

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE OCTUBRE DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1645/2021
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 27 de mayo de 2021.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil veintidós.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 1645/2021**, seguido a instancia de doña SCM, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de **DON JWL**, bajo la dirección de la Letrada de don ACG contra la Resolución de 27 de mayo de 2021 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2021 la procuradora indicada presentó escrito, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, adoptada en su sesión de 27 de mayo de 2021, por la que se acuerda imponer a D. JWL, 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 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), sin perjuicio del importe que resulte de aplicar a efectos del pago y con carácter definitivo, la reducción por pago voluntario señalada, en el expediente sancionador incoado a ABENGOA, S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración (expediente sancionador n.º 4/2021).

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente una vez recibido para que presentara demanda en legal forma; Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, *“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”*.

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

CUARTO.- A instancia de la parte actora se fijó la cuantía del proceso en 20.000 euros y se presentaron escritos de conclusiones, en los que tras exponer los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplidos los trámites legales, quedaron los autos pendientes de señalamiento para deliberación votación y fallo, que se fijó para el día 25 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos que resultan del expediente.-

1.- El Comité Ejecutivo de la CNMV, visto el Informe Razonado de la Dirección General de Mercados –Departamento de Informes Financieros y Corporativos– de fecha 11 de enero de 2021, y el Dictamen de Legalidad emitido por la Dirección General Adjunta del Servicio Jurídico con fecha 10 de febrero de 2021, adoptó en su sesión de 11 de febrero de 2021 el siguiente ACUERDO: “1. Incoar expediente sancionador a ABENGOA, S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración, don GUF, don MC, don JVD, don JWL, don RSJ, doña PCM y don JPC, por la posible comisión de una infracción muy grave del artículo 282.2, en relación con el artículo 118, ambos del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, 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.

2.- En contestación al Acuerdo de incoación del expediente sancionador, el demandante manifestó “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.

3.- Como consecuencia, mediante Diligencias de fecha 10 de marzo de 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, cuantía resultante de la aplicación de la reducción por pago voluntario (20%), prevista en el artículo 85 de la LPC.

SEGUNDO.- Planteamiento de la demanda.-

1.- El demandante acepta los hechos sustanciales del acuerdo sancionador, señalando que no busca una modificación de los hechos considerados en la Resolución a los que se remite y da por reproducidos, sin perjuicio de los añadidos o especificaciones que se referirán seguidamente, sino simplemente una adecuada valoración de los mismos y de las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante, ya que la considera no reprobable jurídicamente en la medida en que: (i) Aun encajando formalmente en el tipo infractor por el que se le ha sancionado no supone una lesión material del bien jurídico protegido, no reuniendo por ello el principio de tipicidad. (ii) Alternativamente, la mencionada conducta no sería punible al concurrir una circunstancia eximente de responsabilidad (en este caso administrativa) como es el estado de necesidad. (iii) Por último y como alternativa subsidiaria a las dos anteriores y para el improbable caso en que la Sala no considerara plenamente aplicable alguna de ellas, el mencionado estado de necesidad, igualmente y sin atacar los hechos objeto de sanción, sí debe ponderar como atenuante muy cualificada de la misma por concurrir una eximente incompleta.

2.- Contexto de ABENGOA, S.A. en los años 2019 y 2020: Necesaria elección entre expectativas de supervivencia y el cumplimiento de una obligación de transparencia financiera, en defensa de un interés o bien jurídico superior como es la protección del empleo, de los derechos de accionistas y proveedores y en definitiva de la expectativa de continuidad de un importante grupo empresarial español, lo que venía motivado por una excepcional situación que califica de un estado de necesidad (la crisis sociosanitaria ocasionada por el COVID-19).

ABENGOA se vio abocada desde marzo de 2020 a un plan de salvamento en el que se encuentra inmersa a fecha de la demanda, lo que ha afectado a la capacidad de cumplimiento de sus

obligaciones contables y financieras como entidad con el objetivo único de no perder las oportunidades que la propia legislación COVID-19 puso a su alcance.

