

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2021**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº:** 1084/2020  
**Ponente:** D. Francisco Díaz Fraile  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de fecha 12 de junio de 2020, que confirma enalzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 20 de septiembre de 2019.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido D<sup>a</sup>. MOI, D. JNB, OBRASCON HUARTE LAIN, S.A., D. JVF y D. TGM, representados por el Procurador D. GMG contra el MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, representado por el abogado del Estado, sobre MULTAS Y SANCIONES, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Francisco Díaz Fraile.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL y es la resolución que desestimó el recurso de alzada formulado por la hoy parte actora contra una anterior resolución sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 20-9-2019.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte 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 de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

**CUARTO.-** Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual las partes por su orden concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 2-11-2021, en el que efectivamente se votó y falló.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna por la parte actora una resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada formulado por dicha parte contra una anterior resolución sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 20-9-2019, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

**SEGUNDO.-** La antedatada originaria resolución sancionadora de la CNMV impuso determinadas sanciones de multa a los recurrentes por una infracción grave tipificada en el artículo 296.1 del Real Decreto-Legislativo 4/2015, en relación con el artículo 541 del Real Decreto-Legislativo 1/2010, en razón a que el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros de 2016 contenía omisiones o datos falsos respecto de las retribuciones del CEO, concretamente en relación con la indemnización por cese de actividad y con la compensación por no competencia post-contractual que se contemplaban en su contrato de alta dirección.

**TERCERO.-** Hay determinados hechos que subyacen en la litis y que son pacíficos. Los principales hitos del factum de la resolución sancionadora son los siguientes, que no se discuten. El 1-8-2016 es la fecha del contrato de trabajo de alta dirección entre el CEO y la compañía OHL, cuyo contrato contenía una cláusula de indemnización por cese y otra cláusula de compensación por pacto de no competencia post-contractual (cláusulas 7ª y 9ª). El 27-2-2017 el consejo de administración de OHL debatió una propuesta de nueva política de remuneraciones y aprobó el informe anual de remuneraciones de los consejeros (IAR) de 2016, que fue remitido a la CNMV y publicado como información o hecho relevante el 6-4-2017. En este IAR de 2016

aprobado son de interés los siguientes puntos: en el apartado A.1 se dice que el informe resume cómo se ha aplicado la política de remuneraciones en el ejercicio 2016 y describe las características fundamentales de la nueva política de remuneraciones de los consejeros de la sociedad aplicable en el ejercicio 2017; en el apartado A.6 se afirma que no existen indemnizaciones pactadas ni pagadas en el caso de terminación de las funciones como consejero, sin perjuicio de las compensaciones por períodos de no competencia post-contractual que se detallan en el apartado A.7 siguiente; y el siguiente apartado A.7 expresa que el contrato del consejero delegado contempla la posibilidad de que se acuerde un pacto de no competencia post-contractual en el momento del cese, cuyo plazo de no competencia sería de dos años (no se detalla más al respecto). Es de subrayar que este IAR de 2016 se aprueba por el consejo de administración el 27-2-2017 y se publica el 6-4-2017. Por otra parte, el 29-3-2017 se aprueba por el consejo de administración la propuesta de la nueva política de remuneraciones de 2017, que es aprobada por la junta general de accionistas de OHL el 9-5-2017. Finalmente, el 25-10-2017 OHL comunica como información o hecho relevante a la CNMV que en dicha fecha el CEO había presentado su dimisión como consejero delegado, vicepresidente segundo y vocal del consejo de administración de la sociedad. Es de señalar que con ocasión de su cese el CEO no cobra la indemnización prevista en la cláusula 7ª de su contrato, pero sí la compensación del pacto de no competencia post-contractual por un plazo de dos años que se contemplaba en la cláusula 9ª de su contrato de trabajo de alta dirección.

**CUARTO.-** La demanda rectora del proceso articula los siguientes motivos de impugnación (en síntesis): primero, infracción del principio de tipicidad; segundo, vulneración del principio de culpabilidad; tercero, lesión del principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones; y cuarto, se alega falta de motivación de la resolución impugnada. El escrito de demanda termina solicitando que se declare la nulidad de los actos administrativos impugnados.

El abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión de la parte actora en los términos que son de ver en autos.

**QUINTO.-** Trataremos de ser claros y precisos, amén de congruentes, en la resolución de la litis, cumpliendo así el correspondiente mandato de las leyes procesales.

Los hechos del factum de la resolución sancionadora, cuyo resumen hicimos más arriba, no son discutidos por la parte actora, que enfoca su defensa sobre la base de una particular interpretación jurídica de los mismos.

Esta particular interpretación de la demandante le permite articular su primer motivo de impugnación alegando la infracción del principio de tipicidad por los actos impugnados.

