

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE MARZO DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 588/2020
Ponente: Dª. Lucia Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de fecha 18 de febrero de 2020, que confirma enalzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 29 de mayo de 2019.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 588/2020 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto D. FAV representado por la Procuradora de los Tribunales Doña MCG y asistida del letrado D. JPO contra la resolución de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación digital dictada por delegación por la Subsecretaria Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 18 de febrero de 2020 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019, por la que se resuelve el expediente administrativo sancionador nº 15/2017. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 25.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 11 de mayo de 2020, la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 8 de marzo de 2021 la parte solicitó:

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

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 26 de abril de 2021 en el que solicitó dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora. Recibido el recurso a prueba y presentadas conclusiones quedaron el 16 de junio de 2021 pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 15 de febrero de 2022.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 29 de mayo de 2019 confirmada en alzada por la que se sanciona al Banco Popular Español, S.A.U., a sus consejeros ejecutivos y los consejeros

miembros de la Comisión de retribuciones en la fecha de aprobación de los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los consejeros (IARC) de los ejercicios 2013, 2014 y 2015.

El hecho por el que se sanciona es que en los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros (IARC de los ejercicios 2013, 2014 y 2015) no se explicaba de manera clara, completa y comprensible que, además del cobro de la pensión desde que alcanzasen la edad de jubilación legal a los 65 años, los consejeros ejecutivos, tenían también derecho al cobro de esta pensión anual desde la fecha de su cese como consejero y hasta alcanzar la edad legal de jubilación y tampoco se informaba que esta contingencia no estaba cubierta con las aportaciones realizadas por el Banco y por tanto, que existía la posibilidad de realizar aportaciones adicionales. De hecho, el cese anticipado ha generado la necesidad de que el Banco haya tenido que realizar aportaciones adicionales de 27,7 millones de euros (15,6 millones para el caso del presidente D. ÁR y 14,6 millones para el caso del consejero ejecutivo D. FG que se mencionan en el IARC de 2016).

Los hechos se tipifican como infracción grave prevista en el artículo 296.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre) que sanciona la falta de elaboración o de publicación del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros a que se refiere el artículo 541 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por RDL 1/2010 o la existencia en dichos informes de omisiones o datos falsos o engañosos.

Se aplica el artículo 296.1 TRLMV por ser la norma en vigor cuando se produjo la última conducta de la infracción que se considera continuada al tratarse de una pluralidad de acciones ejecutadas en cada uno de los ejercicios 2013, 2014 y 2015 pero, en todo caso, la tipificación como infracción grave ya se recogía en los textos vigentes en el año 2013 y 2014 y en concreto en el artículo 100.b) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores introducido por la Ley 2/2011 tanto antes como después de la reforma introducida por la Ley 31/2014 siendo los únicos cambios de carácter formal.

Las multas impuestas y los criterios de graduación son los siguientes:

- Banco Popular Español, S.A.U. (actualmente, Banco Santander, SA.) se le impone una multa de 1 millón de euros, es decir el 0,39% del importe máximo que se podía haber impuesto que era 255.667.920 euros (el 2% de los recursos propios en el ejercicio cerrado antes de la consumación de la infracción conforme al artículo 303.1 TRLMV y que eran a 31 de diciembre de 2014 de 12.783.396.000 euros). Para graduar la sanción se aplican dos circunstancias agravantes previstas en el artículo 310.1 d) TRLMV la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado dado que el déficit de transparencia informativa se ha producido en 3 ejercicios y 310 1 l) TRLMV la existencia de antecedentes infractores por dos sanciones una muy grave y otra grave, ambas firmes en vía administrativa, impuestas a Banco Popular el 21 de abril de 2015 y el 27 de julio de 2016.

- A los 3 consejeros ejecutivos esto es al presidente D. ARG, al Consejero Delegado D. FGM y al Consejero Secretario del Consejo D. FAV una multa a cada uno de ellos de

25.000 euros, es decir el 10% del importe máximo de la multa que era de 250.000 euros conforme al artículo 307 TRLMV. Para la graduación se ha aplicado la circunstancia agravante del artículo 310 1 d) TRLMV la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado.