La estructura del Grupo ABENGOA cuya cabecera es la Sociedad que desde hace años y por exigencias de los procesos de reestructuración de su deuda financiera acometidos desde el año 2015 opera como un mero holding, documento n.º 1 a la demanda, que no es sino copia del Hecho Relevante n.º 276247 de fecha 20 de marzo de 2019 publicado por ABENGOA en el registro de la CNMV.

El hecho anterior es relevante y nos lleva a un segundo hecho como es que, si el negocio operativo está filializado, ABENGOA ha de disponer de una referencia de valoración de esa participación que tiene en las filiales. Si ello con carácter general es relevante, se ha de entender que, en marzo de 2020 (tras la declaración del estado de alarma y la publicación 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), cualquier ejercicio de valoración que se hubiera hecho, quedaba anticuado en horas, siendo necesaria la actualización de esa referencia.

Tras la adecuada evaluación de esos impactos del COVID-19 y una vez se dispuso de la valoración de Abenewco2, la pérdida de rentabilidad derivada de la nueva situación y, especialmente, la situación de desequilibrio patrimonial en la que entraba ABENGOA con el nuevo valor del negocio operativo (Abenewco2) afectado por la pandemia mundial, obligó al órgano de administración de ABENGOA a revisar el Plan de Viabilidad sobre el que trabajaba el grupo, apostando por un plan de reestructuración tendente a superar la mencionada situación de desequilibrio patrimonial de ABENGOA basado, tal y como se informa con fecha 19 de mayo de 2020 (OIRs n.º 2307 y n.º 2308, que se aportan como documento n.º 3) (el "Plan de Viabilidad Actualizado"), en: A). La solicitud de una nueva línea de liquidez por importe de 250 millones de euros y un plazo de cinco años, con garantía del ICO. B). La solicitud de nuevas líneas de avales revolving por un importe de 300 millones de euros para cubrir las necesidades del negocio hasta finales de 2021. C). La petición de extensión de vencimiento de las líneas actuales de liquidez hasta 2025 y bajar el coste de las mismas. D). El cierre de un acuerdo con proveedores y otros acreedores con deuda vencida que permitan la desconsolidación de esa deuda del perímetro de Abenewco1 obteniendo a cambio un derecho preferente al cobro contra la realización de determinados activos. E). La modificación de determinadas condiciones de la deuda con los acreedores financieros que pueden implicar quitas y capitalizaciones de deuda.

3.- De todas las medidas contempladas en el Plan de Viabilidad Actualizado, resulta necesario destacar la relativa a los apoyos públicos en forma de avales del ICO sobre 250 millones de líneas de liquidez. Y señalamos la necesidad de destacar esta medida pues la misma (y la normativa a la que se sujeta) son fundamento de la decisión que, en ese estado de necesidad, adopta mi representado y el Consejo de Administración del que el mismo formaba parte.

Así, la posibilidad de acogerse al RD-Ley 8/2020. Entre las condiciones de elegibilidad de las empresas beneficiarias (ABENGOA en nuestro caso), exige cuando se trata de ayudas superiores a 1,5 millones de euros (ver anexo I) que se cumpla con el Marco Temporal de Ayudas de la Unión Europea ("UE"). Si acudimos para completar el ejercicio al mencionado Marco Temporal de Ayudas de la UE contenido en el 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, obtenemos la definición del requisito de no encontrarse en situación de crisis a 31 de diciembre de 2019 (requisito necesario para ser beneficiario de los avales ICO) en su artículo 2 que identifica una empresa en crisis como "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".

Recapitulando lo hasta ahora expuesto tenemos: a. Una estructura holding en ABENGOA que determinaba la necesidad de determinar el valor de su filial para calcular su patrimonio neto. b. Una crisis sanitaria y económica sin precedentes que determinó una necesidad de revisar el plan de viabilidad de ABENGOA y afectó a la valoración económica del grupo con una situación de patrimonio negativo en la cabecera. c. Un conjunto de medidas de salvamento sin precedentes que exigían para acogerse a las mismas no estar en situación de crisis a diciembre de 2019. d. Una valoración del Consejo de que, de no salir el Plan de Viabilidad Actualizado, con las quitas, modificaciones de deuda y apoyos planteados, no era sostenible la aplicación del principio contable de empresa en funcionamiento (going concern) y debía revisarse la posición para aplicar la de empresa en liquidación (gone concern o inviable).

