

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 31 DE ENERO DE 2019**

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

**Recurso nº.:** 830/2016  
**Ponente:** D.ª Lucía Acín Aguado  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 12 de septiembre de 2016 que confirma enalzada Resolución del Consejo de la CNMV de 28 de octubre de 2015.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 830/2016 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto **CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A Y KUTXABANK, S.A., D. ALZ, D. JBG, D. AAG, D. LAE, D. FAA, D. JAS, D. JBE, D. JRB Y D. XGM**, representados por el Procurador de los Tribunales D. JZF, contra la resolución del Subsecretario de Economía y competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad de 12 de septiembre de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 28 de octubre de 2015 por la que se resuelve el expediente sancionador (34/2014) por infracción grave de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO:** El 19 de octubre de 2016, la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda, el 7 de diciembre de 2016, la parte solicitó se dicte sentencia por la que

1. En virtud de los artículos 31.1 y 71.1.a) de la LJCA, con carácter principal se declare la disconformidad a Derecho de las Resoluciones de 28 de octubre de 2015 y de 12 de septiembre de 2016, procediéndose a su anulación con cuanto en Derecho proceda. Y, con carácter estrictamente subsidiario, respecto de la pretensión principal, se declare la disconformidad a Derecho de las Resoluciones de 28 de octubre de 2015 y de 12 de septiembre de 2016 exclusivamente en relación con las sanciones impuestas a los Consejeros.
2. En virtud de los artículos 31.2 y 71.1.b) de la LJCA, se ordene a la CNMV (i) la publicación de la anulación de las sanciones en los mismos términos en los que se publicó su imposición. Y, con carácter estrictamente subsidiario respecto de la pretensión principal, se ordene a la CNMV la publicación de la anulación de las sanciones en los mismos términos en los que se publicó su imposición, exclusivamente respecto de los Consejeros.
3. En virtud de los artículos 31.2 y 71.1.b) de la LJCA, se ordene a la CNMV el reembolso ~~a mis representados~~ de las respectivas sanciones que hubieran desembolsado, en su caso.

Todo ello con expresa condena en costas a la CNMV de conformidad con el artículo 139 de la LJCA.

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 16 de febrero de 2017, en el que solicitó *“dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho”*. Solicitado el recibimiento a prueba y practicada la declarada pertinente y presentadas conclusiones, quedaron, el 29 de marzo de 2017, los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 11 de diciembre de 2018 en que efectivamente tuvo lugar.

**VISTOS** los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** El acto impugnado es la resolución del Subsecretario de Economía y competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 12 de septiembre de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 28 de octubre de 2015, por la que se resuelve el expediente sancionador (34/2014) por infracción grave de la Ley 24/1988 de julio del Mercado de Valores, por la que acuerda imponer a la Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles SA una sanción de 100.000 euros y a los consejeros una sanción de 3.000 euros por la comisión de la infracción prevista en el artículo 100, letra b), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 61 ter del mismo texto legal, por la remisión a la CNMV y difusión pública de su informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros del ejercicio 2013 con omisión del detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de ellos.

Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Invalidez de las resoluciones impugnadas por vicio procedimental del expediente Sancionador que ha impedido conocer la Propuesta de Resolución al órgano exclusivamente competente para formularla.
2. Invalidez de las Resoluciones impugnadas por vicio procedimental del Expediente Sancionador que ha excedido el plazo máximo para el dictado de la resolución tras la formulación de alegaciones a la Propuesta de Resolución.
3. Invalidez de las Resoluciones impugnadas, por inaplicar y vulnerar el artículo 82.4 de la antigua LMV (actual artículo 228.4 del TRLMV) que permite modular y retrasar la publicación de la información relevante y, por lo tanto, también el IARC.
4. Invalidez de las Resoluciones impugnadas, porque el artículo 3 del Código Civil permite adaptar la aplicación de las normas a las circunstancias de cada caso, y por lo tanto permite admitir el contenido del IARC.

5. Invalidez de las Resoluciones impugnadas respecto de las sanciones impuestas a los Consejeros, por ausencia de culpabilidad de éstos al haber actuado movidos por miedo insuperable ante las especiales circunstancias de violencia y tensión vividas en el momento de los hechos.
6. Invalidez de las Resoluciones impugnadas respecto de las sanciones impuestas a los Consejeros, por ausencia de culpabilidad de éstos al no conocer las actuaciones previas al Expediente Sancionador.
7. Subsidiariamente, invalidez de las Resoluciones recurridas por exceso en la calificación de la infracción, pues la misma debía en todo caso haberse considerado leve.
8. Subsidiariamente, invalidez de las Resoluciones recurridas por vulnerar el principio de proporcionalidad que exige moderar el reproche punitivo.

