

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE OCTUBRE DE 2021 y
AUTO DE ACLARACIÓN DE 20 DE OCTUBRE DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 589/2020
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de fecha 18 de febrero de 2020, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 29 de mayo de 2019.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 589/2020, se tramita a instancia de DON FGM, representado por la Procuradora Doña MCG, y asistido por el Letrado Don JPO, contra Resolución del Subsecretario del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, dictada por delegación del Ministro de Asuntos Económicos y Transformación digital, el 18/02/2020, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la CNMV de 29/05/2019, por la que se resuelve el expediente administrativo sancionador nº15/2017 y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 11/5/2020 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, habiendo por presentado este escrito, lo admita, teniendo por formulado escrito de demanda en el recurso contencioso-administrativo arriba referenciado, y en su virtud, previa la tramitación legal que corresponda, dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, se acuerde:

- a. Declarar nula de pleno Derecho la Resolución Impugnada en atención a la caducidad del expediente sancionador, con efectos para todos los expedientados;
- b. Anular la Resolución Impugnada, revocándola;
- c. Subsidiariamente, anularla, declarando no ser conforme a derecho el importe de la multa impuesta a mi representado;
- d. Subsidiariamente en relación con las dos solicitudes anteriores, la anulación de la Resolución Impugnada, declarando la comisión de una infracción leve, con todo lo demás que proceda en Derecho, de conformidad con lo indicado en el Fundamento de Derecho Segundo.
- e. Finalmente, y con carácter también subsidiario respecto de los apartados anteriores, acuerde la anulación de la Resolución Impugnada por haber calificado los hechos de manera incorrecta al no ser constitutivos de una infracción continuada.

Y con imposición, en todo caso, a la Administración demandada de las costas causadas, al amparo de lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA."

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente proceso y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente."

3.- Mediante Auto de fecha 19 de enero de 2021 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 21 de septiembre de 2021 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 5 de octubre de 2021, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D^a Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, dictada por delegación del Ministro de Asuntos Económicos y Transformación digital, el 18/02/2020, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la CNMV de 29/05/2019, por la que se resuelve el expediente administrativo sancionador nº15/2017.

Dicha resolución sancionadora de 29/05/2019 parte de considerar acreditados hechos que constituyen una sola infracción grave del art. 296.1 del TRLMV por la omisión de datos y presentar datos engañosos en los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros (IARC), 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 y en la misma se acordó:

<< Imponer a Banco Popular Español, S.A.U. (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, 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).

A D. ARG, Don FGM y D. FAV, en su condición de Consejeros ejecutivos de Banco Popular Español, S.A., en las fechas en las que se cometió la infracción, MULTA por importe de 25.000 euros (VEINTICINCO MIL EUROS).

A D. LHP y Doña AML, en su condición de Consejeros miembros de la Comisión de retribuciones de Banco Popular Español, S.A., en las fechas en las que se cometió la infracción, MULTA por importe de 18.000 euros (DIECIOCHO MIL EUROS).

A D. JOO en su condición de Consejero miembro de la Comisión de retribuciones de Banco Popular Español, S.A. en la fecha de elaboración de los Informes Anuales de Retribuciones de Consejeros de los años 2013 y 2014, en los que se cometió la infracción, MULTA por importe de 16.000 euros (DIECISÉIS MIL EUROS).

A Unión Europea de Inversiones, S.A., en su condición de Consejero miembro de la Comisión de retribuciones de Banco Popular Español, S.A. en la fecha de aprobación del Informe Anual de Retribuciones de los Consejeros del año 2013, en el que se cometió la infracción, MULTA por importe de 14.000 euros (CATORCE MIL EUROS).>>

2.- Hechos

En la resolución sancionadora se parte de que:

“Tras analizar la información anterior contenida el IARC de Banco Popular correspondiente al ejercicio 2016 se entendió que en los IARC de ejercicios anteriores a 2016, no había información que explicara suficientemente la naturaleza de las aportaciones adicionales a los sistemas de ahorro de los Consejeros ejecutivos, puestas de manifiesto con motivo del cese de D. AR y de D. FG.

En estos IARC no se hacía referencia a que los sistemas de ahorro pudieran no estar suficientemente dotados para cubrir las contingencias previstas en los mismos, en particular el cese de los consejeros ejecutivos con anterioridad a que los mismos cumplieran la edad legal de jubilación, y, en consecuencia, no se explicaba la posibilidad de tener que realizar las aportaciones adicionales de 15,6

millones de euros en el caso de D. AR y 14,6 millones en el caso de D. FG que se mencionan en el IARC de 2016.

En conclusión, en los IARC de 2013 a 2015 no se explicaba de manera clara, completa y comprensible que los consejeros ejecutivos tenían derecho a percibir el pago de una pensión desde la fecha de su cese como consejero hasta la edad legal de jubilación y que dicha contingencia no estaba cubierta con las aportaciones realizadas por el Banco.”

Resumidamente, el hecho que se imputa es que, según la CNMV, en los IARC 2013 a 2015 no se explicaba, de manera clara, completa y comprensible:

- (i) que los consejeros ejecutivos tenían derecho a percibir el pago de una pensión desde la fecha de su cese como consejero hasta la edad legal de jubilación y
- (ii) que dicha contingencia no estaba cubierta con las aportaciones realizadas por el banco

Las sanciones se concretan, subjetivamente, en los consejeros con funciones de dirección – consejeros ejecutivos - y los miembros de la Comisión de retribuciones que lo fueran en la fecha de aprobación de los IARC de estos ejercicios.

D. FG ha sido Consejero Delegado de Banco Popular desde el 30/01/2013 al 27/07/2016.

3.- Tipicidad

Resumidamente, la parte actora viene defender que la conducta recogida en el expediente administrativo no resulta subsumible en el tipo del artículo 296.1 de la LMV y a negar que en los IARC, apartado A.5 y A.7, de los ejercicios 2013-2015, se omitieran datos e incluyeron datos engañosos sobre las retribuciones de los Consejeros pues se defiende que tales IARC reflejaban con precisión – por su remisión expresa a los Estatutos Sociales- cuál era el régimen aplicable a las Pensiones de Jubilación y Prejubilación de los Consejeros, recogiendo, en consecuencia, que existen supuestos de pago de la pensión, siendo uno de ellos el caso de cese anterior a los 65 años. Se alega que ningún precepto obliga a consignar en el IARC las dotaciones que, de acuerdo con la normativa contable, no han de realizarse en el ejercicio al que el IARC se refiere y que la normativa sólo impone hacer constar cuáles son las aportaciones efectivamente realizadas a favor del Consejero a planes de pensiones durante el ejercicio de que se trate, de manera que, si en ese ejercicio no se habían dotado (porque no era exigible), la información consignada no sólo no puede ser tachada de engañosa, sino que era absolutamente veraz y transparente.

3.1 El art. 296.1 del TRLMV, RD Legislativo 4/2015 (similar al previo art. 100 b) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, precepto introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo) viene a señalar:

“Son infracciones graves las siguientes acciones u omisiones:

1. 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 540 y 541 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la disposición adicional séptima de esta ley, o la existencia en dichos informes de omisiones o datos falsos o engañosos; el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 512 a 517, 525.2, 526, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 538, 539, 540 y 541 de dicha ley; carecer las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de una comisión de auditoría y de una comisión de nombramientos y retribuciones en los términos establecidos en los artículos 529 quaterdecies y quincecies de la referida ley o el incumplimiento de las

reglas de composición y de atribución de funciones de dichas comisiones de auditoría de las entidades de interés público contempladas en el citado artículo 529 quaterdecies.”

Resumidamente, sin ningún género de dudas, el art. 296 TRLMV y su predecesor en el marco de la LMV, 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.

A estos efectos no se admiten las 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.

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 el que realiza la acción típica y objetivándose la acción típica sobre la base del bien jurídico protegido – transparencia corporativa, en el particular de caso de una cotizada que opera, además, en un sector regulado como el bancario.

No existe por tanto ningún problema de legalidad típica.

Cuestión distinta es que, al caso de autos, haya de concluirse que no existieron omisiones o datos engañosos en los IRAC 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, en el caso de autos en una de las cotizadas (de hecho son objeto de publicación como hecho relevante) y con la derivada 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.

