

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 2031/2019
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Desestimación por parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del recurso de alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 29 de mayo de 2019.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido BANCO SANTANDER, S.A., representado por el Procurador, D. ECF contra el MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, representado por el abogado del Estado, sobre MULTAS Y SANCIONES siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL y es una resolución que desestimó el recurso de alzada interpuesto en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 29-5-2019.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual las partes por su orden concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 23-11-2021, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna una resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada interpuesto en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 29-5-2019 que le había impuesto una sanción de multa por importe de 1.000.000 € por la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del Real Decreto-Legislativo 4/2015 debido a la omisión de datos y presentar datos engañosos en sus Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros correspondientes a los ejercicios 2013 a 2015, y ello en relación con los sistemas de ahorro a largo plazo y pagos por resolución de contrato de los consejeros ejecutivos de la entidad.

La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- La demanda rectora del proceso articula (en síntesis) los siguientes motivos de impugnación: primero, la sanción impuesta sería contraria a los principios de responsabilidad personal y culpabilidad: no puede sancionarse a Banco Santander simplemente por haber sucedido al Banco Popular pues no existían vínculos entre las dos entidades, en materia de gobierno corporativo Banco Santander rompió cualquier relación entre el nuevo Banco Popular y el antiguo, la infracción se refiere a obligaciones corporativas desvinculadas de la actividad bancaria de Banco Popular, y además la improcedencia de la sanción resulta de la normativa reguladora de la resolución de entidades de crédito y de la propia resolución de Banco Popular; segundo, subsidiariamente no concurren los requisitos para la válida imposición de sanciones, y en tal sentido se cuestionan los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; y tercero, y

también subsidiariamente, la sanción debería reducirse mediante la calificación de la infracción como leve y en su defecto en atención al principio de proporcionalidad y las circunstancias concurrentes.

Por todo lo anterior la demanda termina impetrando la anulación de las resoluciones recurridas, y con carácter subsidiario la anulación parcial de las mismas de manera que se reduzca sustancialmente la multa hasta un máximo de 30.000 € si se decide que la conducta típica es una infracción leve o hasta 100.000 € en el caso de mantener la calificación como grave.

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

TERCERO.- El primer motivo de impugnación articulado en la demanda esgrime la infracción de los principios de responsabilidad personal y culpabilidad.

Es de notar que 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 [vid. el Reglamento (UE) 806/2014, de 15 de julio, y la Ley 11/2015, de 18 de junio].

En este primer motivo impugnativo se pone en tela de juicio la procedencia de que Banco Santander sucediera a Banco Popular también en sus responsabilidades en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, y a tal efecto se resalta que no existían vínculos entre las dos entidades, que en materia de gobierno corporativo Banco Santander rompió cualquier relación entre el nuevo Banco Popular y el antiguo, que la infracción se refiere a obligaciones corporativas desvinculadas de la actividad bancaria de Banco Popular, y que además la improcedencia de la sanción resulta de la normativa reguladora de la resolución de entidades de crédito y de la propia resolución de Banco Popular.

En el debate procesal las partes contendientes han citado diferentes sentencias, si bien la última jurisprudencia que resulta de interés viene representada por dos sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 13 de marzo de 2019 (recursos de casación nº 631/2018 y nº 635/2018). Ambas sentencias coinciden sustancialmente en su doctrina, y concretamente en la recaída en el recurso de casación nº 635/2018 puede leerse lo siguiente:

<<FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- Sobre la transmisión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

La cuestión que, a tenor de lo expuesto en el Auto de admisión, presenta interés casación, consiste en determinar el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de segregación de su actividad financiera.

Lo que se discute es si, tras los procesos de transformación sufridos por las Cajas de Ahorros, la responsabilidad por tales infracciones se transmitió a BFA, en cuanto entidad que adquirió la totalidad de su negocio financiero, o si siguieron siendo responsables de las infracciones cometidas en cuanto mantuvieron su personalidad jurídica y siguieron ejerciendo, de forma indirecta, su actividad con entidades de crédito.

Por tanto, el problema jurídico planteado en casación exige analizar el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa entre personas jurídicas.