**SEGUNDO:** Alega el recurrente que la resolución impugnada es inválida por vicio procedimental del expediente sancionador que ha impedido conocer la propuesta de resolución al órgano exclusivamente competente para formularla. Señala que la propuesta de resolución del expediente sancionador fue únicamente firmada (y no por delegación competencial ni de firma) por los Inspectores designados instructores del mismo, y no fue firmada ni visada por el Director del Departamento del Servicio Contencioso y de Régimen Sancionador de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, la "CNMV"), único órgano competente para ello conforme a lo que establece el Reglamento del Régimen Interno de la CNMV en el artículo 29 c) que establece que *"corresponde al Director de Departamento formalizar y suscribir los documentos, informes y propuestas que corresponda la Departamento"*.

El artículo 36 del Reglamento de Régimen Interno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se refiere específicamente al procedimiento sancionador y establece que la incoación, instrucción y sanción en los procedimientos sancionadores se ajustará, entre otras, a las disposiciones del Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúen en los mercados financieros. El artículo 8.2 del RD 2119/1993 establece que *"Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo para efectuarlas, el instructor remitirá la propuesta, junto al expediente, al órgano que acordó la iniciación, para que lo resuelva o lo eleve al que competa la decisión, cuando corresponda a órgano distinto"*. En este caso consta que los instructores del expediente adscritos al Departamento del Servicio Contencioso y del régimen sancionador se ajustaron a lo establecido en el Real Decreto 2119/1993 remitiendo al Consejo de la CNMV la propuesta de resolución. Ahora bien, el Reglamento de Régimen Interno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, establece que las propuestas deben ser formalizadas y suscritas por el Director del Departamento. Por tanto, esa propuesta remitida por los instructores debía haberse formalizado y firmado por el Director del Departamento del servicio contencioso.

Existe, por tanto, un vicio procedimental. La cuestión a determinar es si ese vicio procedimental determina, tal como pretende el recurrente, que se declare la invalidez de la resolución de la CNMV que acuerda imponer la sanción.

Ese vicio procedimental no determina la anulación del acto por las siguientes razones:

- 1) No se ha vulnerado ninguna norma con rango de ley o con rango formal de reglamento (aprobado por tanto por Real Decreto) sino una norma de organización interna de la CNMV aprobada por la CNMV. Así consta que se ha cumplido lo previsto en el artículo 97 de la LMV 24/1988, que establece que la competencia para la incoación, instrucción y sanción de los procedimientos por incumplimiento de las obligaciones previstos en esa Ley corresponde a la CNMV. Asimismo se ha cumplido lo establecido en el Real Decreto 2119/1993 sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros que regula los distintos trámites del procedimiento. Por tanto, ni el legislador ni el poder ejecutivo han previsto de forma obligatoria la intervención del titular del órgano al que corresponde la instrucción del expediente sancionador en el momento inmediatamente anterior a la remisión por parte del instructor de la propuesta de resolución. Ello no impide que la CNMV en ejercicio de sus potestades de autoorganización pueda exigir su intervención pero las consecuencias de ese incumplimiento no son tan intensas y no se puede equiparar a la falta de intervención de un órgano previsto de forma obligatorio en la Ley. Ello difiere del caso examinado por esta Sala en sentencia de 17 de noviembre de 2015 dictada en el recurso 2120/2013 referido a la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales en que se anuló una sanción al no constar propuesta de la Comisión de prevención de blanqueo de capitales incumpliendo lo establecido en el artículo 61 de la misma.
- 2) La parte recurrente en las alegaciones a la propuesta de resolución, no planteó la existencia de ese vicio procedimental y que le causará alguna indefensión.
- 3) La actuación del instructor del expediente no se ha realizado al margen del titular del Departamento del Servicio contencioso ni del órgano que ha dictado la resolución sancionadora (Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) por lo siguiente: a) Los instructores están incardinados el Departamento del servicio contencioso y del Régimen sancionador. b) El Director del Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen sancionador emitió un dictamen de legalidad en relación con el informe razonado emitido por la Dirección General de Mercados sobre el incumplimiento por parte de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles SA en que considera que concurren indicios racionales suficientes para apreciar la presunta comisión de la infracción grave aquí analizada y que fue la base para que la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordara la incoación del procedimiento sancionador. c) El nombramiento de los instructores ha sido acordado por el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la resolución de incoación del procedimiento sancionador. d) El Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen sancionador está integrado en la Dirección General del Servicio Jurídico

y el Director General del Servicio Jurídico conforme al artículo 7.2 del RRI establece que actuará como Secretario, con voz pero sin voto en el Consejo. Por tanto, el Director General del Servicio Jurídico ha tenido conocimiento del contenido de la propuesta de resolución formulada por personal del Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador.

