

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso núm.: 1297/2022

Ponente: D.ª María Isabel Perelló Doménech

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 25 de noviembre de 2021.

Fallo: Admisión

En Madrid, a 31 de mayo de 2022.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal del Banco Santander, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la Orden de la Vicepresidenta Tercera del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 18 de febrero de 2020, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que acordó, en su sesión de 29 de mayo de 2019, y en lo que a este recurso de casación interesa, imponer a Banco Popular Español (actualmente, Banco Santander, S.A.), por la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), por la omisión de datos y presentar datos engañosos en sus Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros, correspondientes a los ejercicios 2013 a 2015, en relación con los sistemas de ahorro a largo plazo y pagos por resolución de contrato de los Consejeros ejecutivos de la entidad, multa por importe de 1.000.000 euros (un millón de euros).

SEGUNDO.- El recurso, tramitado con el n.º 2031/2019, fue desestimado por sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Por lo que a este recurso interesa, la sentencia, en relación con los invocados principios de responsabilidad personal y culpabilidad, y tras exponer que el Banco Santander sucedió a Banco Popular en su actividad económica en virtud de una fusión por absorción después de que esta última entidad fuera sometida a un procedimiento de resolución mediante el instrumento de la venta de negocio [el Reglamento (UE) 806/2014, de 15 de julio, y la Ley 11/2015, de 18 de junio], considera que, conforme a la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, dictadas en los recursos de casación 631/2018 y 635/2018, procede rechazar el motivo de impugnación, ya que «[...] *la parte actora (Banco Santander) sucedió en virtud de un proceso de fusión a Banco Popular, continuando la actividad económica de esta última entidad, siendo irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan que el proceso de resolución de Banco Popular se decidiera por las autoridades públicas, a lo que es de añadir, por último, que no puede invocarse con éxito el principio de igualdad de trato entre acreedores del mismo rango habida cuenta que la obligación que tiene su origen en la sanción litigiosa nace tras el procedimiento de resolución de Banco Popular y a cargo de Banco Santander.*»

En relación con el principio de tipicidad, la sentencia, transcribiendo en parte su previa sentencia de 6 de octubre de 2021 (recurso 589/2020), considera que el artículo 296 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 y su predecesor en el marco de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores [artículo 100 b)] califican, como infracción grave, la existencia de omisiones o datos falsos o engañosos en los informes de gobierno corporativo o anual de remuneraciones de los consejeros, sin que se admitan medias verdades, ya que una información inexacta por incompleta, por incomprensible o por estar formulada de tal manera que pueda inducir a error (potencialidad), constituye un incumplimiento. Y añade que «*La norma no remite como elemento típico a la existencia de un resultado lesivo efectivo*

o una ventaja económica mayor o menor para el sancionado o para tercero, siendo indiferente la finalidad buscada por la que se realiza la acción típica y objetivándose la acción típica sobre la base del bien jurídico protegido - transparencia corporativa, en el particular caso de una cotizada que opera, además, en un sector regulado como el bancario».

Cuestión distinta, añade, es que haya de concluirse que no existieron omisiones o datos engañosos en los Informes Anuales sobre las Remuneraciones de los Consejeros (IARC) Banco Popular de los ejercicios afectados, algo que habrá de valorarse dentro del principio básico de la importancia de los IARC en la función que los mismos vienen a cumplir en la transparencia de la gestión de las sociedades de capital, y con la deriva de que la información sobre las retribuciones debe ser completa, clara y comprensible, sin que pueda incluirse información que pueda inducir a error o confusión. Y la sentencia, partiendo de la consideración de que lo que aquí se enjuicia es la información que ofrecen por sí mismos los IARC Banco Popular 2013.2015, en el bien entendido de que dichos informes tienen sustantividad propia y no pueden confundirse ni suplirse con otros informes ni con documentos externos a ellos, y menos aún con informes de terceros o con documentos societarios -estatutos- que ni siquiera están sometidos a la misma publicidad y que, en principio, no están llamados legalmente a servir de vehículos de información pública de las retribuciones a consejeros de cotizadas, al detalle y con los rigores y precisiones que marca el bloque normativo aplicable, concluye, de conformidad con la Administración, que los IARC 2013-2015 Banco Popular Español, S.A. *“omitían cualquier tipo de información sobre la existencia de esa compensación por prejubilación que el artículo 27 de los Estatutos del Banco otorgaba a los consejeros e, incluso, la información que contenían ofrecía datos engañosos pues daba a entender que el único derecho que otorgaba el precitado artículo 27 a los consejeros, al hacer una remisión expresa a él y al apartado A.5 de IARC, era del derecho a un sistema de previsión, que cubría únicamente las contingencias de jubilación, incapacidad y fallecimiento, y no la compensación prevista como prejubilación”,* bastando con confrontar dichos IARC con la información que al respecto se recoge en el IARC 2016.