La obligación de difundir esta información existe desde la publicación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introduce un nuevo artículo 61 ter en el marco de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en el cual se venía a disponer (redacción dada por al D. Final 6.1 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre):

“Artículo 61 ter. Del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros.

1. 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.

2. El informe anual sobre las remuneraciones de los consejeros, la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, la prevista para años futuros, el 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, se difundirá y someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, a la Junta General ordinaria de accionistas.

3. Las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales deberán elaborar un informe anual sobre las remuneraciones de los miembros del consejo de administración y de la comisión de Control en los términos previstos en el apartado 1.

4. El informe anual sobre las remuneraciones de los miembros del consejo de administración, la política de remuneraciones de la sociedad aprobada para el año en curso, la prevista para años futuros, el 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, se difundirá y

someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, a la Asamblea General.

5. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, determinará el contenido y estructura del informe de remuneraciones que podrá contener información, entre otras cuestiones, sobre: el importe de los componentes fijos, los conceptos retributivos de carácter variable y los criterios de rendimientos elegidos para su diseño, así como el papel desempeñado, en su caso, por la Comisión de Retribuciones.»

Dicha obligación aparece hoy recogida en el marco de la **Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010**, de 2 de julio, (LSC) que en su **art. 541**, informe anual sobre remuneraciones de los consejeros, viene a disponer:

“1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre remuneraciones de los consejeros, incluyendo las que perciban o deban percibir en su condición de tales y, en su caso, por el desempeño de funciones ejecutivas.

2. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros deberá incluir información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. Incluirá también un resumen global sobre la aplicación de la política de remuneraciones durante el ejercicio cerrado, así como el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por todos los conceptos por cada uno de los consejeros en dicho ejercicio.

3. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se difundirá como hecho relevante por la sociedad de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo.

4. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día a la junta general ordinaria de accionistas.

5. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, determinará el contenido y estructura del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros, que podrá contener información, entre otras cuestiones, sobre el importe de los componentes fijos de retribución, los conceptos retributivos de carácter variable y los criterios de desempeño elegidos para su diseño, así como el papel desempeñado, en su caso, por la comisión de retribuciones.”

Ya en el ejercicio de 2013, a través de la **Orden ECC/461/20131**, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, (modificada por la disposición final 1 de la Orden ECC/2575/2015, de 30 de noviembre) se viene a establecer un formato homogéneo para facilitar el análisis de los IARC en términos comparables.

Dicha normativa se completa con la a Circular 4/2013 de la CNMV, que establece los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y cuya modificación última ha sido efectuada por la Circular 2/2018 de la CNMV.

La **Orden ECC/461/2013** en su **art. 2** hace especial mención al principio de transparencia informativa:

“La información a incluir en el informe anual de gobierno corporativo y en el informe anual sobre remuneraciones de las entidades obligadas por esta orden habrá de ser clara, íntegra y veraz, sin que pueda incluirse información que pueda inducir a error o confusión al inversor al objeto de hacerse un juicio fundado de la entidad.”

El **art. 10** de dicha Orden al particular del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros de sociedades cotizadas viene a señalar:

“Las sociedades anónimas cotizadas deberán elaborar un informe anual sobre remuneraciones de los consejeros que dará una información completa, clara y comprensible de la política de remuneraciones de la sociedad y tendrá el contenido mínimo siguiente:

1.-Información de la política de remuneraciones para el ejercicio en curso. Dentro de este epígrafe, se contendrá, al menos, la siguiente información:

a) Importe de los componentes fijos y dietas, así como de los conceptos retributivos de carácter variable, con los criterios de evaluación del desempeño elegidos para su diseño y métodos previstos para determinar el cumplimiento de los criterios. Clases de consejeros a los que se apliquen la retribución de carácter variable, así como explicación de la importancia relativa de los conceptos retributivos variables respecto a los fijos.

Este apartado incluirá, en su caso:

1.º Las dietas de asistencia u otras retribuciones fijas como consejero. Estimación de la retribución fija anual a la que den origen las dietas.

2.º La remuneración adicional como presidente o miembro de alguna comisión del consejo.

3.º Cualquier remuneración en concepto de participación en beneficios o primas, y la razón por la que se otorgaron.

4.º Opciones sobre acciones o cualquier otro instrumento referenciado al valor de la acción.

5.º Parámetros fundamentales y fundamento de cualquier sistema de primas anuales (bonus) o de otros beneficios no satisfechos en efectivo.

6.º Una estimación del importe absoluto de las retribuciones variables a las que dará origen el plan retributivo propuesto en función del grado de cumplimiento de las hipótesis u objetivos que tome como referencia.

7.º Las aportaciones a favor del consejero a planes de pensiones de aportación definida o el aumento de derechos consolidados del consejero cuando se trate de aportaciones a planes de prestación definida. En cualquiera de estos casos, se informará sobre los derechos acumulados por el consejero.

8.º Cualesquiera indemnizaciones pactadas o pagadas en caso de terminación de sus funciones.

9.º Las retribuciones por el desempeño de funciones de alta dirección de los consejeros ejecutivos.

10.º Cualquier remuneración suplementaria devengada a los consejeros como contraprestación por los servicios prestados distintos de los inherentes a su cargo. 11.º Cualquier retribución en forma de anticipos, créditos y garantías concedidos, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía.

12.º Las remuneraciones en especie.

13.º Las remuneraciones percibidas por el consejero en virtud de los pagos que realice la sociedad cotizada a una tercera entidad en la cual presta servicios el consejero, cuando dichos pagos tenga como fin remunerar los servicios de éste en la sociedad.

14.º Cualquier otro concepto retributivo distinto de los anteriores, cualesquiera que sea su naturaleza o la entidad del grupo que lo satisfaga, especialmente cuando tenga la consideración de operación vinculada o su omisión distorsione la imagen fiel de las remuneraciones totales devengadas por el consejero.

b) Principales características de los sistemas de previsión con una estimación de su importe o coste anual equivalente.

c) Condiciones que deberán respetar los contratos de quienes ejerzan funciones de alta dirección como consejeros ejecutivos.

d) Cambios más significativos de la política retributiva sobre la aplicada durante el ejercicio anterior.

e) Información sobre los trabajos preparatorios y el proceso de toma de decisiones que se haya seguido para determinar la política de remuneración y papel desempeñado, en su caso, por la comisión de retribuciones y otros órganos de control en la configuración de la política de remuneraciones. Esta información incluirá, en su caso, el mandato y la composición de la comisión de retribuciones y la identidad de los asesores externos cuyos servicios se hayan utilizado para definir la política retributiva.

Igualmente se expresará el carácter de los consejeros que, en su caso, hayan intervenido en la definición de la política retributiva.

f) Información sobre acciones adoptadas por la sociedad en relación con el sistema de remuneración para reducir la exposición a riesgos excesivos y ajustarlo a los objetivos, valores e intereses a largo plazo de la sociedad, lo que incluirá, en su caso, una referencia a: medidas previstas para garantizar que en la política de remuneración de los consejeros se atiende a los resultados a largo plazo de la sociedad, medidas que establezcan un equilibrio adecuado entre los componentes fijos y variables de la remuneración, medidas adoptadas en relación con aquellas categorías de personal cuyas actividades profesionales tengan una repercusión material en el perfil de riesgos de la entidad, fórmulas o cláusulas de recobro para poder reclamar la devolución de los componentes variables de la remuneración basados en los resultados cuando tales componentes se hayan pagado atendiendo a unos datos cuya inexactitud haya quedado después demostrada de forma manifiesta y medidas previstas para evitar conflictos de intereses, en su caso.

g) Información suficiente sobre los plazos fijados para la disponibilidad de las acciones tras la adquisición de su plena propiedad.

2. Política de remuneraciones prevista para años futuros. Deberá realizarse una previsión general de la política de remuneraciones para años futuros que describa dicha política con respecto a: componentes fijos y dietas y retribuciones de carácter variable, relación entre la remuneración y los resultados, sistemas de previsión, condiciones de los contratos de consejeros ejecutivos y altos directivos, y previsión de cambios más significativos de la política retributiva con respecto a años precedentes. Se aportará información sobre el proceso de toma de decisiones para la configuración de la política de remuneraciones prevista para los años futuros y sobre el papel desempeñado, en su caso, por la comisión de retribuciones; así como información sobre incentivos creados por la sociedad en el sistema de remuneración para reducir la exposición a riesgos excesivos y ajustarlo a los objetivos, valores e intereses a largo plazo de la sociedad.