**TERCERO:** Invalidez de las resoluciones impugnadas por vicio procedimental del expediente sancionador que ha excedido el plazo máximo para el dictado de la resolución tras la formulación de alegaciones a la propuesta de resolución.

Alega que se ha producido la caducidad del expediente sancionador, ya que transcurrieron más de tres meses entre la presentación por CAF y sus Consejeros de las alegaciones a la Propuesta de Resolución (19 de mayo de 2015), y el dictado de la Resolución del Consejo de la CNMV (28 de octubre de 2015), por lo que se ha superado el plazo trimestral previsto en el artículo 9.2 del RD 2119/1993. Cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de octubre de 2008, recurso contencioso-administrativo 63/2005, que mantiene ese criterio.

Efectivamente, se ha superado el plazo trimestral previsto en el artículo 9.2 del RD 2119/1993, pero ello no determina la caducidad del procedimiento, ya que ésta se produce como consecuencia del vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento sin haberse dictado resolución que acuerda imponer la sanción. La caducidad del procedimiento viene referida a la duración total del proceso y no al incumplimiento de los plazos en alguna de sus fases. La no realización de trámites procesales en plazo tiene otros efectos como son en su caso la preclusión del trámite a realizar por la parte o exigencia de responsabilidad al titular de la unidad administrativa y personal al que corresponde la tramitación.

En este caso no consta que se haya superado el plazo máximo total de un año, previsto en el artículo 2, ya que el acuerdo de incoación se dictó el 18 de diciembre de 2014 y la resolución sancionadora el 2 de noviembre de 2015, notificada a todos los sancionados antes del 18 de diciembre de 2014. Por lo tanto, no se ha producido la caducidad del procedimiento.

**CUARTO:** Invalidez de las Resoluciones impugnadas, por inaplicar y vulnerar el artículo 82.4 de la antigua Ley 24/1988 (actual artículo 228.4 del TRLMV) que permite modular y retrasar la publicación de la información relevante y, por lo tanto, también el IARC.

El artículo 82. 4. Ley 24/1988 establece que *“Un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad retrasar la publicación y difusión de la información relevante cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información. El emisor informará inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*.

Alega el recurrente que retrasar la difusión del desglose de la retribución individual de los Consejeros, que es la conducta por la que han sido sancionados, encuentra plena cobertura, además de en elementales principios jurídicos de nuestro ordenamiento en el ámbito específico del mercado de valores en este artículo 82.4 Ley 24/1998.

La resolución recurrida considera que no resulta aplicable el artículo 82.4 Ley 24/1998, por no formar parte del específico régimen jurídico sobre información en materia de gobierno corporativo, pero que, de acuerdo con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y de lo recogido en el Código Civil, puede haber supuestos de existencia de infracción administrativa en los que no proceda reproche disciplinario o sancionador, si bien, la alegación y prueba de la causa de exclusión de responsabilidad corresponde al sujeto infractor, pues no puede imponerse a la Administración la prueba de un hecho negativo como es la ausencia de su concurrencia. En este caso, a juicio de la CNMV en modo alguno se ha acreditado por los expedientados la concurrencia de causa de exclusión de su responsabilidad.

Se comparte el criterio mantenido por la CNMV en cuanto a que no consta acreditada en el expediente la concurrencia de circunstancias que permitan apreciar la exclusión de responsabilidad. En este caso, una vez incoado el expediente sancionador, en las alegaciones al pliego de cargos, CAF hizo alusión *“a las especiales circunstancias históricas y sociales que afectan a CAF con motivo de sus localizaciones y el entorno que les rodea”* y no expuso nada más. En las alegaciones a la propuesta de resolución tampoco expuso las especiales circunstancias que afectan a CAF con motivo de sus localizaciones que llevaron a considerar que la publicación de la información de forma desglosada podía ocasionar perjuicios a la sociedad. Así, señala en las alegaciones a la propuesta de resolución: *“En la contestación al Pliego de Cargos se indicó que resultaba especialmente relevante para la resolución del presente expediente tener en cuenta las especiales circunstancias históricas y sociales que afectan a CAF con motivo de sus localizaciones y el entorno que les rodea. En atención a tales circunstancias, así como a experiencias previas, el Consejo de Administración consideró que la publicación de la información desglosada podía conllevar perjuicios para la sociedad, no obstante lo cual, se hace constar que el Consejo de Administración, y los miembros del mismo, no pudieron valorar las implicaciones de la oposición de la CNMV a la decisión adoptada, pues desconocieron la misma hasta la apertura del expediente sancionador”*.