Para ello, debemos partir de que la regla general es que incumbe a la persona jurídica que cometió la infracción responder por ella. Ahora bien, bajo determinadas circunstancias, no existe inconveniente en transmitir la responsabilidad administrativa sancionadora entre personas jurídicas.

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se ha enfrentado a supuestos de sucesión de responsabilidad en materia sancionadora entre personas jurídicas, ha reconocido el distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas de las personas físicas y jurídicas, pues en el caso de las personas jurídicas el haber social responde de las sanciones y éstas forman parte del pasivo transmitido sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas. Por ello, se ha afirmado que: "Admitida, por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador, en términos distintos de los que derivan de las exigencias de la culpabilidad penal según el principio de *societas delinquere non potest* nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito. Y también, como ha señalado esta Sala, es acorde con los principios de derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito de ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción o sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones" (STS de 20 de septiembre de 1996 recurso 3606/1991) en la que se cita la STS 18 de abril de 1993 [sic]).

La STS nº 460/2017, de 15 de marzo (rec. 4213/2014), recogiendo la jurisprudencia del TJUE, afirmaba, respecto al principio de personalidad de la sanción y la posibilidad de transmisión de dicha responsabilidad a una persona jurídica distinta, que:

"También ha tenido ocasión de pronunciarse el supuesto de sucesión de empresas, como es el caso de la sentencia de 11.12.2007 (asunto C-280/06), [...] admitiendo que una entidad que no es autora de una infracción puede ser, sin embargo, sancionada por la actuación de otra a la que sucede, para evitar eludir las sanciones, simplemente por el hecho de que su identidad se modifique como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. Lo relevante de esos cambios jurídicos es que no produzca, necesariamente, el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad. La sentencia llega a afirmar que "la imposición de la sanción por infracción a la sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a que ha sucedido".

En suma, tanto el Derecho comunitario como la jurisprudencia del TJUE y de este Tribunal Supremo reconocen la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero tampoco excluyen que la empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la anterior, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

El problema que se plantea, no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que si puede, sino en qué casos el ordenamiento jurídico permite esta responsabilidad; o, lo

que es lo mismo, cuales son las modulaciones que el principio de personalidad en materia sancionadora sufre en su aplicación a las personas jurídicas.

Se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras.

Pero también se ha admitido la transmisión de la responsabilidad, bajo determinadas circunstancias, cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica. En tales casos, mucho más polémicos, se han establecido cautelas y condiciones que han de cumplirse y los criterios varían en función de las circunstancias del caso.

El problema no es nuevo. Ya en la sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (Aalborg Portland y otros/Comisión, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P) se planteó este problema. La sentencia sostuvo que si las actividades económicas de la empresa infractora se habían transmitido a otra entidad era posible sostener la sucesión en la responsabilidad, y el hecho de que la primera "exista todavía como entidad jurídica no desvirtúa esta conclusión".

Así mismo, en la STJUE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06), se alegaba la imposibilidad de transmitir la responsabilidad por la infracción, aduciendo el principio de personalidad de la sanción, por cuanto la persona que ha llevado a cabo materialmente el acto infractor aún existía y ejercía actividades empresariales y se encontraba en condiciones de cumplir con la decisión de la autoridad que impuso la sanción. El Tribunal de Justicia afirmó, como principio general, que cuando una entidad comete una infracción, conforme al principio de responsabilidad personal, debe responder por la misma (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C- 49/92 apartado 145, y de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C-279/98 apartado 78). Pero, añadía, para "[...] determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo".

Añadiendo más adelante:

"42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43 Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido.

44 Asimismo, carece de pertinencia la circunstancia de que la transferencia de actividades no haya sido decidida por particulares, sino por el legislador con vistas a una privatización. En efecto, las medidas de reestructuración o de reorganización de empresas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro no pueden legalmente tener como consecuencia poner en peligro el efecto útil del Derecho comunitario de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C- 415/03 , Rec. p. I-3875, apartados 33 y 34)".

En definitiva, a estos efectos, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de trascendencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido. Y tampoco resulta relevante que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal.