4.- Ante la situación de incertidumbre, el enorme riesgo de formular bajo un principio contable que evidenciaba que a cierre de 2019 (eran las cuentas del ejercicio 2019 pero afectadas por un hecho posterior de enorme envergadura) y de perder con ello los apoyos ICO sin los cuales la viabilidad de ABENGOA y su grupo era un hecho, así como teniendo en cuenta el resto de circunstancias concurrentes señaladas, se informó al mercado en fecha 30 de junio de 2020 (IP n.º 309 que se aporta como documento n.º5) que *"la reevaluación del principio de empresa en funcionamiento a que se hacía referencia en los estados financieros resumidos correspondientes al segundo semestre de 2019 requiere tener mayor grado de certidumbre sobre la probabilidad de éxito o fracaso de las medidas anunciadas; el consejo ha decidido retrasar la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019 prevista para el día de hoy. 2. Dichas cuentas se formularán a la mayor brevedad posible, una vez se pueda evaluar con una mayor certidumbre el resultado de las medidas propuestas por el consejo el pasado 19 de mayo de 2020."* Y con fecha 1 de julio de 2020 (IP n.º 312 que se aporta como documento n.º 6), *"sin que por ello la Sociedad este valorando ninguna otra modificación que pudiera afectar a la información publicada el pasado 19 de mayo que no sea la que pudiera derivarse del cambio en la aplicación de dicho principio contable."*

El órgano de administración decide no proceder a la formulación de las cuentas, con el fin de ofrecer al mercado información clara y representativa; y no aplicar a unas cuentas anuales un principio de empresa en liquidación, que llevaba a ABENGOA a no ser "elegible" por considerarse, en ese escenario con alta probabilidad, una empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019.

Para concluir con los elementos de juicio que tenía el Consejo, para ponderar su decisión, en fecha 14 de julio de 2020, se informa por CNMV de la suspensión cautelar de la cotización de ABENGOA con efectos inmediatos por "circunstancias que pudieran perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los citados valores", suspensión que más de 10 meses después de la salida de mi representado, se mantiene.

5.- Con esos ingredientes 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, 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.

Mi representado, junto con el resto de miembros del Consejo de Administración, optó por anteponer el interés social, la defensa de accionistas, proveedores, acreedores y trabajadores, esto es, intentar salvar al grupo y apostar por la viabilidad, al cumplimiento de una obligación de transparencia que estaba muy modulada en su impacto con la suspensión de negociación de las

acciones de ABENGOA y que además se sustituyó, como hemos señalado y referiremos en un momento posterior, por una continua información al mercado

6.- Situación actual de ABENGOA. Actuaciones llevadas a cabo por la administración concursal y por los Consejos de Administración desde el cese del demandante.

Concorre a juicio de la parte demandante circunstancias que justifican que entre en juego la eximente en el artículo 20.5 del Código Penal, y prueba de ello es que la línea del Consejo fue adoptada igualmente por el nuevo Consejo de Administración, una vez que fue cesado en su cargo con el resto de consejeros, el 17 de noviembre de 2020. De hecho la publicación de las cuentas del ejercicio 2019 con su correspondiente informe de auditoría no fue posible hasta el mes de agosto de 2021.

A partir de 26 de marzo de 2021 Ernst & Young Abogados, S.L.P. ("E&Y") es administrador concursal de ABENGOA estando por ello bajo tutela judicial y del propio administrador. Remarca que el hecho de no considerar a ABENGOA como una empresa en crisis a 31 de diciembre de 2019 sigue siendo la esencia de la recepción de apoyos públicos (antes del ICO en forma de avales y ahora del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas ("FASEE") gestionado por la SEPI).