Por otra parte, aún cuando se considera que es aplicable el artículo 82.4 de la LMV, no concurren los presupuestos previstos en el mismo, ya que no consta que se comunicara a la CNMV que se iba a producir un retraso en la publicación de las remuneraciones individualizadas de los Consejeros, sino que directamente se remitió un informe con la omisión de dicho dato.

En efecto, el hecho por el que se impuso la sanción es la remisión a la CNMV y difusión pública de su informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros del ejercicio 2013 con omisión del detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de ellos. El Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros (IARC) 2013 con omisión del detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de ellos, se aprobó por el Consejo de Administración de CAF el 29 de abril de 2014 y se remitió a la CNMV el 30 de abril de 2014. CAF no informó a la CNMV sobre esa omisión,

sino que fue la CNMV la que detectó en el proceso de revisión que el IARC no incluía un desglose de las retribuciones individualizadas para cada consejero. Por ello, el 4 de septiembre de 2014, hizo un requerimiento a CAF para que remitiera un nuevo IARC modificado en el que se corrigiera esa omisión. La CNMV reiteró el requerimiento el 3 de octubre 2014, dado que el contenido de la respuesta ofrecido al requerimiento anterior no cumplía los requisitos legalmente establecidos. En ninguna de las contestaciones a los requerimientos se expuso a la CNMV los motivos por los que la difusión de las retribuciones individualizadas por cada Consejero perjudicaba los intereses legítimos de la entidad. El 19 de septiembre de 2014 la entidad alegó que *"las razones por las que CAF no ha incluido el referido desglose individual nada tiene que ver con un eventual afán de ocultación o falta de transparencia"*. El 17 de octubre de 2014 alegó *"que les queremos reiterar que la actuación de CAF ha estado siempre presidida por la voluntad de ofrecer al mercado toda aquella información relevante y que las eventuales omisiones en ningún caso obedecen a un afán de ocultación o de falta de transparencia, sino que únicamente tienen por finalidad preservar intereses legítimos de la propia Sociedad"*. Hace referencia a que se reunieron con representantes de la CNMV el 2 y 28 de octubre de 2014 y la CNMV y que expusieron ahí cuáles eran los motivos para no incluir en el IARC de 2013 el desglose individualizado de las remuneraciones. La CNMV no niega esas reuniones, pero desconoce esta Sala, dado que no están documentadas, cuál fue el contenido de las mismas, pero en todo caso lo que consta es que, tras la primera de ellas, el 2 de octubre de 2014, se hizo un nuevo requerimiento por la CNMV para que remitieran esa información y tras una segunda reunión, realizada tras recibir el segundo requerimiento, se acordó el inicio del expediente sancionador. Ni siquiera una vez incoado el expediente sancionador y en los dos trámites de alegaciones que se le otorgaron explicaron los motivos por los que a su juicio no debía publicarse esa información por el interés general de la empresa. Es ahora, al presentar la demanda en el recurso contencioso-administrativo, cuando concreta cuáles son los motivos que justificaban la no publicación de la información.

**QUINTO:** Alega el recurrente que, dada la situación de extremada tensión e intimidación vivida en CAF y sufrida por los Consejeros, creando en su ánimo un miedo insuperable, no cabe la aplicación automática de la normativa sancionadora sin realizar una ponderación, en equidad, de las circunstancias concurrentes, so pena de violentar el artículo 3 del Código Civil, previsto, precisamente, para evitar el excesivo rigorismo de la Ley cuando los pormenores del caso hagan evidente que, por Justicia material, es inmerecido. Alegan que las circunstancias concurrentes en el territorio en que radica CAF en el momento de la supuesta infracción eran de una tensión extrema (como por lo demás es público y notorio), existiendo en particular un ambiente amenazador contra las personas de los Consejeros. En tales circunstancias, los Consejeros, al aprobar el IARC sin un desglose individualizado de sus remuneraciones, obraron movidos por un miedo insuperable que descarta el elemento de culpabilidad necesario para sancionar una conducta tipificada, cumpliéndose los requisitos establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2005.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2005 (recurso 24572004) establece los requisitos fijados jurisprudencialmente para hablar de la existencia de miedo insuperable *"Tiene declarado esta Sala que la circunstancia de miedo*