3. Resumen global de la política de retribuciones del ejercicio anterior.

4. Detalle de las retribuciones devengadas durante el ejercicio anterior. Dentro de este epígrafe se contendrá, al menos, la siguiente información:

a) El desglose individualizado de la remuneración de cada consejero, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.a) de este artículo.

b) El desglose individualizado de las eventuales entregas a consejeros de acciones, opciones sobre acciones o cualquier otro instrumento referenciado al valor de la acción.

c) Información sobre la relación, en dicho ejercicio pasado, entre la retribución obtenida por los consejeros y los resultados u otras medidas de rendimiento de la sociedad, explicando, en su caso, cómo las variaciones en el rendimiento de la sociedad han podido influir en la variación de las remuneraciones de los consejeros. d) Información sobre el resultado de la votación consultiva de la junta general, con indicación del número de votos negativos que en su caso se emitieran al informe anual sobre remuneraciones de los consejeros.”

Este último precepto no contiene una enumeración exhaustiva pues su propia literalidad remite a un contenido “mínimo” del IARC, contenido que abarca políticas de retribuciones futuras, e indudablemente tiene relevancia en el régimen retributivo y en la finalidad buscada en cuanto a la transparencia del mismo, la posible existencia de compensaciones a los consejeros por cese, cualquiera que sea la causa de este, compensaciones a mantener hasta la edad de jubilación, en cuantías relevantes y claramente diferenciadas de lo que puede ser el complemento de la pensión de jubilación en el marco del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

3.2 Centrándonos al caso, 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 una 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 anteriormente expuesto.

El art. 27 de los Estatutos del Banco, bajo la remisión genérica a la “*pensión de jubilación*”, remitía de forma inconexa a una dualidad que mezclaba un compromiso de complemento de la pensión de jubilación (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre), con una prestación/compensación por “prejubilación” desde que se produzca, por cualquier causa, el cese del consejero hasta su jubilación:

"Artículo 27º. Pensión por jubilación. Los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración que durante veinte años seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a recibir de él una pensión anual por jubilación pagada por mensualidades iguales que, sumada a la que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social, les suponga una cantidad líquida anual igual a la remuneración que percibieran en la nómina del Banco en la fecha en la que cesaron en el ejercicio de sus funciones, 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, o se comprobara que estaban imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que lo sean las pensiones de jubilación de los empleados. Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable también cuando el tiempo de ejercicio en las funciones de consejero o de miembro de la Dirección General sea inferior a veinte años pero siempre que sea superior a cinco, siendo en tal caso el importe de la pensión, el correspondiente al producto del número de años de servicio por la vigésima parte de la remuneración fija que viniera percibiendo. A los efectos de la jubilación a la que se refieren los dos párrafos anteriores, se sumará el tiempo de ejercicio de funciones en la Dirección Generala en el Consejo de Administración, al tiempo ejercido en otras funciones en el Banco. Las pensiones para la viuda y los hijos menores de las personas a las que se hace referencia en los párrafos anteriores, se causarán en los mismos supuestos y con igual extensión y limitaciones que las aplicables a los empleados de Banca, tomando como base para los correspondientes cálculos el sueldo anual líquido correspondiente al percibido en el mes anterior al fallecimiento."

Si acudimos al IARC 2015 publicado en la web de la CNMV, vemos que la explicación e información que se daba, y por extensión la de los IARC de los años previos 2013 y 2014 que se mantenían en los similares términos (<https://www.cnmv.es/portal/Consultas/EE/InformacionGobCorp.aspx?TipInforme=6&nif=A28000727>), era todo menos clara y precisa acerca de la existencia de esa “compensación” distinta de la pensión de jubilación y anterior a la jubilación propiamente dicha:

"A.5 Explique las principales características de los sistemas de ahorro a largo plazo, incluyendo jubilación y cualquier otra prestación de supervivencia, financiados parcial o totalmente por la sociedad, ya sean dotados interna o externamente, con una estimación de su importe o coste anual equivalente, indicando el tipo de plan, si es de aportación o prestación definida, las condiciones de consolidación de los derechos económicos a favor de los consejeros y su compatibilidad con cualquier tipo de indemnización por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero.

Indique también las aportaciones a favor del consejero a planes de pensiones de aportación definida; o el aumento de derechos consolidados del consejero, cuando se trate de aportaciones a planes de prestación definida.

Explique los sistemas de ahorro a largo plazo

En los contratos de los Consejeros Ejecutivos se reconoce lo previsto en los Estatutos Sociales del Banco, según el cual los miembros de la Dirección General del Banco y del Consejo de Administración que

durante veinte años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tienen derecho a un sistema de previsión para cubrir las contingencias de jubilación, incapacidad y fallecimiento.

Jubilación

Se reconoce a los Consejeros Ejecutivos una pensión que, sumada a la pensión que perciban de la Seguridad Social, ascienda a una cantidad igual a la remuneración fija que en cómputo anual percibieran del Banco, 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, o se comprobara que estaban imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que lo sean las pensiones de jubilación de los empleados.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable también cuando el tiempo de ejercicio en las funciones de Consejero o de miembro de la Dirección General sea inferior a veinte años pero siempre que sea superior a cinco, siendo en tal caso el importe de la pensión, el correspondiente al producto del número de años de servicio por la vigésima parte de la remuneración fija que viniera percibiendo.

Invalidez

Se reconoce a los Consejeros Ejecutivos un complemento anual por incapacidad que, sumado a la pensión que perciban de la Seguridad Social, ascienda a una cantidad igual a la remuneración fija, sin el complemento por desempeño individual, que en cómputo anual percibieran del Banco en el momento de pasar a situación de incapacidad.

Fallecimiento

Para el caso de fallecimiento, el complemento por viudedad y/o orfandad se causará en los mismos supuestos y con igual extensión y limitaciones que las aplicables al resto de los empleados del Banco, tomando como base para los correspondientes cálculos la retribución fija, sin el complemento por desempeño individual, en cómputo anual correspondiente al momento del fallecimiento

A.6 Indique cualesquiera indemnizaciones pactadas o pagadas en caso de terminación de las funciones como consejero.

Explique las indemnizaciones

No existen cláusulas de indemnización en caso de terminación de las funciones como consejero.

A.7 Indique las condiciones que deberán respetar los contratos de quienes ejerzan funciones de alta dirección como consejeros ejecutivos. Entre otras, se informará sobre la duración, los límites a las cuantías de indemnización, las cláusulas de permanencia, los plazos de preaviso, así como el pago como sustitución del citado plazo de preaviso, y cualesquiera otras cláusulas relativas a primas de contratación, así como indemnizaciones o blindajes por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero ejecutivo. Incluir, entre otros, los pactos o acuerdos de no concurrencia, exclusividad, permanencia o fidelización y no competencia post-contractual.

Explique las condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos

Los Consejeros que desempeñan funciones ejecutivas son don ARG (Presidente), don FGM (Consejero Delegado) y don FAV (Consejero Secretario).

Las condiciones principales y, en especial, las retribuciones, derechos y compensaciones de contenido económico de cada Consejero que desempeña funciones ejecutivas en Banco Popular, se determinan en sus respectivos contratos, y están dentro de los conceptos retributivos que se determinan en los Estatutos Sociales del Banco y son acordes con la Política de Retribuciones de Banco Popular.

Los contratos de los Consejeros Ejecutivos son indefinidos, sin que en ellos figure ningún plazo de preaviso, ni cláusulas de permanencia o fidelización. Los Consejeros Ejecutivos no podrán celebrar durante la vigencia de los mismos, contratos de trabajo ni de prestación de servicios profesionales con otras empresas o entidades, cualquiera que sea el rango o naturaleza de los mismos, existiendo además una prohibición de no concurrencia en relación con empresas y actividades de análoga naturaleza que la Entidad, ya sea por cuenta ajena como por cuenta propia durante la vigencia del contrato en toda su extensión.