El nuevo Consejo de Administración presentó, como medida de protección, el concurso voluntario de ABENGOA en fecha 22 de febrero de 2021, una vez que no se obtuvo la extensión del plazo para ejecutar el Plan de Viabilidad Actualizado por parte de los acreedores financieros, concurso que fue declarado por el Juzgado competente de Sevilla en fecha 26 de febrero de 2021.

El Consejo de Administración de ABENGOA formuló las cuentas correspondientes al año 2019, el 12 de febrero de 2021 (OIR n.º 7091 que se adjunta como documento n.º 13), pero esa formulación estaba dotada de una cierta provisionalidad en función de la evolución del Plan de Viabilidad Actualizado y su capacidad de ejecución. No contó con el informe del auditor hasta el 30 de agosto de 2021, si bien no se llegaron a aprobar por la Junta de Accionistas (fueron rechazadas el 1 de octubre de 2021).

En conclusión y recapitulando lo hasta ahora expuesto: (i) Mi representado ha sido sancionado por un retraso en el cumplimiento de la obligación de remitir información financiera anual del ejercicio 2019 de algo menos de cinco (5) meses (siendo la fecha límite el 30 de junio de 2020 el cese de mi representado tuvo lugar el 17 de noviembre de 2020). (ii) El Consejo de Administración que lo sustituyó y el administrador concursal han invertido algo más de ocho (8) y cinco (5) meses respectivamente (desde su entrada en la entidad el 22 de diciembre de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021 en el primer caso, y desde su nombramiento como administrador concursal el 26 de marzo de 2021 hasta el 31 de agosto de 2021 en el segundo) en cumplir esa obligación, una vez avanzado el proceso de reestructuración. Adicionalmente, y en relación con el ejercicio 2020, existe un retraso a fecha actual de casi seis (6) meses (desde el 30 de abril de 2021 hasta la fecha actual) en el cumplimiento de la obligación legalmente exigible. En ninguno de los dos casos se ha incoado expediente sancionador. Lo que significa que la CNMV considerando en el momento actual circunstancias que justifican la no existencia de un reproche a tal actuación.

Esta situación ha permitido la formulación de las cuentas bajo el principio de empresa en funcionamiento y le permite ser beneficiaria de los apoyos públicos, pilares de su viabilidad. El incumplimiento sancionado por la CNMV es lo que ha posibilitado que una empresa estratégica con miles de trabajadores y accionistas mantenga una expectativa de viabilidad.

7.- Información alternativa y recurrente ofrecida al mercado por parte de ABENGOA a lo largo del ejercicio 2020.

Los consejeros de ABENGOA trataron de sustituir esa información no facilitada, por un ejercicio de plena transparencia a través de informaciones constantes al mercado que permitieran que el bien jurídico protegido por la norma cuya infracción sanciona la CNMV quedara minimizado o neutralizado en cuanto a su lesión. (13 comunicaciones de IP y 39 comunicaciones de OIR cuyas copias se aportan como documento n.º 17, entre las que destaca el acogimiento al artículo 583 de la Ley Concursal y la suspensión de la cotización de las acciones).

TERCERO.- Tipicidad de la conducta sancionada (infracción del artículo 27 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público).-

1.- Con este planteamiento el demandante pretende defender que, partiendo de que el Derecho Sancionador permite la aplicación de los principios propios del Derecho Penal, en cuanto manifestación del *ius punendi* del Estado, no hay tipicidad en el caso objeto de examen porque no concurre en doble juicio de antijuridicidad formal y material (tipificación y peligro del bien jurídico protegido).