*insuperable tiene como elementos característicos los siguientes: 1) que se produzca como consecuencia de una situación de miedo o temor capaz de generar en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse; 2º) que dicha situación proceda de estímulos reales, ciertos, graves, acreditados, inminentes e injustificados; 3º) que el mal causado no sea superior al temido; y 4º) la insuperabilidad del miedo, es decir, la imposibilidad psíquica de que el acusado hubiese podido neutralizarlo o dominarlo".*

La fecha en que se aprobó el IARC correspondiente al año 2013 fue en abril de 2014. Indica la parte recurrente que había una situación social extraordinaria en la empresa en el período 2012-2014, que no explica en el escrito de demanda, sino que se remite a un dossier que aporta con la demanda. Examinados los documentos, se deduce que la situación de tensión fue en el año 2012 provocada por el anuncio en abril de 2012, durante la negociación del pacto de empresa, de un expediente de regulación de empleo (ERE) para finales de 2012, haciendo jornadas de paro el 29, 30 de noviembre y 4 de diciembre de 2012. Hay un escrito del departamento de recursos humanos en que se describen las incidencias del 4 de diciembre de 2012 consistentes en ocupación de espacios de trabajo realizando pintadas, manipulación de las aplicaciones y comunicaciones durante 2 horas y habla de amenazas al personal de la empresa. Se aporta una foto con una pintada Borroka da bidea (la lucha es el camino). Una cuartilla en que aparece un hombre con la cara tapada y un tirachinas con el mensaje de "defender el puesto de trabajo es nuestra obligación y en CAF pese a quien pese lo haremos también" En relación a los consejeros, se aporta un folio con la cara y el nombre del consejero delegado con una amenaza "erruduna" (culpable) y sobre el resto de consejeros no consta ninguna foto (las tres fotos restantes con el mismo mensaje se refieren a personas que no forman parte del consejo de administración en el año 2014; JM, XI y MF). El 16 de marzo de 2012 la sección sindical del ELA publicó un comunicado en que resume un artículo que publicó Noticias de Guipúzcoa sobre las retribuciones de los consejeros en que se informaba del importe global de las retribuciones de los consejeros y se concluía con la pregunta de que si no se podía haber empleado ese dinero para otros fines. El documento más reciente es de 19 de diciembre de 2012 en que se indica que la Dirección ha recogido el mensaje y ha quitado el ERE de encima de la mesa y se felicita a todos los que han intervenido en las movilizaciones.

Como se constata, no existen elementos que permitan afirmar que había, en abril de 2014, una situación que pudiera producir un miedo que justificara que no se publicara ese dato, ya que no consta que hubiera en ese momento una situación de conflicto laboral. En todo caso, tampoco explica la recurrente cuál es el motivo de que no se quiera informar de las retribuciones individuales de los consejeros cuando ya conocían los sindicatos y la opinión pública (comunicado de ELA el 19 de diciembre de 2012 y artículo de Noticias de Guipúzcoa) el importe global de las retribuciones. En todo caso, esas razones pudieron justificar que, en relación al informe anual de 2012, no se publicara ese dato, pero no en relación al informe anual de 2013 aprobado en abril de 2014.

**SEXTO:** Ausencia de culpabilidad e indefensión de los consejeros, ya que no tuvieron conocimiento de las actuaciones previas al procedimiento sancionador y en particular

los requerimientos de la CNMV, dado que los requerimientos se dirigieron a la entidad y no a las personas que consideraba responsables y además sin realizar ninguna advertencia sobre estas circunstancias.

Esta alegación ya fue efectuada en vía administrativa y nos remitimos a los razonamientos de la resolución de la CNMV en la que se indica que el hecho de que se produjera dicho desconocimiento, si es que se produjo, es una cuestión interna de la entidad que es irrelevante a los efectos del expediente sancionador. A ello hay que añadir que la infracción que se imputa no es no atender a los requerimientos formulados por la CNMV el 4 de septiembre y 3 de octubre de 2014, sino una conducta anterior que es la remisión a la CNMV y difusión pública del informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros del ejercicio 2013 con omisión del detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de ellos. Ese informe con esa omisión fue aprobado el 29 de abril de 2014 por el Consejo de Administración del que formaban parte todos los sancionados y remitido como hecho relevante a la CNMV el 30 de abril de 2014.