El desempeño de otros puestos representativos, de administración, gestión y otras situaciones profesionales, estará sometido a lo establecido en el régimen de incompatibilidades y limitaciones de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y su normativa de

desarrollo o normativa que en su caso la sustituya, y a lo dispuesto en el reglamento del Consejo de Administración de Banco Popular.

El Reglamento del Consejo de Administración establece que durante el ejercicio del cargo ningún Consejero podrá aceptar su designación como Consejero o Directivo de otro Banco, Empresa de Servicios de Inversión, Entidad de Seguros o cualquier otra entidad financiera sin la autorización expresa y previa del pleno del Consejo de Administración, siempre que la entidad desarrolle su actividad, en todo o en parte, dentro del ámbito de actuación de Banco Popular o sus entidades filiales.

El Consejero que cese en el cargo no podrá aceptar su designación como Consejero de otro Banco con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituye el objeto social, durante un período de dos años a contar desde que se produzca el cese, salvo autorización expresa del Consejo de Administración.

En los contratos de los Consejeros Ejecutivos se reconoce lo previsto en el artículo 27º de los Estatutos Sociales del Banco, según el cual los miembros de la Dirección General del Banco y del Consejo de Administración que durante veinte años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tienen derecho a un sistema de previsión para cubrir las contingencias de jubilación, incapacidad y fallecimiento, conforme a lo descrito en el apartado A.5 precedente.

Los Consejeros Ejecutivos no tienen establecido en sus contratos el derecho al cobro de ninguna indemnización como consecuencia del cese de sus cargos como consejeros, sin perjuicio de lo que legalmente pudiere corresponderles por la relación laboral previa que mantenían con el Banco, y que tienen declarada formalmente en suspenso.

En todo caso, los contratos incluyen la previsión para el supuesto de que pudiera derivarse como consecuencia de la extinción de la relación laboral declarada en suspenso algún tipo de indemnización, ésta se abonará de acuerdo con lo que en su caso establezca el Banco de España en desarrollo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito o normativa vigente en su momento.” (Los subrayados son añadidos para enfatizar lo de interés al caso).

El IARC 2013, el punto A.7 de dicho informe, incurría, incluso de una forma más patente y redundante, en el vicio de información inexacta y oscura en cuanto a la posible prestación complementaria por cese:

“Conforme a lo establecido en su Reglamento, corresponde al Consejo de Administración, previa propuesta de la Comisión de Retribuciones, la aprobación de la política de retribución de los Consejeros y altos directivos, la retribución individual de los Consejeros Ejecutivos y las demás condiciones de sus contratos y las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos.

Conforme a las características de las actuales relaciones contractuales, de carácter indefinido y en las que no figuran plazos de preaviso ni cláusulas de permanencia, a los Consejeros Ejecutivos se les reconocerán en caso de cese los derechos que establece la normativa laboral común.

Por lo que respecta al deber de no competencia, el Reglamento del Consejo de Administración establece que los Consejeros deberán respetar lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades y limitaciones de altos cargos de la banca privada.

Asimismo, durante el ejercicio del cargo ningún Consejero podrá aceptar su designación como Consejero o Directivo de otro Banco, Empresa de Servicios de Inversión, Entidad de Seguros o cualquier otra entidad financiera sin la autorización expresa y previa del pleno del Consejo de Administración, siempre que la entidad desarrolle su actividad, en todo o en parte, dentro del ámbito de actuación de Banco Popular o sus entidades filiales.

El Consejero que cese en el cargo no podrá aceptar su designación como Consejero de otro Banco con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituye el objeto social, durante un período de dos años a contar desde que se produzca el cese, salvo autorización expresa del Consejo de Administración.

En ambos supuestos, el Consejo podrá solicitar informe de la Comisión de Nombramientos, Retribuciones, Gobierno Corporativo y Conflictos de Intereses si lo considera conveniente.” (Los subrayados son añadidos para enfatizar lo de interés al caso).

3.3 De la simple lectura de lo anteriormente transcrito ha de concluirse, de conformidad con la Administración, que los IARC 2013-2015 Banco Popular Español SA,:

“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 del 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” (sic).

3.4 Basta con confrontar dichos IARC con la información que al respecto se recoge en el IARC 2016. El 20/02/2017, Banco Popular Español, SA publicó, como información relevante, su IARC 2016.

El citado Informe recogía la información relativa los Sistemas de ahorro de D. ARG y de D. FGM y en lo que se refiere a este último, hoy recurrente, se informaba que durante el ejercicio 2016, como consecuencia de su cese como Consejero, se había realizado una aportación de 14.623 miles de euros. Según se explicaba, este importe se componía de la suma de, por un lado, 2.484 miles de euros, como *“consecuencia del cambio de estado civil del señor G”* (sic) y, por otro, de 12.139 miles de euros, como consecuencia de los compromisos por pensiones pendientes de dotar, que se registran en su totalidad en la fecha de su cese, todo ello en aplicación de lo previsto en los Estatutos sociales. Con esta aportación adicional, el importe de los fondos acumulados en el sistema de ahorro de D. FGM ascendía a 20.340 miles de euros:

“c) Sistemas de Ahorro a Largo Plazo. De acuerdo con la información que se encuentra recogida en el apartado D.1.a), iii), el coste a cargo del Banco en el ejercicio 2016 por la cobertura de los compromisos por pensiones de los consejeros señores R y A, asciende a 243 y 786 miles de euros, respectivamente, en total 1.029 miles de euros. Adicionalmente, el coste a cargo del Banco en el ejercicio 2016 por la cobertura de los compromisos por pensiones del anterior consejero delegado, don FGM, asciende a 2.484 miles de euros como consecuencia del cambio de estado civil del señor G y 12.139 miles de euros como consecuencia de los compromisos por pensiones pendientes de dotar que se registran en su totalidad en la fecha de su cese, todo ello en aplicación de lo previsto en el artículo 27º de los Estatutos Sociales.

*Los derechos consolidados y las reservas matemáticas vinculadas a los derechos pensionables de los administradores actuales Sres. R, A, H y A, ascienden a 8.575, 5.163, 9.119 y 15.678 miles de euros respectivamente, lo que suma 38.535 miles de euros que, unidos a los 53.448 miles de euros de otros consejeros anteriores, ascienden a un total de 91.983 miles de euros al 31 de diciembre de 2016.
(...)”*

La incorporación de una Disposición transitoria en los Estatutos sociales:

“De acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria de los Estatutos Sociales del Banco que se presenta a aprobación en la Junta General Extraordinaria a celebrar el 20 de febrero de 2017, los miembros de la Dirección General del Banco y del Consejo de Administración que ostentaran dicha condición en la fecha de celebración de la Junta General de Accionistas del Banco de 2016 y que durante veinte años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a una pensión que, sumada a la pensión que perciban de la Seguridad Social, ascienda a una cantidad igual a la Retribución Fija Dineraria bruta, sin el complemento por desempeño individual, que en cómputo anual percibieran del Banco, 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, o se comprobara que estaban imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que lo sean las pensiones de jubilación de los empleados. Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable también cuando el tiempo de ejercicio en las funciones de Consejero o de miembro de la Dirección General sea inferior a veinte años pero siempre que sea superior a cinco, siendo en tal caso el importe de la pensión, el correspondiente al producto del número de años de servicio por la vigésima parte de Retribución Fija Dineraria que viniera percibiendo.”

Ante lo transcrito es evidente que la información resultante del IARC 2016 no tenía nada que ver con la que se suministraba en el IARC de los tres años inmediatamente anteriores y de la que no resultaba, de forma clara, precisa y sin ambages, esa especial compensación por cese, y menos aun la que se denomina como aportación por cambio de estado civil en favor del Sr. G que incluso es difícil de situar dentro del art. 27 de los Estatutos. Por otro lado, si el sistema resultaba con total claridad del art. 27 de los Estatutos, tal y como defiende la demanda ¿Qué sentido tenía el tener que introducir una disposición transitoria a los mismos en 2017? Esta Disposición transitoria afectaba, precisamente, a tres Consejeros ejecutivos: al Presidente, D. ARG, a D. FGM y al Secretario del Consejo, D. FAV

3.5 No existe por tanto oscuridad normativa ni interpretación razonable de la norma que ampare el comportamiento sancionado y menos aún en el particular del recurrente en cuanto a qué era uno de los directamente beneficiados por ese compromiso de retribución “pensión anticipada” y sin olvidar que esta omisión e inexactitud en la información acerca de ese especial compensación por cese, distinta, previa e independiente de la jubilación, tiene relevancia pues el cese anticipado ha generado la necesidad de que el Banco haya tenido que realizar aportaciones adicionales de 27,7 millones de euros, necesidad eventual que no había sido adecuadamente informada y, por lo tanto, no se sustrajo de poder ser evaluada por los inversores, presentes o futuros.