- A los 4 consejeros miembros de la Comisión de retribuciones: a D. LHP y Doña AML, una multa a cada uno de ellos 18.000 euros, a D. JOO, de 16.000 euros y a UEI, SA (14.000 euros). El importe máximo era también de 250.000 euros. La diferencia del importe de las multas entre los consejeros miembros de la Comisión de retribuciones se debe a que el penúltimo solo participó en la elaboración del IARC de 2013 y 2014 y la sociedad UEI sólo en el 2013.

SEGUNDO: Este recurso ha sido interpuesto por D. FAV, que fue nombrado miembro del Consejo de Administración de BANCO POPULAR el día 18 de diciembre de 2003, y en esa misma fecha designado secretario del Consejo de la Entidad, cargo que desempeñó hasta su cese, en fecha 18 de mayo de 2017.

Ya se han dictado sentencias por esta Sala en relación a la misma resolución. Sentencia de 6 de octubre de 2021 que desestima el recurso 699/2020 interpuesto por el consejero miembro de la comisión de retribuciones UEI, sentencia de 6 de octubre de 2021 que desestima el recurso 589/2020 interpuesto por el consejero delegado D. FGM y sentencia de 25 de noviembre de 2021 que desestima el recurso 2031/2019 interpuesto por el Banco Santander sucesor del Banco Popular.

TERCERO: En defensa de sus pretensiones, la parte recurrente alega, en síntesis:

- 1) La caducidad del procedimiento sancionador.
- 2) La vulneración del principio de tipicidad.
- 3) Subsidiariamente del motivo anterior, la procedencia de la calificación de la infracción como leve.
- 4) La vulneración del principio de culpabilidad.
- 5) La vulneración del principio de igualdad.
- 6) La vulneración del principio de proporcionalidad.

CUARTO: Caducidad del procedimiento.

El recurrente alega la caducidad del procedimiento sancionador, por entender que la Administración demandada ha superado el plazo máximo para resolver y notificar la resolución sancionadora respecto a los consejeros de la entidad de crédito.

En este caso ha habido una ampliación del plazo para resolver de 12 a 18 meses y además, posteriormente una suspensión por 40 días del plazo para resolver hasta la emisión del informe del Banco de España. Así consta que el procedimiento se incoó el 23

de noviembre de 2017. Por acuerdo de 26 de septiembre de 2018 se amplió el plazo para resolver de 12 a 18 meses. Posteriormente, se suspendió el procedimiento para la emisión del informe preceptivo del Banco de España conforme al artículo 273.1 TRLMV dictándose la resolución el 29 de mayo de 2019 que se notificó a los consejeros expedientados el 31 de mayo de 2019. Por tanto, la resolución se notificó 18 meses más 8 días desde el inicio del expediente sancionador.

La parte cuestiona tanto la ampliación del plazo para resolver, como la suspensión del plazo, si bien centra sus argumentos en relación a la suspensión (apartados 87 a 101 de la demanda) y a la ampliación solo se refiere en el párrafo 102 y por ello va a ser analizada en primer lugar la suspensión. La suspensión del procedimiento y la ampliación del plazo máximo para resolver, aunque los presupuestos son distintas ambas decisiones traen como consecuencia el que se disponga de un margen más amplio para dictar la resolución del fondo.

QUINTO: Caducidad del procedimiento respecto a los consejeros expedientados dado que la suspensión del procedimiento para recabar el informe del Banco de España solo afectaba a la entidad de crédito sancionada.

En este caso el plazo original de la resolución del expediente había sido ampliado de 12 a 18 meses y la notificación se hizo en un plazo de 18 meses y 8 días. Si se descuenta el periodo en que estuvo suspendido para la realización del informe preceptivo del Banco de España (14 de marzo al 25 de abril de 2019), la resolución en lo que afecta al recurrente, consejero de la entidad, habría sido dictada superando el plazo de caducidad, siendo la consecuencia que debe declararse nula de pleno derecho en lo que respecta al mismo, con independencia que se mantenga la impuesta a la entidad de crédito.