Teniendo en cuenta la sanción impuesta y las disposiciones de los artículos 282.2 y 118 TRLMV sostiene que, efectivamente, ABENGOA es una entidad de las definidas en el artículo 118 TRRLMV y que remitió con retraso el informe financiero anual del ejercicio 2019; no obstante, opone, el tipo infractor, aun cuando sea un tipo de peligro requiere la doble calificación de la antijuridicidad (STS de 30 de noviembre de 2004). En este caso, no hay lesión o puesta en peligro de la transparencia del mercado, la libre formación de precios o la protección de los inversores, bienes jurídicos protegibles a través del tipo; ya que los consejeros facilitaron al mercado y a los interesados información suficiente y actualizada de la situación en la que se encontraba la sociedad, y de las medidas adoptadas para la viabilidad de la compañía. Buscaron una forma alternativa de cumplir el deber de transparencia a través de un formato diferente. Por ello, defiende que no hay lesión del bien jurídico protegido siendo anulable la sanción.

Adicionalmente, dice el demandante, existen factores que mitigan la situación: 1) la cotización de las acciones de ABENGOA se suspendió el día 14 de julio de 2021, lo que se traduce en una negociación residual *"over the counter"*; y 2) el legislador flexibilizó los plazos de formulación y auditoría a través del artículo 40 del Real Decreto Ley 8/2020 que prolongó el plazo hasta el 30 de junio de 2020 y 1 de septiembre de 2020 (formular cuentas y auditar cotizadas y no cotizadas, respectivamente).

En todo caso, concurre una situación de necesidad exculpante, que eximiría la responsabilidad, o en su caso, una eximente incompleta (proporcionalidad) que permitiría degradar la infracción a leve, mediante la rebaja de dos grados en línea con lo establecido en las disposiciones penales (artículo 66.1.2º CP).

CUARTO.- Contestación a la demanda.-

1.- Una vez analizados los antecedentes, la Abogacía del Estado afirma que el relato de la parte actora no es sino una reinterpretación de los hechos acaecidos, omitiendo aquella información que estima oportuno.

2.- Se remite a los hechos contenidos en el "Informe Razonado" obrante en el expediente, que expone que *"21. (...) tras analizar la información aportada por la sociedad y comentada en el punto anterior, no parece justificable el retraso durante más de cinco meses del envío del informe financiero anual, individual y consolidado, del ejercicio 2019 de la compañía, por los siguientes argumentos:*

(i) La justificación de la compañía 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, no es razonable.

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.

En este sentido, la NIC 1, en su párrafo 25, señala que: al elaborar los estados financieros, la dirección evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Cuando la dirección, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relacionadas con sucesos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para seguir en funcionamiento, revelará esas incertidumbres. Adicionalmente, el párrafo 26 de la misma NIC señala que en esta evaluación la dirección tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del ejercicio sobre el que se informa pero no limitarse a éste y, antes de convencerse a sí misma de que la hipótesis de continuidad resulta apropiada, habrá de ponderar una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente.

Igualmente, 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 1er 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.

Y se debe destacar que la normativa exige que la IPP semestral se acompañe de una declaración de responsabilidad, firmada por todos los consejeros, en la que indiquen si consideran que dicha información financiera, elaborada con arreglo a los principios de contabilidad aplicables, refleja la imagen fiel, principios que incluye el ya citado de empresa en funcionamiento.

(ii) No cabe considerar que se ha cumplido la obligación de remitir las CCAA porque el emisor haya enviado la IPP del Segundo Semestre de 2019, puesto que el contenido del informe financiero semestral es sustancialmente menor al de unas cuentas anuales completas. En este sentido, las bases de presentación del informe intermedio señalan que: “los Estados financieros resumidos consolidados no incluyen toda la información que requerirían unos Estados financieros consolidados completos preparados de acuerdo con las NIIF, adoptadas por la Unión Europea”.

Además, se ha omitido la opinión del auditor como experto independiente. Tal y como indica el artículo 118 del TRLMV, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, deben someter las cuentas anuales a auditoría de cuentas, haciendo público y difundiendo el informe financiero anual junto con el informe de auditoría.

Cabe resaltar que la opinión del auditor es fundamental. Así, el preámbulo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, indica que la actividad de auditoría de cuentas se caracteriza por la relevancia pública que desempeña al prestar un servicio a la entidad revisada y afectar e interesar no sólo a ésta, sino también a los terceros que mantengan o puedan mantener relaciones con la misma, habida cuenta de que todos ellos, entidad auditada y terceros, pueden conocer la calidad de la información económica financiera auditada, sobre la cual versa la opinión de auditoría emitida.