La sucesión en la responsabilidad opera cuando la empresa sucesora continúa realizando las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y esta última deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente.

También se han considerado criterios válidos para establecer la sucesión en la responsabilidad entre empresas, la existencia de una "entidad económica", los "estrechos vínculos organizativos y económicos" y la "unidad de decisión".

La transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" y "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial. La jurisprudencia comunitaria, considera que existen vínculos estructurales cuando las dos empresas tienen el mismo propietario, o pertenecen a un grupo de empresas, o cuando se pone de manifiesto la existencia de vinculaciones de tal intensidad que permitan concluir en que siendo dos entidades jurídicamente distintas constituyen una entidad económica.

También tiene importancia al elemento de "unidad de decisión", cuando se mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida, pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora.

Recientemente este Tribunal Supremo, en su sentencia nº 515/2018, de 23 de marzo (rec. 1409/2015) relativa a la transmisión de la responsabilidad en materia sancionadora por sucesión de empresas, en a que se citaba la STS de 16 de diciembre de 2015, dijimos:

"[...] hemos de indicar que el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial

entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones".

QUINTO.- Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

Tal y como consta en el Auto de admisión, la cuestión que planteaba interés casacional consistía en establecer el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de segregación de su actividad financiera y transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial.

A tal efecto, puede afirmarse que la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas al tiempo de imponer una sanción no solo opera cuando, como consecuencia de un previo proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso, sino también en los supuestos en los que, aun conservando su personalidad jurídica, la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivo la infracción y dicha actividad económica pasa a ser desarrollada por la empresa que la sucede, pues, en estos casos, la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente.

Esta sucesión en la responsabilidad sancionadora se produce, por tanto, también en los casos en los que la empresa infractora transfiere o segrega a otra entidad todo el negocio o actividad económica que motivó la infracción, que pasa a ser ejercida por la entidad que la sucede y opera en el mercado en su lugar.

Carece de trascendencia las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora y tampoco resulta relevante que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal>>.

La aplicación al caso que ahora nos ocupa de la jurisprudencia que acabamos de transcribir conduce al rechazo de este primer motivo de impugnación que estamos analizando pues 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.

CUARTO.- Los motivos articulados de manera subsidiaria en la demanda son similares a los esgrimidos en los recursos nº 589/2020 y nº 699/2020, en cuyos recursos se han dictado sendas sentencias con fecha de 6-10-2021, cuyos razonamientos sirven para dar respuesta a aquellos motivos de impugnación articulados de manera subsidiaria en la demanda del actual recurso. Y así, en la sentencia de 6-10-2021 dictada en el recurso 589/2020 se puede leer lo siguiente:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.-

Hechos

--- 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

(i i) que dicha contingencia no estaba cubierta con las aportaciones realizadas por el banco ---

3.-

Tipicidad ---

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 a 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/461/2013, 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:

prestación/compensación por "prejubilación" desde que se produzca, por cualquier causa, el cese del consejero hasta su jubilación:

Artículo 27°. 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 General 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 ---, 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 --- (Presidente), don --- (Consejero Delegado) y don --- (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." ---

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". ---.

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. --- y de D. --- 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 ---" (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. --- 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 --- y ---, 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 ---, asciende a 2.484 miles de euros como consecuencia del cambio de estado

civil del señor --- 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. ---, ---, --- y ---, 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. --- 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. ---, a D. --- y al Secretario del Consejo, D. ---

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

I 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 susceptibles 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. ---

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 d) del 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. ---

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 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 fijar 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 aquéllos 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, ---."

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 legal 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>>.

QUINTO.- Los razonamientos que se acaban de transcribir en el anterior fundamento jurídico cuarto son aplicables aquí y ahora -mutatis mutandis- en unidad de doctrina, que cuenta con el respaldo de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y determinan la desestimación de los diferentes motivos de impugnación articulados de manera subsidiaria en el escrito de demanda. Tan solo añadiremos lo siguiente aún a riesgo de ser reiterativos.