Conviene recordarle a la parte qué por lo que se está sancionando es por el incumplimiento de una obligación formal de información en el marco de los IARC y qué para la apreciación de tal incumplimiento es indiferente si, conforme a las normas contables, el Banco tenía o no deber de dotar la cobertura a los sistemas de previsión en el supuesto de cese antes de la jubilación, en qué alcance y de qué manera. Como ya hemos visto, el modelo de IARC recogido por la Circular 4/2013 de la CNMV remite a que, clara y detalladamente, “Explique las principales características de los sistemas de ahorro a largo plazo, incluyendo jubilación y cualquier otra prestación de supervivencia, financiados parcial o totalmente por la sociedad, ya sean dotados interna o externamente, con una estimación de su importe o coste anual equivalente, indicando el tipo de plan, si es de aportación o prestación definida, las condiciones de consolidación de los derechos económicos a favor de los consejeros y su compatibilidad con cualquier tipo de indemnización por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero”

4.- Calificación de la infracción. Infracción grave 296.1 del TRLMV vs art. 300.1 del TRLMV

La parte pretende que los hechos sean remitidos al ámbito del art. 300.1 del TRLMV, como infracción leve (“1. Constituyen infracciones leves de las entidades y personas a que se refiere el artículo 271, 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 artículos 277 a 299”) y considerarlos, en consecuencia, prescritos.

Por lo expuesto en el fundamento jurídico antecedente y dado el carácter meramente residual del art. 300.1 del TRLMV, queda más que contestada esta cuestión, en cuanto a que es correcto y acertado el encuadramiento típico de los hechos acreditados en el art. 296.1 del TRLMV

5.- Culpabilidad

La recurrente defiende que su conducta no puede ser reprochable ni siquiera a título de culpa, ya que obedece a una interpretación razonable de la norma pues la interpretación asumida no puede considerarse irrazonable, y máxime cuando:

(i) el criterio aplicado fue avalado por el Informe del Despacho Garrigues,

(ii) en el proceso de elaboración de los IARC de 2013, 2014 y 2015 se contó con el asesoramiento de dicho Despacho, y

(iii) el criterio aplicado por Banco Popular es el comúnmente aplicado por las principales entidades financieras españolas. Adicionalmente, los Consejeros aprobaron los IARC sobre la base del Informe de Garrigues que, en julio de 2014, establecía la plena conformidad de la comunicación de información realizada por Banco Popular a través del IARC con la normativa de aplicación.

El informe del Despacho Garrigues de 21/07/2014 se hace constar:

"(...) En relación con el compromiso incluido en el art. 27 de los Estatutos Sociales el Banco en virtud del cual, los consejeros ejecutivos tienen derecho a percibir a "pensión por jubilación" en caso de su no renovación, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad, se plantea la necesidad de incluir información adicional por parte del Banco en relación con este compromiso en su IARC.

En nuestra opinión, no es obligatoria la inclusión de información alguna en relación con dichos compromisos atendiendo a las siguientes razones:

• Tal y como antes se ha expuesto, el apartado A.5 del IARC se refiere a seguros de ahorro que instrumentan compromisos por pensiones en los términos regulados en la normativa de planes y fondos de pensiones. Banco Popular ya incluye adecuadamente dicha información.

• En el desglose del apartado D.1.a).iii) se hace referencia al detalle individualizado de los importes acumulados, lo que también ha sido cumplimentado debidamente por; el Banco.

• No estamos en presencia de un seguro que instrumenta un compromiso por pensiones, sino más bien de un compromiso de pago de una renta temporal en determinados supuestos, por lo que no debe hacerse referencia ni el A.5 ni en el detalle del D.1.a).iii) a este concepto.

• Este es el criterio que ha seguido alguna entidad financiera, como es el caso de BBVA, en cuyo IARC, apartado A.5, se explica y se detallan los saldos del sistema de pensiones de los consejeros ejecutivos, sin mención alguna en este apartado a cualquier otro compromiso de prejubilación. BBVA tiene asumidos con alguno de sus consejeros ejecutivos un compromiso de prejubilación similar como se ha expuesto en el contenido del presente Informe, al que mantiene Banco Popular. BBVA hace referencia al mismo en el apartado A.7 del IARC, apartado relativo a las condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos sin especificar importes ni saldos acumulados,

• Únicamente Banco Santander incluye en el apartado A.7 explicación, e incluso detalle numérico de las aportaciones anuales al sistema de prejubilación acordado con sus consejeros ejecutivos pero no incluye éstos en los saldos acumulados del apartado D.1.a).iii).

• Los compromisos del Banco Popular están recogidos en el artículo 27 de los Estatutos Sociales, por lo que existe ya una información pública de los mismos, a diferencia de los Estatutos Sociales de las dos entidades financieras citadas, que no recogen expresamente dichos compromisos. Esos compromisos están recogidos en sus contratos con sus consejeros ejecutivos, por lo cual se mencionan en el apartado A. 7 de sus IARC.

Creemos, por tanto, que Banco Popular no está obligado a incluir información alguna en su IARC en relación con los compromisos asumidos en el artículo 27 de sus Estatutos Sociales. Por el contrario. en caso de que en los contratos con los consejeros ejecutivos se hiciese mención a los compromisos asumidos por el Banco al amparo del citado artículo, Banco Popular debería incluir en el apartado A.7 del IARC una referencia genérica a la existencia de dichos compromisos, como han hecho Banco Santander y BBVA, sin que exista, en nuestra opinión, obligación alguna de desglosar importes y cantidades.”

Nuevamente bastaría con remitirnos a lo ya dicho en el FJ 3 de la presente, en lo que resulta del bloque normativo ya expuesto, en cuanto al alcance y contenido del deber incumplido, siendo 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 trascendencia 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.

Además, el dictamen solicitado al Despacho Garrigues versaba sobre el alcance de los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 27 de los Estatutos del Banco, y sobre el momento en el que los consejeros tienen derecho a percibir las cantidades derivadas de esos derechos y siendo que la información efectivamente contenida el apartado A.7 de los IARC Banco Popular 2013-2015, tal y como hemos visto, es inexacta, por omisiva y por su potencialidad de inducir a error, pues, es la misma, por referencia, a la ofrecida en el apartado A.5 del IARC que, únicamente informaba sobre las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento.

6.- Igualdad

El recurrente es sancionado al pago de una multa de 25.000 euros, en su condición de Consejero ejecutivo.

Defiende el demandante que la responsabilidad por la aprobación del IARC es colegiada de todo el Consejo, que no existe justificación alguna a que unos consejeros hayan sido sancionados y otros no, que no puede admitirse que exista una obligación cualificada que recaiga sobre la Comisión de Retribuciones por el sólo hecho de tener legal y estatutariamente asignada la función de asesoramiento en materia de retribuciones, ni tampoco puede considerarse que los Consejeros ejecutivos son especialmente responsables -incluso con mayor gravedad que aquéllos, ya que se les impone una multa más elevada- porque a ellos se refieren las retribuciones.

La resolución viene a justificar la concreción subjetiva de los sancionados sobre la base de que:

“(…) aunque la responsabilidad recaiga en el Consejo, por las especiales funciones que ostentan los miembros de la Comisión de retribuciones en relación con los IARC y la garantías con las que se rodean este tipo de comisiones, exigiéndose que no puedan de la Comisión como al menos una tercera parte de los miembros sean consejeros independientes, hacen que les sea exigible mayor responsabilidad que a otros y que por tanto sean merecedores de reproche sancionador.

En cuanto a los Consejeros ejecutivos, atendiendo a la posición de más alta responsabilidad que ocupaban en la Entidad, y en el propio Consejo, y a que la información no se estaba haciendo pública

con la exigible claridad, amplitud y transparencia, es coherente exigir también un mayor reproche sancionador en su ámbito de responsabilidad.