En el caso concreto de Abengoa, era y es muy relevante conocer la opinión de su auditor de cuentas, entre otros aspectos, sobre la razonabilidad de las estimaciones contables realizadas, registradas y desglosadas en los estados financieros, así como acerca de la aplicabilidad o no del principio de empresa en funcionamiento, lo cual es un aspecto clave para que los inversores analicen las posibilidades de que la entidad continúe operando en el futuro.

(iii) Conviene asimismo resaltar que el retraso de más de cinco meses se produce en el contexto de una ampliación de dos meses del plazo ordinario, de cuatro meses, como consecuencia del estado de alarma causado por la pandemia, de conformidad con el artículo 41.1.a del Real Decreto-ley 8/2020. ,,,

(iv) Por último, también 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.

3.- El plazo para la remisión a la CNMV y su difusión pública venció el 30 de junio de 2020 –de manera extraordinaria–, y pese a los dos requerimientos remitidos tras el vencimiento del plazo por el DIFC, en concreto los días 3 y 7 de julio de 2020, exigiendo la inmediata presentación de la citada información regulada, no se procedió a verificar lo debido. Existe pues un claro y manifiesto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 118 del TRLMV y su normativa de desarrollo, por lo que dicha conducta se subsume dentro del tipo del artículo 282.2 TRLMV.

Estos preceptos contienen la obligación de remitir en plazo y forma el Informe Financiero Anual (118 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el 2 que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV)) y la necesidad de que conste o se haga público a través del correspondiente modelo y registro en la sede electrónica de la CNMV (122 y 238 TRLMV), cuyo incumplimiento determina la existencia de un tipo infractor para el incumplimiento de esa obligación (282 y 292 TRLMV).

El plazo para la remisión a la CNMV y su difusión pública venció el 30 de junio de 2020 – de manera extraordinaria–, y pese a los dos requerimientos remitidos tras el vencimiento del plazo por el DIFC, en concreto los días 3 y 7 de julio de 2020, exigiendo la inmediata presentación de la citada información regulada, no se procedió a verificar lo debido. Existe pues un claro y manifiesto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 118 del TRLMV y su normativa de desarrollo, por lo que dicha conducta se subsume dentro del tipo del artículo 282.2 TRLMV.

El TRLMV abarca dos tipos infractores (282.2 y 292 del TRLMV), ambos de riesgo o peligro en cuanto la conducta sería susceptible de afectar o lesionar el bien jurídico protegido por el artículo 118.

Debe señalarse que la difícil situación de Abengoa dota de mayor relevancia al incumplimiento aquí analizado, precisamente por no remitir la información contable, generando una mayor inestabilidad en el mercado, ya que impidió conocer el estado real de la sociedad. Tal fue la inestabilidad, que la CNMV se vio obligada a suspender cautelarmente la negociación de las acciones de Abengoa.

4.- 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, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y que debe presidir toda actuación disciplinaria de la Administración, debiendo valorarse la posible concurrencia de los criterios de graduación presentes en el artículo 310.1 del TRLMV. El citado artículo no contiene un sistema de agravantes y atenuantes al estilo del Código Penal, sino que recoge una relación de circunstancias o criterios de graduación punitiva que, en función de su incidencia en los hechos objeto de reproche, deben determinar el tipo y grado de sanción a imponer. En el presente caso, la parte actora no valora los criterios establecidos en el TRLMV y se limita a buscar la aplicación automática de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal del Código Penal, tratando de perseguir una aplicación directa del catálogo del Código Penal, que no es conforme a derecho.

5.- Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, entiende que no cabe acceder a la pretensión del demandante, toda vez que 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.

Así, se ha acordado la imposición una sanción de multa por importe de 20.000 euros, que es especialmente reducida dentro del marco cuantitativo expuesto, y dado que, como se ha expuesto, no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia que aconseje agravar o atemperar el reproche disciplinario.