Se cumplen en el caso los elementos del tipo infractor imputado, hay omisión en los IARC de 2013, 2014 y 2015 respecto de las compensaciones por prejubilación de referencia y sobre las correspondientes dotaciones, siendo así además que la información que se ofrecía inducía a confusión o engaño, no hay duda del carácter remuneratorio de las referidas compensaciones, y el hecho de que en 2013 no se hubieran firmado aún los contratos de los consejeros ejecutivos no implica que no se devengara dicho concepto remuneratorio según los Estatutos.

La acción sancionada no solo era típica, sino también antijurídica al lesionarse el principio de transparencia que inspira el deber de información de referencia.

Existe culpabilidad por falta de diligencia, la normativa era clara y en el caso no puede aducirse con éxito una duda razonable, sin que el dictamen del bufete a que se apela sea una causa de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad.

Por último, no procede reducir la sanción. La infracción está bien tipificada como grave al cumplirse en el caso los elementos del tipo, por lo que no puede entrar en juego la preconizada infracción leve. Por otra parte, y sin perjuicio de la remisión a lo anteriormente transcrito, respecto de las atenuantes del grado de responsabilidad de la persona responsable de la infracción y de la reparación de los daños y perjuicios causados así como de la agravante relacionada con la conducta anterior por otras sanciones firmes es de observar que la parte actora es responsable por sucesión en la responsabilidad de la persona autora de los hechos imputados según vimos más arriba, por lo que no resultan plausibles las alegaciones que sobre tales particulares se articulan en la demanda. Además la sanción se ha impuesto en el tercio

inferior y en su tramo bajo, por lo que, en definitiva, no se aprecia vulneración del principio de proporcionalidad.

En resumen, y por mor de cuanto precedentemente queda expuesto y razonado, se impone la desestimación del actual recurso.

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

FALLAMOS

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

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el magistrado D. Francisco Díaz Fraile en relación con la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 2031/2019.

Para dejar constancia -con valor testimonial- de mi discrepancia respecto de la sentencia dictada en el recurso nº 2031/2019 pues -desde mi punto de vista- debió estimarse la demanda.

Se van a exponer únicamente las líneas generales de la tesis que se afirma pues se considera que su desarrollo (que está implícito) no ofrece dificultad a partir de dichas líneas generales.

La premisa de la tesis es que la sanción litigiosa tiene carácter penal, y a partir de aquí dicha sanción infringe, por un lado, los principios estructurales de la culpabilidad y personalidad de las sanciones (cuya infracción conlleva también la lesión del derecho fundamental a la legalidad penal), y por otro el derecho fundamental a un juicio justo en su modalidad de un tribunal independiente e imparcial, y todo ello a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dado que esta premisa y sus consecuencias no han aflorado en el debate procesal, hubiera sido necesario plantear la correspondiente tesis a las partes (artículo 33.2 de la LJ).

No se necesitan grandes esfuerzos para justificar en el caso la aplicabilidad del CEDH (artículos 6 y 7), y la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE- (artículos 47 y 49; vid. también el artículo 52.3) se deduce de lo imperado en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 20 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa.

En primer lugar, cumple justificar el carácter penal de la sanción litigiosa, cuyo carácter se deriva de modo principal de la misma cuantía de la multa impuesta. Es sabido que en orden a la efectividad de las garantías de los artículos 6 y 7 del CEDH el TEDH utiliza unos criterios propios para determinar si en cada caso se está o no en presencia de una "acusación en materia penal" o de una "pena", y a tal efecto dicho Tribunal emplea tres criterios, que se conocen como los "criterios Engel" por haber sido aceptados con ocasión del caso Engel y otros contra Holanda. Estos criterios son: la calificación jurídica de la infracción enjuiciada en el Derecho interno (que es solo el punto de partida), la naturaleza de dicha infracción, y la naturaleza y gravedad de la sanción aplicable. El TEDH no acepta sin más la calificación otorgada por el Derecho nacional, sino que juega con estos tres criterios, y si en función de los mismos concluye en la naturaleza penal exigirá la aplicación de las garantías de los artículos 6 y 7 del CEDH. Para justificar el carácter penal de la sanción impuesta en el caso que nos ocupa bastará con citar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13-12-2016 (que cita doctrina del TEDH) y la jurisprudencia del TEDH [vid. -entre otras muchas- la STEDH de 8-6-1976 (caso Engel y otros contra Holanda) y la STEDH de 30-6-2020 (caso Saquetti Iglesias contra España)].