Tampoco puede admitirse, sin más, la mera mención a la conculcación del principio de igualdad porque se haya determinado inicialmente una sanción mayor para los Consejeros ejecutivos que para los Consejeros que no tenían esa condición. No es cierto que se haya determinado mayor sanción que al resto de los Consejeros, como se afirma, sino que tal y como se ha motivado la responsabilidad de un grupo de consejeros, los ejecutivos, es mayor que la del resto de Consejeros miembros de la Comisión de retribuciones, lo que ha llevado a que la determinación de la sanción sea mayor, pero ello, ni afecta al principio de igualdad ni permite apreciar que la actuación de la Administración sea arbitraria, como se afirma. Muy al contrario, como se ha mencionado anteriormente, los deberes de diligencia y, por ende, la exigencia de responsabilidad de los consejeros no son exigibles por la Ley por igual (ex. artículo 225 de la LSC y 271 del TRLMV). En el sentido expuesto, y tratando por igual situaciones iguales, no apreciamos en qué aspecto puede verse vulnerado el principio de igualdad ante la Ley”

Lo acertado o desacertado de sancionar solo a parte del Consejo, en particular solo a los consejeros ejecutivos, y a los miembros de la Comisión de retribuciones, no enturbia el hecho de que la dualidad en la condición de miembro del Consejo/consejero ejecutivo, llevan al recurrente a ser sujeto activo de tipo sancionador y a la máxima de que el principio de igualdad ha de invocarse dentro en la legalidad que no en la ilegalidad (no se puede reclamar no ser sancionado en la responsabilidad constatada por hecho típico por el simple hecho de que otros deberían haberlo sido y no lo fueron). Tratándose de un supuesto de aplicación de la legalidad sancionadora la parte actora está construyendo la supuesta vulneración de su derecho en relación al art. 14 de la CE mediante la alegación de lo que la doctrina denomina "*igualdad en la ilegalidad*", concepto que también ha acogido en ocasiones el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 181/2006, de 19 de junio.

<< "Debemos estar a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que no ampara el derecho a la igualdad en la ilegalidad.

Así el FJ Cuarto de la STC 21/1992, de 14 de febrero, denegatorio de un recurso de amparo, es contundente cuando afirma:

"Hemos dicho reiteradamente que el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido (últimamente, por ejemplo ATC 21/1991)">> S. TS 15/03/2021 REC 346/2019

Es evidente que los miembros del Consejo y en especial los consejeros ejecutivos, en la función general de dirección y supervisión de la sociedad mercantil y en su conocimiento de la sociedad, tienen una especial responsabilidad en todo lo que se refiera a la correcta realización de los IARC en la información que se ha de transmitir en los mismos, encontrándonos en el caso de autos ante una falta de diligencia, en el cumplimiento de sus funciones sancionable a título de negligencia sin causa de justificación alguna, especialmente relevante por cuanto los datos inexactos hacían referencia a retribuciones que directamente concernían al recurrente.

7.- Proporcionalidad de la sanción.

En la argumentación del recurrente al cuestionar la proporcionalidad se vuelven a reproducir argumentos ya tratados en los fundamentos jurídicos anteriores y la resolución sancionadora

está más que motivada en el concreto de la sanción impuesta, habiendo dado respuesta a cada una de las argumentaciones del recurrente al respecto.

7.1 Al caso del aquí recurrente, la sanción impuesta se concreta en el marco del art. 397.1 dl TRLMV, apreciando la concurrencia de circunstancias agravantes del apartado d) del artículo 310.1 del TRLMV ("*d) La gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado*"), en los siguientes términos:

"En segundo lugar, alegan que las sanciones propuestas también resultan desproporcionadas a la vista de los criterios legales y jurisprudenciales. Por un lado, son desproporcionadas porque la sanción que se impone a los Consejeros ejecutivos y a los miembros de la Comisión de retribuciones es totalmente desproporcionada si se compara con la sanción impuesta a Banco Popular. Así, siendo el límite máximo de la sanción a imponer a la Entidad la cantidad de 255.667.920 euros, se le impone una sanción de multa por importe de 1.000.000 euros, esto es, el 0,39% de ese máximo. Sin embargo, en relación con los Consejeros ejecutivos y miembros de la Comisión de retribuciones, siendo la cantidad máxima la de sanción de multa de 250.000 euros, se han impuesto sanciones por importe de 25.000 euros -10% del importe máximo- y 18.000 euros -un 7,2% del importe máximo- o Dichas cifras evidencian, según ellos, una manifiesta desproporción. Esta idea se reitera en los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, señalando que, aun cuando ambas cantidades se encuentran dentro de los límites legales, como se estaría sancionado a la persona física con mayor rigor, el patrimonio de ésta podría verse afectado mucho más seriamente que el de la Entidad.

Pues bien, probablemente, si se atiende al razonamiento expuesto, pudiera parecer la existencia de una desproporción en la sanción, pero ese razonamiento creemos que simplemente atiende a un criterio cuantitativo sin tener en cuenta otras cuestiones tales como que los máximos fijados por la norma no son iguales para las entidades que para las personas que ejerzan cargos de administración o dirección. Mientras que en las primeras se establece una cantidad que será la que resulte mayor de los criterios que ofrece, para el caso de las personas físicas es una cantidad fija que no tiene en cuenta el patrimonio de los expedientados. Es decir, no ofrece la norma términos comparativos equitativos, ni criterios de determinación semejantes en los que apoyar el razonamiento expuesto en la alegación. En ambos casos, la sanción se encuentra dentro del tercio inferior de la sanción posible, en ambos casos, la multa es proporcionada a la conducta imputada y en ambos casos, se busca que la sanción impuesta cumpla con el principio de prevención especial y retribución propios del derecho sancionador. En cuanto al rigor con el que se sanciona a los expedientados ya pesar de que se afirma que es mayor con el que se sanciona a las Consejeros que al Banco, lo cierto es que no encontramos ese mayor rigor en la sanción, remitiéndonos a lo dicho anteriormente sobre los criterios que ofrece la norma, quedando ajustados de forma proporcionada a los parámetros que la Ley fija para la imposición de sanciones

(...)

En cuarto lugar, alegan que no se ha valorado correctamente la concurrencia de criterios establecidos en el artículo 310 del TRLMV. A este respecto, los expedientados consideran que si la CNMV ha apreciado que se trata de una infracción continuada, no debería haberse considerado como circunstancia agravante la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado que establece el artículo 310.1. d) del TRLMV, y es que, según ellos, la persistencia temporal ya se habría tomado en consideración para entender que es una infracción continuada, por lo que apreciar de nuevo esta circunstancia conllevaría un doble reproche.

Ciertamente, se ha tomado en consideración la persistencia temporal del peligro ocasionado como criterio de agravación de la sanción, pero sólo se ha hecho una vez, como circunstancia prevista en la norma para poder elevar el reproche cuando se trata de infracciones continuadas. La calificación de la infracción como continuada no tiene otro fin que el de poder prefijar la normativa aplicable al supuesto de hecho y calificar la infracción, y la respuesta sancionadora a esta calificación es la que permite aplicar la circunstancia agravante citada, pero no se ha aplicado dos veces como se afirma.

Por último, alegan los expedientados que procedería apreciar como causas que deberían atemperar la sanción propuesta las siguientes circunstancias:

(i) *Inexistencia de intencionalidad* -recogida en el artículo 29.3 a) de la LRJSP-. Según los expedientados, al haberse elaborado los IARC de los años en cuestión con el asesoramiento de una firma de reconocido prestigio que avaló que la información que contenían los referidos IARC era completa y veraz, unido a la buena fe de los Consejeros, que actuaron conforme a los más elevados estándares de diligencia exigible a los administradores, se demuestra la completa inexistencia de intencionalidad. A este respecto, basta señalar que la infracción que se imputa ya contempla la falta de intencionalidad, lo que evidentemente se contempla en la sanción propuesta sin que quepa apreciar esta circunstancia, la del grado de responsabilidad o la existencia de intencionalidad, como circunstancia que atenúe la sanción. Sin perjuicio de lo anterior, como alegación a la Propuesta de Resolución se señala que el razonamiento señalado en la misma no puede ser admitido porque el tipo infractor podría cubrir tanto comportamientos dolosos como meramente negligentes, quedando corroborada la falta de intencionalidad. Esta cuestión, como se ha señalado, ya se tuvo en cuenta a la hora de calificar la infracción, fijar la responsabilidad y proponer las sanciones correspondientes.