QUINTO.- Tipicidad. Lesión del bien jurídico protegido. -

1.- El artículo 8 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), obliga a los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, a publicar y difundir el informe financiero anual en el plazo máximo de cuatro meses desde la finalización del ejercicio económico.

El artículo 118 del TRLMV, establece que el informe financiero anual comprenderá las cuentas anuales y el informe de gestión revisados por el auditor, así como las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido.

El artículo 238 del TRLMV señala que la Comisión Nacional del Mercado de Valores mantendrá, con el carácter de registro oficial, al que el público tendrá libre acceso, un registro de información regulada que contendrá los informes financieros anuales y los requerimientos oficiales de la Comisión sobre la remisión de los informes y ampliación o revisión de su contenido.

El artículo 41.1 a) 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, estableció que, de forma excepcional durante el año 2020, el plazo para la remisión a la CNMV del informe anual del ejercicio 2019 vencía el 30 de junio de 2020.

El artículo 282.2 del TRLMV dispone entre los actos u omisiones que constituyen infracciones muy graves “[...] 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 omite aspectos o datos relevantes”. Asimismo, el artículo 292 del TRLMV indica que se considerará falta grave el incumplimiento de las

obligaciones de difusión y disposición pública de información contenida en el artículo 118, cuando no constituyan infracciones muy graves.

2.- La Dirección General de Mercados en el informe de 11 de enero de 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 del ejercicio de 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 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.

3.- Puede apreciarse fácilmente que las justificaciones técnicas que se ofrecieron por la demandante y sus consejeros para no elaborar, auditar y difundir el informe anual financiero anual e individual de 2019, no responden a razones legales que permitan aceptar esas demoras. En efecto, *“la incertidumbre”* que se invoca, en virtud del plan de viabilidad a que estaba sujeta la compañía, y el impacto que de forma sobrevenida provocó la COVID 16, son hechos que aparecen contemplados y exigen revelarlos en las citadas cuentas e informes financieros. De ahí que no sea dable aceptar, como propone la parte demandante, que el plan de viabilidad y demás circunstancias generadas a raíz de la COVID 16 permitieran demorar la presentación de los estados financieros 2019 más allá de los plazos establecidos, prorrogados a través del artículo 41.1 a) 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.

4.- Pues bien, es patente que se dejaron de cumplir las obligaciones legales (118 TRLMV) debido a la no remisión a la CNMV y difusión pública en plazo del informe financiero anual individual y consolidado de 2019 (infracción muy grave del artículo 282.2 TRLMV). Las partes ponen el acento en que estamos ante infracciones de mera actividad, en las que el comportamiento omisivo agota el tipo infractor; no obstante, el demandante remarca que la antijuridicidad material, o lesión del bien jurídico protegido, también es necesaria en el caso del derecho sancionador para conformar la tipicidad como elemento que integra la infracción.

En efecto, es necesaria la tipicidad en su doble vertiente, y si las partes no cuestionan que se da cumplimiento al tipo en la vertiente formal, se ha de convenir igualmente que el bien jurídico protegido también queda lesionado. Los deberes de información incumplidos se asocian a la transparencia e integridad del mercado, para lo que la información que proporcionan los operadores resulta esencial. De suerte que, hurtada esa información con daño para el mercado, ya es bastante para cumplir con la tipicidad material. No puede olvidarse que los operadores adoptan sus decisiones sobre la base de la información que publica y difunde la compañía, confiando en su veracidad e integridad. De modo que, si no ha cumplido con sus obligaciones se lesiona la integridad y los correlativos derechos de los inversores, accionistas etc. Por lo tanto, no cabe asumir las conclusiones a que llega la parte actora, cuando afirma que no se ha producido lesión alguna.

5.- 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. 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 de enero de 2021, al que alude la Abogacía del Estado en su contestación, y sobre el que hemos destacado algunas de sus principales conclusiones, 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.