Sentada la anterior premisa, se concluye que en el caso se han vulnerado los derechos fundamentales a un juicio justo (tribunal independiente e imparcial) y a la legalidad penal (que comprende en su contenido la culpabilidad como elemento esencial de la infracción).

La imposición por la Administración demandada de la sanción litigiosa contraviene el derecho a un tribunal independiente e imparcial, pero se comenzará el análisis por el derecho a la legalidad penal pues en el debate procesal han aflorado los principios de personalidad de las sanciones y de culpabilidad (siendo ajeno a dicho debate el derecho a un tribunal independiente e imparcial).

Es sabido que la culpabilidad forma parte según la jurisprudencia del contenido del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE, y artículo 7 del CEDH), y que exige la responsabilidad subjetiva (y la consiguiente proscripción de la responsabilidad objetiva) y el principio de la personalidad de la pena o sanción (solo se responde por los hechos propios y no de terceros). Pues bien, sobre la premisa del carácter penal de la sanción litigiosa, en casos como el presente los tribunales de lo contencioso-administrativo se verían en trance de aplicar la jurisprudencia penal relacionada con las garantías penales propias del Derecho penal y no del Derecho administrativo sancionador. Y así, resulta de interés traer a colación los artículos 31.bis) y 130.2 del Código Penal así como la jurisprudencia penal que ha tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su posible transmisibilidad (vid. -entre otras- las sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-2, 221/2016, de 16-3 y 668/2017, de 11-10, así como el auto de la Audiencia Nacional -Sala Penal- 246/2019, de 30-4, que rechazó precisamente la sucesión procesal de la hoy parte actora en determinadas diligencias penales en virtud del mecanismo de la fusión por absorción de sociedades). En aplicación de todo ello se concluye que en función de las circunstancias del caso la parte demandante no era susceptible de ser sancionada por el hecho de otro, infringiendo la sanción litigiosa los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones así como el derecho fundamental a la legalidad penal. No existían previamente a la adquisición de Banco Popular por Banco Santander vínculos entre dichas entidades, Banco Santander es totalmente ajeno a los hechos imputados a Banco Popular, Banco Santander reestructura el gobierno corporativo de Banco Popular tras su adquisición y gestiona la devolución de las compensaciones por prejubilación de referencia, sin que pueda imputarse a Banco Santander un déficit de organización preventiva (presupuesto del delito corporativo) en relación con los hechos imputados a Banco Popular que le eran totalmente ajenos, a lo que se añade que la adquisición de Banco Popular por Banco Santander tiene su origen en un procedimiento administrativo de resolución del primero, sin que aparezca indicio alguno de que la adquisición por Banco Santander de Banco Popular y la posterior operación de fusión obedecieran a un propósito de eludir eventuales responsabilidades de Banco Popular. Al haberse sancionado a la parte demandante en el contexto de estas circunstancias se han quebrantado los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones así como el derecho fundamental a la legalidad penal.

Desde otra perspectiva, y sobre la misma base del carácter penal de la sanción litigiosa, es de concluir igualmente que se ha vulnerado el derecho a un tribunal independiente e imparcial, que forma parte del derecho a un juicio justo ex artículo 6 del CEDH, que equivale al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, y ello al haberse impuesto dicha sanción por la Administración demandada, que no reúne los requisitos exigidos por el TEDH para la existencia de un tribunal independiente e imparcial.

La estimación en sentencia de este último motivo hubiera requerido no solo plantear la correspondiente tesis a las partes (artículo 33.2 de la LJ), sino también suscitar la pertinente cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma legal que atribuye la potestad a la Administración demandada para imponer la sanción litigiosa.

Corolario de todo lo anterior es la nulidad de la sanción impugnada por la vulneración de derechos fundamentales [artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015].

Por cuanto antecede estimo -desde mi particular punto de vista- que el recurso contencioso-administrativo debió estimarse.

Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

Francisco Díaz Fraile