(ii) *También se alega como circunstancia atenuante la colaboración con la CNMV* - recogida en el artículo 310.1 j) del TRLMV- al haber colaborado la Entidad siempre que se le ha requerido para ello. De hecho, la información proporcionada por Banco Popular ha sido utilizada por la CNMV como base para establecer los hechos imputados. Respecto de dicha cuestión, debe señalarse que la colaboración con la CNMV no puede apreciarse como circunstancia atenuante toda vez que la información que se ha facilitado a la CNMV lo era en el ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección. Aunque se alega que el precepto legal que recoge dicha circunstancia nada dice sobre que la colaboración lo haya sido en cumplimiento u observancia de las facultades de supervisión, es de razonar que para que la colaboración pueda ser considerada como circunstancia atenuante no tiene que venir obligada por una norma. Téngase en cuenta que la información que ha obtenido la CNMV para confirmar la existencia de la infracción, lo ha sido a través de diversos requerimientos de información, basados en sus facultades de supervisión e inspección y bajo la coerción de la sanción, sin que podamos apreciar que la información que se ha ofrecido lo haya sido en un marco de colaboración con el supervisor.

De estimar lo contrario, esta circunstancia atenuante sería aplicable siempre que las entidades respondiesen a los requerimientos de información en observancia a esos poderes de supervisión e inspección, habiendo de entender que las respuestas o la información que se ofrece se lleva a cabo más por colaboración con el supervisor que en cumplimiento de un deber legal cuya inobservancia, además, podría ser constitutiva de infracción administrativa.

(iii) *Inexistencia de sanciones anteriores* -en aplicación del artículo 310.2 b) del TRLMV-, puesto que los Consejeros ejecutivos y los miembros de la Comisión de retribuciones de Banco Popular sancionados en este procedimiento no han sido sancionados por infracciones anteriores.

Respecto de la circunstancia de ausencia de antecedentes disciplinarios, debe señalarse que dicha circunstancia supone la posibilidad de intensificar el reproche disciplinario en aquellos casos en los que el expedientado haya infringido con anterioridad las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, siendo sancionado por ello, pero no de atenuarlo. No debe olvidarse que una de las finalidades que persigue el derecho administrativo sancionador, aunque no la única, es la disuasoria de futuros incumplimientos por parte del sancionado; de ahí que, en caso de que éste cometa una nueva infracción, la sanción a imponer deba verse agravada, pero no implica, como se pretende, que deba imponerse una sanción inferior a la que merece la conducta infractora por el mero hecho de que el expedientado no haya sido previamente sancionado, es decir, por el hecho de haber cumplido con sus obligaciones y haber respetado la normativa que le resulta de aplicación. En definitiva, por haber observado con anterioridad la conducta que le es exigible.

iv) *En cuanto a que la circunstancia relativa a la menor entidad de la infracción no ha sido valorada por los Instructores en la Propuesta de Resolución*, lo cierto es que el artículo 310.1.a) establece como criterio de determinación de la sanción la naturaleza y entidad de la infracción. Naturaleza y entidad que ha sido puesta de manifiesto a lo largo del expediente, tanto en cuanto a su calificación como infracción grave como a su antijuridicidad material. Por ello, se consideró completamente cumplida la contestación a esta alegación. No obstante, como se hace mención de manera reiterada es de razonar que la entidad de la infracción no es menor sobre la base de que la información era pública. Ya se ha razonado que no lo era, y que la que se había publicado contenía omisiones de relevancia tales que

impedían conocer la existencia de un elemento retributivo en los IARC. La inexistencia de perjuicios derivados de la infracción no califica per se la naturaleza o entidad de la infracción, sin perjuicio de que, de existir, hubieran llevado a su consideración, pero no así su inexistencia, o al menos, la falta de constancia de su existencia.

v) En relación con la subsanación de la infracción por propia iniciativa, lo cierto es que la infracción no ha sido subsanada por propia iniciativa. El hecho de que en 2016 la Entidad publicase la información que no había publicado anteriormente, no subsana la infracción, sino que deja de cometerse, hecho distinto y no encajable en el supuesto de atenuación que se pretende.

Aclarado lo anterior, para concretar la sanción a imponer, entre los Consejeros ejecutivos, es preciso diferenciar, a los que les era de aplicación el sistema retributivo sobre el que se estaba ofreciendo información errónea, y los Consejeros no ejecutivos, a quienes no les es de aplicación. De esta forma, procede aplicar un mayor reproche sancionador a los Consejeros ejecutivos, pues además de ser los máximos responsables del Consejo de Administración, que era el órgano competente para fijar las cuantías de las retribuciones, eran los únicos beneficiarios del sistema retributivo, lo que determina que su grado de responsabilidad en la infracción tenga que ser mayor que la de los miembros del Comité de retribuciones y, en consecuencia, deba aplicárseles una sanción más elevada que a los Consejeros no ejecutivos del Banco.

A la vista de lo anterior, procedería la imposición a los Consejeros ejecutivos de una sanción de multa cuyo importe máximo se sitúa en 250.000 euros, por lo que dentro del ejercicio de proporcionalidad que resulta de aplicación, correspondería situar esta sanción dentro de su tercio inferior en los parámetros medios, por ello procede la imposición de multas por importe de 25.000 euros, a cada uno de ellos."

7.2 El artículo 307 del TRLMV establece que:

"Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción:

1. Multa por importe de hasta 250.000 euros.

(...)

2. 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.

3. Amonestación pública en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor la naturaleza de la infracción o amonestación privada.

(...)"

El artículo 301.2 del TRLMV dispone que:

'2. Para determinar la sanción aplicable entre las previstas en los artículos 306 y 307, se tomarán en consideración, además, las siguientes circunstancias:

a) El grado de responsabilidad en los hechos que concurra en el interesado.

b) La conducta anterior del interesado, en la misma o en otra entidad, en relación con las normas de ordenación y disciplina, tomando en consideración al efecto las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años.

c) El carácter de la representación que el interesado ostente."

7.3 En este caso, de entre las sanciones previstas por el artículo 307 del TRLMV, procedía la imposición de multa recogida en su apartado 1, toda vez que el resto de sanciones están previstas para infracciones o infractores de otra naturaleza o para otros supuestos de especial gravedad que en el supuesto no se han apreciado.

Así, siendo la cantidad máxima la de sanción de multa de 250.000 euros, se impuso al ahora recurrente, en su condición de Consejero ejecutivo, Banco Popular Español, S.A. en la fecha de aprobación del Informe Anual de Retribuciones de los Consejeros del año 2013, 2014 y 2015, en los que se cometió la infracción en la forma descrita en el FJ 3 de la presente, una multa por importe de 25.000 euros, multa que se encuentra en su tercio inferior, dentro de los parámetros inferiores (téngase en cuenta que el límite máximo de la multa para las infracciones leves es de 30.000 € de conformidad con el art. 305 de la LMV)

Partimos de que en los fundamentos anteriores se ha confirmado la existencia de hecho sancionable, su encuadre típico como infracción grave y la responsabilidad del recurrente en los mismos. Además, si algo hace la resolución recurrida, es individualizar la sanción atendiendo al grado de responsabilidad en los hechos, diferenciando, acertadamente, la cuantía de la sanción a imponer a los consejeros ejecutivos a los que les era de aplicación el sistema retributivo sobre el que se estaba ofreciendo información errónea, frente a los Consejeros no ejecutivos miembros de la Comisión de retribuciones y dentro de estos últimos, atendiendo incluso al tiempo en que habían desempeñado sus funciones en relación a los IARC que les eran imputables.

Además estamos ante una infracción de peligro abstracto, que no exige un especial resultado lesivo para su consumación por lo que de existir el mismo, en todo caso, se constituye en circunstancia agravante y siendo que el reproche de culpabilidad que precisa el tipo no exige intencionalidad (basta negligencia) y que no hay subsanación de la infracción por el mero hecho de que en IARC posteriores (en concreto la de 2016) ya se ofrezca una información al caso correcta y completa pues la infracción es de comisión instantánea y por tanto se consume una vez que el IARC previo, inexactamente elaborado, es aprobado.