**SÉPTIMO.** En cuanto a la calificación jurídica de los hechos.

La resolución recurrida considera que la conducta realizada consistente en la remisión a la CNMV y difusión pública de su IARC del ejercicio 2013 con omisión del detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de ellos constituye una infracción grave que se tipifica en el artículo 100, letra b), de la LMV, en relación con el artículo 61 ter del mismo texto legal.

El artículo 100 b) LMV establece que constituye una infracción grave la falta de elaboración o de publicación del informe anual de gobierno corporativo o del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros a que se refieren respectivamente los artículos 61 bis y 61 ter, o la existencia en dichos informes de omisiones o datos falsos o engañosos.

El artículo 61 ter apartado establecía en la fecha de comisión de los hechos (abril 2014) que "Junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar un informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros, que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. Incluirá también un resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio, así como el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros".

Alega el recurrente que la omisión contenida en el IAGC para que sea constitutiva de una falta grave deberá revestir una gravedad o impacto semejante a la que tendría que se facilite un dato falso o engañoso, o al hecho incluso de que directamente ni se elabore ni publique ningún IARC. En este caso, a su juicio, la omisión del IARC de 2013 no reviste esta gravedad o especial relevancia por lo siguiente: 1) Se facilitó el dato de la remuneración agregada de los Consejeros. 2) La retribución de los consejeros es la más

reducida de todas las entidades cotizadas de similares características. 3) El IARC fue aprobado por la Junta General de Accionistas inmediatamente posterior a su aprobación. Por lo tanto, el incumplimiento debía haber sido calificado como infracción leve que se tipifican en la LMV en el artículo 101 en sentido negativo o residual, definiéndose como *"aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores que no constituyan infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores"*. Incluso si se considera que, no obstante, cuanto antecede la conducta debe subsumirse en el supuesto de hecho de la infracción grave del artículo 100, letra b), de la LMV, tal y como hacen las Resoluciones impugnadas, debe tenerse en cuenta la normativa y jurisprudencia aplicable que determinan que, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, deba aplicarse la sanción inmediatamente inferior a la que correspondería en virtud del principio de proporcionalidad y de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así se establece, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2001, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley autonómica 1/2000.

No se comparten las alegaciones del recurrente.

El legislador ha calificado como graves varios incumplimientos en relación a la elaboración y publicación del informe sobre remuneraciones de consejeros y específicamente se incluye como constitutivo de infracción grave la existencia de omisiones. Es una norma con rango de Ley la que establece expresamente la obligación de remitir el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros, a diferencia de otros aspectos en que se habilita a la CNMV para concretar los elementos de la política de remuneraciones que deben constar en el informe, lo que destaca la relevancia que ha querido dar el legislador a esa información del detalle de las retribuciones. Efectivamente, como señala el recurrente, no todos los incumplimientos constitutivos de infracción grave son de la misma entidad, ya que no es lo mismo que no se emita el informe o se incluyan datos falsos y la omisión del dato sobre detalle de retribuciones pero ello (teniendo en cuenta la relevancia que le ha dado el legislador al dato omitido) no tiene incidencia en la tipificación de la conducta como grave solo tiene incidencia en la graduación de la sanción conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 103 LMV que específicamente se refiere entre otros a la naturaleza y entidad de la infracción, y la gravedad de la conducta.

No pueden tener acogida los argumentos de la recurrente sobre la aplicación en el presente caso de la regla contenida en el artículo 66.2 del Código Penal, aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, porque -entre otras razones- la LMV no contempla sanciones superiores ni inferiores en grado a las establecidas, como efectúa el artículo 70 CP en relación con los delitos, sino únicamente fija un límite mínimo y otro máximo dentro de los cuales la Administración ha de cuantificar motivadamente las multas. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de noviembre de 2012 (recurso 2646/2009).

El hecho de que el IARC fuera aprobado por la Junta General de accionistas en nada afecta a la comisión de la infracción ya que no es un elemento del tipo. El hecho por el que se sanciona es la elaboración y difusión de un informe de retribuciones sin el

desglose individualizado de las remuneraciones de cada uno de ellos. Por otra parte, no consta tampoco que se informara a los accionistas que se omitía dicha información, no estando obligados los mismos a conocer las exigencias legales en cuanto al contenido del informe de retribuciones. El hecho que en el IARC de 2014 incluya ese dato no impide que pueda ser sancionado por el hecho aquí imputado que viene referido al IARC de 2013.