En definitiva, se han incumplido obligaciones de información periódica con trascendencia; pero es que además, en el caso de ABENGOA SA esa información se revelaba como una información esencial, habida cuenta de las circunstancias que atravesaba, puesto que, como bien se afirma en la demanda, antes de 2019 sus resultados le habían abocado a un plan de viabilidad, y posteriormente, desde el 4 de julio de 2020 vio suspendida su cotización, y el 18 de agosto de 2020 la sociedad presentó 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 se informó a la CNMV como información privilegiada (IP).

6.- Por último, las justificaciones que invoca la parte demandante para legitimar la omisión sancionada no encuentran ningún apoyo legal.

Con posterioridad a la demanda, se presentó escrito 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 dispone:

"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 Administración Concursal, 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."

7.- A los efectos pretendidos, basta con dar por reproducido lo razonado hasta aquí, pues la Sala no comparte que el plan de viabilidad de una empresa, estratégica y cotizada, pase por la decisión ("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.

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

Debe desestimarse el motivo.

SEXTO.- Estado de necesidad. Principio de proporcionalidad.-

1.- El demandante pretende la aplicación al caso de una eximente completa de estado de necesidad que operaría como una causa de exculpación, desde el momento en el que entiende que ha justificado que puso por encima de las obligaciones legales que le imponía el TRLMV el intento de salvar la sociedad ABENGOA SA, así como los 14.000 empleos que se destruirían en caso de no lograr la reestructuración de la deuda de la compañía.

Esta posición parte del hecho de que 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 octubre 2020, Rec. 4535/2019), pero olvida que 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, como sugiere el demandante, 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*”).

2.- Dicho esto, no podemos desconocer que, en este caso, el demandante y el resto de los consejeros de la entidad sancionados, se acogieron a la posibilidad contemplada en el artículo 85 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dando por finalizado el procedimiento tras el acuerdo de incoación, con el fin de obtener una rebaja de la sanción de un 20%, de modo que una vez hecho el pago quedó reducida de 20.000 euros, a 16.000 euros.

La sanción se impuso en un grado mínimo, y dentro de ese mínimo, en el tercio inferior, habida cuenta que la sanción podía alcanzar hasta 400.000 euros (artículo 306.1 TRLMV). En estas condiciones, y considerando que no es aplicable el Código Penal, sino las normas contenidas en el TRLMV (artículo 310.1 y 29.3 Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público al que se remite), estas normas contemplan los criterios de graduación de las sanciones, y que en este supuesto – en el que no se aprecian específicas circunstancias de agravación o atenuación a tenor del acuerdo recurrido-, no parece adecuado entender que no se ha respetado el principio de proporcionalidad .

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)).

3.- 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 (“*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.), y a ellos se ha atendido la resolución impugnada.

Por lo tanto, partiendo de que la aplicación del Código Penal no cabe por las razones indicadas, no siendo apreciable un estado de necesidad exculpante o atenuante tal y como se recoge en el Código Penal, el principio de proporcionalidad no resulta vulnerado, puesto que la sanción se ha impuesto en el mínimo del grado mínimo, lo que resulta apropiado en términos de proporcionalidad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 24 mayo 2006, Rec. 305/2004) o adecuación a la gravedad de unos hechos en los que la CNMV no ha apreciado especiales circunstancias para exacerbar la sanción.

Por último, no puede olvidarse que el establecimiento de la sanción debe prever que no resulte más beneficioso para el infractor la sanción que el cumplimiento de la norma infringida (artículo 29.2 Ley 40/2015). Desde esta perspectiva la sanción impuesta tampoco se revela como un castigo excesivo, si atendemos a la trascendencia, gravedad de los hechos en el contexto de la entidad, el hecho de la suspensión de la cotización, y los bienes jurídicos que aparecen protegidos en el caso.

En conclusión, las alegaciones que conforman el motivo deben decaer.

SÉPTIMO.- Costas.-

Debe desestimarse el recurso, con condena en las costas causadas a la parte demandante, de acuerdo con el criterio general del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la LJCA, ya que no se aprecian motivos para apartarse de dicha norma.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **DON JWL** contra la Resolución de 27 de mayo de 2021 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

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

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