Por otra parte, y en relación con el principio de culpabilidad, la sentencia considera que no existe oscuridad normativa ni interpretación razonable de la norma que ampare el comportamiento sancionado, y que *«[...] la norma, en aquellos conceptos jurídicos indeterminados utilizados, era susceptible de concreción por medio de criterios técnicos y de lógica en el campo especializado de que se trata, y, al particular, no admite dudas al exigir que en el IARC se deba dar información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones, incluida la futura, y siendo indudable la transcendencia que tiene, en este ámbito, la existencia de una política de compensaciones/retribuciones a consejeros por su cese, por cualquier causa, antes de la jubilación y hasta la misma. Las dudas acerca del dónde o en qué parte del IARC se debía hacer tal información o con que extensión no pueden soslayar el incumplimiento sancionado y dichas dudas podían haberse despejado por la simple vía de consultas al regulador, a la CNMV».*

TERCERO.- Notificada la sentencia, se ha preparado recurso de casación por la representación procesal de Banco Santander, S.A., en el que denuncia, en primer lugar, la vulneración del principio de culpabilidad y responsabilidad personal del artículo 25.1 CE y del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 1.1 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación

y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y los artículos 14.2.a) y 15.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014. Alega, en síntesis, que, al hacer responsable a Banco Santander de una multa, formalmente administrativa pero de naturaleza materialmente penal, incurre en clara vulneración del principio de culpabilidad y responsabilidad personal. Por otra parte, la sentencia contraviene los principios y fines esenciales de la normativa de resolución contenida en el Reglamento (UE) 806/2014 y en la Ley 11/2015. Añade que la pervivencia de los elementos empresariales u organizativos no existe en un supuesto donde la resolución de la entidad no deriva de ninguna decisión voluntaria de ninguna entidad, sino del ejercicio de una potestad pública de intervención, lo que impide considerar que en Banco Santander se mantuvieran dichos elementos empresariales u organizativos de Banco Popular, sin que el mero dato formal de la permanencia de la personalidad jurídica de Banco Popular constituya una respuesta suficiente para esta cuestión, pues la personalidad jurídica de Banco Popular se mantiene exclusivamente por exigencias del interés público y como herramienta instrumental para facilitar la resolución de la entidad. Por otra parte, alega que la nota de "continuidad" en la que se basa la sentencia para admitir la transmisión de la responsabilidad no concurre en el presente supuesto, ya que la infracción que se imputa en la resolución recurrida no tiene nada que ver con la continuación de la actividad bancaria. Por último, alega que la sentencia, al limitarse a reproducir lo resuelto en otros recursos, pasa por alto que las compensaciones por prejubilación de los exconsejeros no se materializaron en aplicación de las cláusulas malus y Clawback (reducción y recuperación, respectivamente), impidiendo Banco Santander que las compensaciones por prejubilación fueran efectivas.

Y, en segundo lugar, denuncia la vulneración del artículo 296.1 TRLMV e infracción del principio de *lex praevia et certa* (artículos 25.1 CE y 27 Ley 40/2015, en relación con los artículos 541 del Real Decreto Legislativo 1/2010 y 10 de la Orden ECC/461/2013. Alega que la adecuada interpretación del tipo infractor exige interpretar los términos "*omisiones o datos falsos o engañosos*" considerando en su conjunto la información proporcionada por la entidad obligada, incluyendo las remisiones que la entidad haya podido hacer en esa documentación a otras fuentes de información, y, en este caso, Banco Popular sí había facilitado información sobre la Compensación por Prejubilación en sus IARC, donde se señalaba que, en los contratos de los consejeros, se les reconocían derechos conforme a "*lo previsto en el artículo 27º de los Estatutos Sociales del Banco*", y especificando a continuación que en virtud de dicho artículos, dichos consejeros tenían "*derecho a un sistema de previsión (...) cuando con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, no hubieran sido renovados en su cargo y en sus funciones*". Añade que ni el artículo 541 del Real Decreto Legislativo 1/2010, ni el artículo 10 de la Orden ECC/461/2013, ni la Circular 4/2013 de la CNMV indicaban cómo informar sobre compensaciones por prejubilación. Por lo tanto, concluye, no puede entenderse que haya una omisión o engaño en el sentido de la norma si no se ha definido previamente cuál ha de ser el parámetro de la información a publicar sobre un determinado punto.

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso, la recurrente invoca la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, al provenir el recurso de un acto dictado por la CNMV.

En segundo lugar, invoca la concurrencia de interés casacional objetivo con el fin de garantizar el derecho al reexamen jurisdiccional ante la imposición de sanciones de

carácter penal, alegando que la sanción impuesta a Banco Santander es de naturaleza penal, pues la misma no se reparar el daño causado por una determinada conducta, sino la prevención general, mediante la disuasión y represión, con el fin de proteger *“la transparencia como instrumento o característica fundamental para el correcto funcionamiento en el mercado”*; añade que la sentencia del TEDH de 4 de marzo de 2014 confirmó el carácter penal de una sanción impuesta por la autoridad italiana en materia de mercado de valores también en un caso de supuesta información engañosa acerca de la renegociación de un acuerdo de permuta de acciones; y también invoca, a estos efectos, la gravedad de la sanción que podría llegar a imponerse.