**OCTAVO:** Vulneración del principio de proporcionalidad. En cuanto a la graduación de la sanción la resolución recurrida señala lo siguiente:

*“No se aprecian hechos o circunstancias de mayor gravedad o entidad que aconsejen reforzar el reproche disciplinario, adicionales o diferentes a las ya consideradas para la calificación como grave de la conducta irregular de CAE, excepto la persistencia temporal del peligro ocasionado con la conducta infractora (letra d) del artículo 106 ter. 1 de la LMV, puesto que aún en este momento CAP no ha remitido a la CNMV su IARC de 2013 sin omisiones. Como circunstancia que aconseja atemperarlo concurre el que la Sociedad no ha sido con anterioridad sancionada por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores letra l) del artículo 106 ter 1 LMV. En consecuencia, todo ello aconseja imponer la multa en su tercio inferior y parámetros menores, aun con la suficiente relevancia económica disuasoria de futuros incumplimientos. Con estas multas y su publicación se cumple, como se reconoce por la mejor doctrina, la finalidad represiva que debe tener un expediente disciplinario, en el que la sanción es la justa y legítima consecuencia de conductas reprobables, así como su finalidad preventiva, que pretende evitar situaciones como las analizadas en el expediente y su repetición en el futuro, tanto en la entidad expedientada como en el resto de sujetos que actúan u operan en el mercado de valores, al tiempo que, con ellas, no se afecta a la solvencia, estabilidad financiera o viabilidad de la sociedad infractora”.*

Teniendo en cuenta estas circunstancias considera que, entre las posibles sanciones previstas en el artículo 103 (multa, limitaciones en las operaciones que puede realizar en los mercados de valores, suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial o suspensión por un año del cargo de administrador en una entidad financiera) procede la imposición de la multa, dado que el resto de sanciones previstas en el artículo 103 LMV para las infracciones graves están previstas para infracciones o infractores de otra naturaleza o para supuestos de especial gravedad que aquí no se aprecian. En cuanto al importe de la multa se indica que puede llegar hasta 14.106.000 euros (2% de los recursos propios) y se acuerda imponer una multa de 100.000 euros.

En cuanto a la sanción a los consejeros aprecia que teniendo en cuenta las mismas circunstancias para graduar la sanción impuesta a la sociedad considera que entre las posibles sanciones previstas en el artículo 106 (multa por importe de hasta 150.250 euros y suspensión en el ejercicio de todo cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en la entidad por plazo no superior a un año) procede imponer la sanción de 3.000 euros.

Alega que es evidente y salta a la vista que facilitar toda la información exigida a salvo exclusivamente del desglose individual, con el respaldo de la Junta General de Accionistas inmediatamente posterior, exponiendo las razones fácticas y jurídicas en las que se amparaba dicha decisión, y que trataba de evitar perjuicios mayores a la sociedad

y sus accionistas y facilitando además dicho dato a la CNMV en reunión posterior, así como adoptando inmediatamente después las medidas organizativas que permitieron evitar dicha situación el ejercicio siguiente, no puede merecer el grave reproche sancionador realizado en las resoluciones recurridas, de 100.000 euros para la entidad y 3.000 euros para cada Consejero, además de la consiguiente publicación de la sanción. Hace referencia a que el hecho que se califique la infracción como grave lleva aparejada para los Consejeros la imposibilidad de desarrollar ciertas actividades profesionales en especial en el sector financiero para las que podrían quedar inhabilitados dadas las exigencias de honorabilidad para el desempeño de cargos de administración y dirección establecidas en la legislación en materia de entidades de capital riesgo, entidades aseguradoras y entidades de inversión colectiva, lo cual constituye un daño innegablemente irreparable, y desproporcionado respecto de su actuación, pues no tenían conocimiento de los requerimientos de la CNMV ni de ninguna actuación previa al Expediente Sancionador.

