sanción de multa de 20.000 euros cuando la sanción máxima a imponer era de 400.000 euros y el Tribunal Supremo ha establecido que no cabe apreciar vulneración del principio de proporcionalidad cuando la sanción se imponga en el grado mínimo (STS de 7 de junio de 2018, recurso 681/2016).

La parte lo que realmente solicita, no es que se gradúe la sanción en su límite inferior del grado mínimo, ya que eso ya lo ha hecho la CNMV sino lo que pide es que se rebaje la sanción en uno o dos grados y, se le imponga las sanciones previstas para las infracciones leves o subsidiariamente graves en la LMV en proporción mínima, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015 que establece que:

“Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior”

Sin entrar a analizar que debe entenderse por grado inferior ya que caben dos interpretaciones (sanción en su límite inferior, es decir en su grado mínimo tal como establecía el artículo 4.3 del Reglamento del Procedimiento sancionador, que es la seguida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 18 de enero de 2022 (recurso 94/2021) o se refiere a la sanción prevista para las infracciones inferiores en grado), y reconociendo que la interpretación de este precepto no es unánime en la doctrina, en este caso esta discusión carece de relevancia. En efecto, el importe de la multa por infracción muy grave no tiene un límite mínimo sino sólo un límite máximo y la sanción que se ha impuesto es inferior al límite máximo de la multa por las infracciones graves a quienes ejerzan cargos de administración (hasta 250.000 euros, artículo 307 TRLMV), e incluso leves (hasta 30.000 euros, artículo 305 TRLMV). Además, es cuestionable que se pueda considerar sanción en el grado inferior la prevista para las infracciones leves dado que el artículo 307 y 308 TRLMV sólo establecen como sanción complementaria a imponer a los que ejercen cargos de administración por infracciones graves o muy graves cometidas por personas jurídicas, no estableciéndose esa previsión para las infracciones leves.

Conforme a lo razonado se considera que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

SÉPTIMO.- Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso. Las costas se imponen a la parte recurrente, conforme a la norma general del vencimiento establecida en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al ser la sentencia desestimatoria.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo promovido por don JVD contra la resolución del Consejo de la CNMV 27 de mayo de 2021, por ser se declara conforme a derecho en los extremos examinados.

El pago de las costas causadas se impone a la parte recurrente.

“La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.”

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