La Administración ha sancionado por una única infracción en lugar de entender que estamos ante un concurso real de infracciones al tratarse de IARC claramente individualizados por anualidades, tres anualidades aunque sean consecutivas. Así se ha optado por tratar el tema como una sola infracción, ni siquiera como una infracción continuada ex art. 29.6 de la LRJSP 40/2015 (*"Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"*) con la consecuencia sancionadora agravada que ello implicaría por aplicación supletoria del art. 74 del CP (*"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado"*). Es por ello, que, de principio, las sanciones impuestas al recurrente son extremadamente benévolas al moverse dentro del tercio inferior aun en la valoración de la persistencia temporal de los hechos a la que permiten acudir tanto la LRJSP 40/2015 (art. 29.3 b)) como el TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015 (art. 310.1 d)) al remitir como criterio de graduación a la a continuidad o persistencia en la conducta infractora.

En el marco del art. 310.1 j) del TRLMV (*"La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma"*) el cumplimiento de un deber legar de colaboración con el regulador no puede configurarse como atenuante. La aportación de datos ha sido como respuesta a requerimientos a la entidad y alegaciones dentro del procedimiento sancionador. Existe un deber de base de colaboración con la actividad investigadora ex art. 236 de la TRLMV, sobre la premisa de que el recurrente está sometido a la supervisión y control de la CNMV ex art. 233.1 del TRLMV, que de no hacerse hubiera sido

constitutiva, per se, de infracción leve ex art. 300 del TRLMV y que no puede entenderse por colaboración significativa en esclarecimiento de los hechos objeto de inspección, las meras manifestaciones y aportación de documental efectuada en su descargo y que responden exclusivamente a su derecho de defensa.

En cuanto a la inexistencia de sanciones anteriores (reincidencia) los criterios de dosimetría marcados normativamente no son necesariamente operantes, en todo caso y con carácter bilateral, tal como viene a defender el recurrente (criterio simplista que viene a entender que si concurren agravan y si no concurren atenúan).

En conclusión y al particular del caso, la multa aparece más que proporcionada en cuanto a que se mueve dentro del grado mínimo y dentro de la función disuasoria que ha de cumplir la misma.

8.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho

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 **DON FGM** contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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

AUTO DE ACLARACIÓN

Madrid; a veinte de octubre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por sentencia de 06/10/2021 se dispuso DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de DON FGM contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

2.- De la presente resolución ha sido ponente la Ilma. Sra. MAGISTRADO de esta Sección, DÑA ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- De conformidad con el **art. 267-6 de la LOPJ** "6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado."

En el presente caso la demanda aludía a una posible caducidad del expediente sancionador que no fue valorada en la fundamentación jurídica.

El auto de complemento se establece de forma inmediata a la posibilidad de composición de la Sección en los mismos integrantes de la deliberación de la sentencia (licencias y permisos).

2.- La caducidad defendida pasaba por afirmar la indebida suspensión acordada por el Comité Ejecutivo de la CNMV para dar traslado del expediente sancionador al Banco de España y recabar el informe previsto en el artículo 273.1 in fine del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015.

Del expediente y de la propia resolución sancionadora resultaba que:

- el plazo para resolver el expediente sancionador, plazo de 12 meses, fue ampliado en 6 meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 39/2015 por acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV, en su sesión 21/09/2018, ampliación nunca cuestionada en su legalidad y regularidad, lo que determinaba que el plazo para resolver era de 18 meses. El Acuerdo de incoación fue adoptado en fecha 23/11/2017, mientras que la resolución del expediente sancionador fue notificada el 31/05/2019 (18 meses y 8 días).

- En el ínterin, antes de alcanzarse los 18 meses, con fecha 14/03/2019, el Comité Ejecutivo de la CNMV adoptó el siguiente Acuerdo:

"Conforme a lo establecido en el artículo 273 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, remitir la propuesta de resolución del expediente sancionador incoado a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (en la actualidad, BANCO SANTANDER, S.A.) a Banco de España a fin de recabar su informe preceptivo y suspender, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar su resolución, por el plazo que medie entre esta solicitud de informe a Banco de España y la recepción de éste por el Consejo de la CNMV, sin que el plazo de suspensión pueda exceder de tres meses."

- El citado Acuerdo fue debidamente notificado a los expedientados.
- Con fecha 25/04/2019 se recibió en la CNMV el informe de Banco de España que venía a recoger el del BCE al ser el Banco Santander, SA, entidad absorbente de Banco Popular Español, S.A., una entidad de crédito significativa en la conclusión de que "... *la sanción impuesta no tendrá un impacto material en la solvencia ni en la estabilidad financiera de la Entidad.*"
- El 29/05/2019, el Consejo de la CNMV levantó la suspensión acordada

En el argumentario de la parte, este informe sería únicamente preceptivo para la entidad de crédito sancionada (el Banco Santander, tras la absorción del Banco Popular), pero no para los consejeros, que carecen de la condición de entidad de crédito y por tanto, a criterio del recurrente, la suspensión que implicaba la solicitud de tal informe preceptivo (un mes y diez días a añadir a los 18 meses) no les afectaría, determinando la caducidad del expediente sancionador para ellos, obviando que se trata de un único expediente sancionador, sobre la base de una única infracción, y que la sanción a los consejeros descansa, como complementaria, sobre la sanción impuesta a la entidad, en este caso una entidad bancaria.

El artículo 307 del TRLMV, ya tratado en la sentencia cuyo complemento se pretende (FJ 7), precepto que lleva por rúbrica "*Sanción **complementaria** por infracciones graves a quienes ejerzan cargos de administración o dirección*", dispone en su apartado 1, primer inciso, que:

"Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción (...)"

La sanción a los consejeros por los hechos que nos ocupan pasaba indefectiblemente por la sanción a la entidad bancaria y de ahí la solicitud y emisión del informe preceptivo del Banco de España.

La lógica del procedimiento sancionador, procedimiento único para el Banco y consejeros, sobre la base de una única y común infracción grave del artículo 296.1 del TRLMV, infracción por la omisión de datos y presentar datos engañosos en los IARC de la entidad correspondientes a los ejercicios 2013/2015, impone que no pueda concluirse el mismo de forma separada y disgregada y de ahí que resulte imposible jurídicamente, dado el carácter complementario de la sanción a los consejeros, que el procedimiento sancionador respecto del sujeto principal concluyese con posterioridad al de los complementarios cuya responsabilidad descansa, precisamente, sobre la base de la responsabilidad del infractor persona jurídica cuya declaración hace inexcusable el informe preceptivo del Banco de España (hecho jurídico no cuestionado).

El art. 22.1.d) de la LPAC 39/2015 es claro al indicar que en el caso de que se solicite un informe preceptivo, la consecuencia legal prevista es la suspensión del plazo para resolver el procedimiento ("*d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento*"), con independencia del número de personas físicas o jurídicas incurso en él, ni de que el carácter preceptivo del informe venga establecido, solo, en el particular de uno de ellos, precisamente en este caso de aquel cuya responsabilidad es la que determina la de los restantes por complementaria.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15/02/2021, recurso de casación 7363/2019.

<<"Respecto a la segunda de las cuestiones, consistente en precisar la jurisprudencia de esta Sala acerca del cómputo del plazo de la suspensión acordada en procedimientos únicos con múltiples interesados, a efectos de su eventual caducidad, debe concluirse que cuando se tramita un único procedimiento con una pluralidad de implicados, y se acuerda una suspensión que afecta a todos, tanto el inicio del plazo de suspensión, su ampliación y la finalización del mismo opera para todos por igual, al margen de las vicisitudes individuales respecto al cumplimiento del requerimiento acordado".>> (SIC con el añadido del subrayado para enfatizar)

3.- No ha lugar a la imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación;

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Complementar la sentencia dictada en los términos que resultan del FJ 2 de la presente, manteniéndose la misma en el resto sus propios y completos términos.

Sin costas.

El presente no es susceptible de recurso alguno sin perjuicio de los recursos que procedan contra la resolución complementada y cuyo plazo de interposición comenzará a computarse desde el día siguiente a la notificación del presente.

Así por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los señores al margen reseñados. Do