En tercer lugar, la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, considerando necesario que esta Sala matice la jurisprudencia existente sobre la transmisibilidad de la responsabilidad sancionadora impuesta a personas jurídicas en casos en que la sucesión no deriva de ningún acto de voluntad, sino del ejercicio de una potestad pública de intervención para evitar la liquidación de la sociedad objeto de la resolución, y la conducta sancionada no guarda relación alguna con el desarrollo del negocio. Por otra parte, alega la ausencia de jurisprudencia sobre las cuestiones sustantivas invocadas en relación con el artículo 296.1 TRLMV.

Por último, invoca el supuesto del artículo 88.2.c) LJCA: afectación a un gran número de situaciones.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 24 de enero de 2022, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Se han personado, en concepto de parte recurrente, Banco Santander, S.A., representado por el procurador D. ECF. También se persona, en concepto de parte recurrida, el Abogado del Estado, quien se opone a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación presentado cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA. Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respectivo contenido y se ha razonado tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo. De otro lado, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su debida observancia en el proceso de instancia y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

SEGUNDO.- La primera cuestión planteada en el recurso de casación, en el que se denuncia la infracción de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal, trata sobre la transmisión de responsabilidad de Banco Popular a Banco de Santander.

Pues bien, en la STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020), que traía causa del recurso interpuesto por Banco Santander contra resolución por la que se le sancionaba por la infracción muy grave del artículo 51.1 a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y en cuya demanda se denunciaba la vulneración de los principios de responsabilidad personal y culpabilidad, al considerar que no existen vínculos que legitimen la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander y que con la resolución desapareció el Banco Popular que cometió la supuesta infracción, concluimos, en lo que ahora interesa, que Banco de Santander adquirió la totalidad del patrimonio activo y pasivo de Banco Popular y se convirtió en su sucesor universal, continuando su actividad económica y empresarial en su integridad, y que las adquisiciones de una sociedad por otra y los cambios en la titularidad no conllevan la extinción de la responsabilidad por infracciones administrativas, al estar presentes en dichas operaciones las notas de permanencia de la entidad y continuidad en la actividad económica, y añadimos que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas, carece de trascendencia *“que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal.”*

TERCERO.- La parte recurrente, entre otros supuestos de interés casacional, alega que la sanción impuesta a Banco Santander es de naturaleza penal conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que significa que tiene derecho al reexamen jurisdiccional a través de la admisión del recurso de casación; e invoca también la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, al considerar preciso matizar la STS anteriormente citada de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) en atención de que la conducta por la que se sanciona -la información contenida en los IARC sobre la Compensación por prejubilación- está totalmente desconectada del negocio bancario que continuó tras la resolución de Banco Popular, y que tiene su origen exclusivamente en el incumplimiento de una obligación directamente imputable a los miembros del antiguo Consejo de Administración, que cesaron con la ocasión de la resolución de Banco Popular.

Pues bien, justificada por la entidad recurrente la naturaleza penal de la infracción, debe señalarse que en la STS de 25 de noviembre de 2021 (RCA 8156/2020) dijimos que la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto Saquetti c. España, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación. Y también dijimos que la existencia de una infracción de naturaleza penal no comporta, sin más, la admisión del recurso de casación, pero sí comporta hacer una interpretación en favor del interés casacional objetivo a los efectos de la admisión del recurso, siempre y cuando la finalidad del reexamen esté justificada en una pretendida y razonada vulneración de las normas y jurisprudencia aplicables al caso y que hayan sido vulneradas en esa sentencia de instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que este Tribunal está llamado a intervenir no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia, esta Sección

considera procedente, en este caso, admitir a trámite el presente recurso de casación a fin de completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia de esta Sala contenida en al STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) y en las que en ella se citan, en relación con la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas; en concreto, si el hecho de que la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada, rompe o no el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander.

La admisión a trámite del recurso de casación por el motivo indicado hace innecesario un pronunciamiento sobre la otra cuestión planteada por la parte recurrente en su escrito de preparación del recurso de casación.

CUARTO.- En consecuencia y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma, procede admitir a trámite este recurso de casación y precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia de esta Sala contenida en al STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) y en las que en ella se citan, en relación con la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas; en concreto, si el hecho de que la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada, rompe o no el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander.

Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son: artículo 25.1 CE y artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 1.1 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y los artículos 14.2.a) y 15.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014.

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

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

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1297/2022 preparado por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 2031/2019.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia de esta Sala contenida en al STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) y en las que en ella se citan, en relación con la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas; en concreto, si el hecho de que la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada, rompe o no el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes: artículo 25.1 CE y artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el artículo 1.1 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y los artículos 14.2.a) y 15.1 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014; todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA

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

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

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan y firman.