Este primer motivo de impugnación debe ser desestimado. El artículo 296.1 del Real Decreto-Legislativo 4/2015, en relación con el artículo 541 del Real Decreto-Legislativo 1/2010, satisface de modo suficiente las exigencias derivadas del principio de legalidad, y ello tanto desde el punto de vista formal de la reserva legal como desde el punto de vista material de la tipicidad, cuyo requisito aparece cumplido tanto en el plano de la previsión normativa como en el de la aplicación de la norma por las resoluciones sancionadores combatidas. Esto último es negado por la parte actora al afirmar que los hechos imputados no son típicos pues el IAR de 2016 no contenía omisiones ni datos falsos o engañosos. Esta tesis de la parte recurrente se construye -en resumen- de la siguiente manera. Se arguye que la aprobación el 29-3-2017 por el consejo de administración (con el voto favorable del CEO) de la nueva política de remuneraciones de 2017 supuso la novación tácita del contrato del CEO y la derogación, también tácita, de la cláusula de este contrato que contemplaba la indemnización por cese, de modo que el IAR de 2016 al reflejar la nueva política de remuneraciones no omitió ninguna información relevante para el mercado pues, de un lado, la cláusula relativa a la indemnización por cese del contrato del CEO

había decaído, y, de otro lado, era un valor entendido en el mercado que la previsión de la posibilidad de un pacto de no competencia post- contractual conllevaba una compensación de una retribución equivalente a los dos años del plazo de no competencia, lo que hacía innecesario que se explicitara en el IAR.

Esta tesis de la parte actora no resulta plausible en una contemplación objetiva de los hechos enjuiciados. El IAR de 2016 no solo describe las características de la nueva política de remuneraciones de los consejeros en 2017, sino que incorpora un resumen de los términos en que se ha aplicado la política de remuneraciones en 2016, siendo así que el 29-3-2017 el consejo de administración aprobó tan solo la propuesta de la nueva política de remuneraciones de 2017, que quedaba pendiente de su aprobación por el órgano competente, que se produjo con la aprobación por la junta general de accionistas el 9-5-2017, de tal modo que el IAR de 2016 (aprobado en febrero de 2017 y publicado en abril de este mismo año) omitió información relevante (o, en otros términos, incluyó un dato falso o engañoso) al expresar en el apartado A.6 que no existían indemnizaciones pactadas ni pagadas en el caso de terminación de las funciones como consejero, lo que no era cierto en las fechas de aprobación y de publicación del IAR de 2016 pues la nueva política de remuneraciones de 2017 no fue aprobada hasta mayo de 2017 por la junta de accionistas, es decir, con posterioridad a la publicación del IAR litigioso, siendo artificioso y forzado mantener que la sola aprobación el 29-3-2017 por el consejo de administración (con el voto del CEO) de la propuesta de la nueva política de remuneraciones de 2017 conllevaba per se la novación del contrato del CEO celebrado el 1-8-2016 a los efectos de entender que ningún reproche cabría hacer al apartado A.6 del IAR de 2016, cuyo apartado ofrecía una información al mercado que no se correspondía con la realidad en las fechas de su aprobación y publicación respecto de la indemnización por cese del CEO. Y otro tanto cabe decir respecto del apartado A.7 del IAR de 2016, que omitía información concreta y precisa tanto respecto de la compensación por el pacto de no competencia como de su cuantificación, omisión que no puede justificarse válidamente con el argumento de que era innecesario explicitar tales extremos por tratarse de un valor entendido en el mercado, pues no se ha probado la alegada por la actora práctica del mercado al respecto, ni los términos de aquel apartado A.7 del IAR de 2016 eran suficientemente claros desde la óptica de la transparencia en cuanto a la existencia y cuantía de la compensación, siendo este criterio de la transparencia un principio hermenéutico teleológico básico en la materia que nos ocupa.

En definitiva, concurren en el caso los elementos del tipo definido en el artículo 296.1 del Real Decreto-Legislativo 4/2015, por lo que es de concluir que no se ha producido la esgrimida por la parte actora infracción del principio de tipicidad.

El segundo motivo de impugnación articulado en la demanda apunta a la vulneración del principio de culpabilidad (artículo 25 de la Constitución y preceptos relacionados) pues los actos recurridos habrían impuesto a la parte actora una responsabilidad objetiva. Este segundo motivo impugnativo también ha de claudicar. Aceptado el factum de la resolución sancionadora y rechazada la particular interpretación de la parte demandante, cuyo corolario es la calificación como acción típicamente antijurídica de los hechos imputados, es de concluir que el requisito de la culpabilidad está presente en las personas sancionadas desde la simple constatación de que aquellos hechos podían haberse evitado con el despliegue de la diligencia debida, siendo la negligencia la forma de la culpabilidad que las resoluciones sancionadoras han reprochado a la parte actora. En suma, no resulta plausible la tesis de la parte actora, que afirma que se le ha atribuido una responsabilidad objetiva.

El tercer motivo de impugnación de la demanda aduce que se habría lesionado el principio de proporcionalidad al imponer una mayor sanción al CEO que a los otros consejeros. Tampoco este motivo puede prosperar. Es de ver que las deficiencias de información que se contenían en el IAR de 2016 y que motivaron las sanciones litigiosas atañían directamente al CEO al tratarse de sus

remuneraciones, por lo que éste merece un mayor reproche que los demás miembros sancionados, que tienen otro grado de culpabilidad, debiendo en este punto recordarse que la culpabilidad es individual y que por ello mismo no admite su invocación a efectos del derecho a la igualdad.

Por último, no es de recibo el alegato de falta de motivación pues basta la lectura de ambas resoluciones impugnadas (la originaria y la de alzada) para advertir que las mismas contienen su ratio decidendi en unos términos tales que permiten el ejercicio del derecho de defensa con las debidas garantías.

Por todo ello, y sin más circunloquios, procede la desestimación del actual recurso.

**SEXTO.-** Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

### **FALLAMOS**

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones a que se contrae la litis.
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta 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 se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.