En cuanto a los criterios de graduación de las multas señala que: a) No se puede considerar como agravante una circunstancia que forma parte del tipo y en este caso como las multas impuestas tienen en cuenta la gravedad para la calificación de la conducta, y de nuevo la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado para agravar la multa (a pesar de que forma parte del tipo) debe reducirse la multa de forma significativa. b) No se puede tener en cuenta como criterio de graduación la persistencia temporal, ya que la información desagregada del IARC publicado en abril de 2014 se facilitó a CNMV ese mismo año en las reuniones mantenidas en octubre, a los pocos días de sus requerimientos (de septiembre y octubre de 2014) y CNMV no la solicitó por ninguna otra vía con posterioridad. c) Las resoluciones no tienen en cuenta el resto de parámetros de dosimetría punitiva del artículo 106 ter.1 de la LMV, sin que pueda explicarse en principio por qué no se consideran aplicables al caso, cuando debieron tenerse en cuenta y valorarse, reduciendo significativamente las multas propuestas. En cuanto a la naturaleza de la infracción señala que la infracción es de naturaleza puramente formal y en todo caso de escasa entidad. En cuanto al grado de responsabilidad, señala que se ha acreditado la concurrencia de causas eximentes de responsabilidad en los Consejeros, así como la convicción de que el IARC se ajustaba a Derecho, formulándose en idénticos términos a los de años anteriores, añade que no se han ocasionado pérdidas a terceros por la infracción, no se han obtenido ganancias como consecuencia de la infracción; no se han generado consecuencias desfavorables para el sistema financiero o la economía nacional; se han adoptado medidas organizativas y se ha facilitado la información desglosada para 2014; y se ha colaborado con la CNMV facilitando cuanta información se ha considerado factible en todo momento, a la vista de las circunstancias del caso. No se puede hacer referencia a la finalidad disuasoria de la sanción ya que ha aprobado el IARC de 2014 con dicha información desglosada ni tampoco ejemplarizante porque el resto de sociedades cotizadas han remitido la información desglosada.

Las alegaciones del recurrente relativas a la graduación de la sanción no pueden ser estimadas.

El recurrente, al cuestionar la proporcionalidad, parte de premisas que han sido desvirtuadas en los anteriores fundamentos de derecho al analizar la tipicidad y

culpabilidad: la obligación de desglose individual de retribuciones constituye una infracción grave. El hecho que haya obtenido el respaldo de la Junta General no justifica esa omisión. No expuso durante la tramitación del expediente sancionador las razones de interés general que justificaban la falta de remisión de esa información. El hecho que en el IARC de 2014 incluya ese dato no impide que pueda ser sancionado por el hecho aquí imputado que viene referido al IARC de 2013. No se aprecia la existencia de causas eximentes.

Es cierto que el hecho de que se califique la infracción como grave, en vez de leve, ocasiona unos perjuicios a los Consejeros a la hora de valorar su honorabilidad para prestar servicios como administradores de sociedades del sector financiero, ya que, si se hubiera calificado la infracción como leve, no habría responsabilidad sancionadora de los Consejeros, que sólo está prevista para las infracciones graves y muy graves. Ahora bien, establecido que la conducta analiza reúne los elementos exigidos por el tipo del artículo 100 b) de la LMV el principio de legalidad impide que pueda calificarse este incumplimiento como leve, operando el principio de proporcionalidad.

En relación a la graduación de la sanción, efectivamente como señala el recurrente, no se pueden tener en cuenta elementos que sirven para tipificar la conducta como grave para incrementar la sanción, pero en este caso, dado que la infracción grave abarca varios incumplimientos que pueden ser de mayor o menor intensidad, se tienen en cuenta las particularidades que concurren para graduar la sanción, como en este caso la persistencia temporal del peligro ocasionado. No se puede utilizar como criterio de graduación para minorar la multa la existencia de pérdidas o consecuencias desfavorables para el sistema financiero al ser una infracción de carácter formal. Tampoco se aprecia una colaboración con la CNMV mas allá del ejercicio del derecho de defensa. En cuanto a la finalidad disuasoria y ejemplarizante es inherente a la imposición de la sanción con la consiguiente publicación de la misma no sólo para el conocimiento de las entidades y personas físicas sujetas a la legislación del mercado de valores e inversores sino también para que el ciudadano conozca que en este caso los poderes públicos han ejercido de forma efectiva las funciones de control y potestad sancionadora otorgada por el legislador.

**NOVENO:** Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso. Las costas se imponen a la parte actora conforme a lo previsto en el artículo 139 LJCA.

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

**DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A Y KUTXABANK, S.A., D. ALZ, D. JBG, D. AAG, D. LAE, D. FAA, D. JAS, D. JBE, D. JRB Y D. XGM** contra la resolución del Subsecretario de Economía y competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad de 12 de septiembre de 2016 y 28 de octubre de 2015, que se declara conforme a derecho.

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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.