Considera el recurrente que la suspensión del procedimiento acordada por el Comité Ejecutivo de la CNMV conforme al artículo 22 1 d) de la ley 39/2015 para recabar al Banco de España el informe preceptivo previsto en el artículo 273.1 del TRLMV, sólo le afectaba a la entidad de crédito sancionada pero no al resto de los consejeros, que carecen de la condición de entidad de crédito. Por tanto, a su juicio, la realización de ese trámite sólo suspendió el plazo para dictar la resolución respecto al Banco Popular, pero no para los consejeros.

Respecto a la cuestión relativa a si en un procedimiento colectivo el plazo de caducidad ha de ser necesariamente común a todos los interesados, de forma que toda interrupción del mismo ha de aplicarse a todos ellos, o si bien el transcurso de dicho plazo puede separarse en función de las circunstancias que afecten a los diversos sujetos el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en la sentencia nº 2057/2017 de 20 de diciembre, recurso 1416/2015, es que cuando una interrupción puede estar determinada por circunstancias atinentes solo a uno de ellos, o debido a la propia actuación del mismo en el procedimiento, no puede sostenerse razonablemente, que cualquier suspensión deba afectar necesariamente al cómputo del plazo de caducidad para todos los interesados. Así, en esa sentencia se consideró que un requerimiento de información que afectaba a una de las empresas, pero no a otra, a la que no se le notificó la suspensión del procedimiento, sólo a la primera le afectó el plazo de suspensión del

procedimiento a efectos del cómputo de plazo de caducidad. En cambio, en el caso analizado en la sentencia nº 197/2001 de 15 de febrero de 2021 (recurso 7363/2019), en que se requirió a todas las empresas investigadas para que aportaran el volumen de negocio y a todas ellas se notificó la suspensión se consideró que *“cuando se tramita un único procedimiento con una pluralidad de implicados, y se acuerda una suspensión que afecta a todos, tanto el inicio del plazo de suspensión, su ampliación y la finalización del mismo opera para todos por igual, al margen de las vicisitudes individuales respecto al cumplimiento del requerimiento acordado”*.

La cuestión, por tanto, a analizar es si en este caso en que existe un procedimiento único con una pluralidad de implicados, si la suspensión afecta a todos los implicados.

Efectivamente, como señala el recurrente, el informe del Banco de España previsto en el artículo 273.1 del TRLMV es preceptivo para la imposición de la correspondiente sanción por infracciones graves o no muy graves a una entidad de crédito, pero no para los consejeros. Ahora bien, la emisión de ese informe sí que afecta a los consejeros, no en cuanto a su contenido que se refiere exclusivamente a la entidad de crédito, sino por la naturaleza complementaria de la sanción que se impone a los consejeros de entidades de crédito, ya que sólo se puede declarar responsables a los consejeros si previamente o simultáneamente se declara que la entidad de crédito ha cometido una infracción.

La sanción que se impone a los consejeros es una sanción complementaria a la infracción cometida por la entidad de crédito. Así la califica el artículo 307 del TRLMV que lleva por rúbrica *“Sanción complementaria por infracciones graves a quienes ejerzan cargos de administración o dirección”* y dispone en su apartado 1, 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”.

Acorde con ello, la resolución recurrida vincula la sanción de los consejeros a la infracción cometida por la persona jurídica, de forma que sin previa infracción de la persona jurídica no se puede declarar responsable de esa infracción a los que ejerzan cargos de administración. Así señala la resolución recurrida:

“habiendo incurrido Banco Popular en la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del TRLMV, resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 307 del mismo texto legal que prevé, tratándose de infracciones graves cometidas por una persona jurídica, la posible imposición de sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la entidad infractora, sean responsables de las infracciones cometidas”.

Por tanto, era necesario que se paralizara el procedimiento con efectos para todos los expedientados, tanto la entidad de crédito como los consejeros, dado que, si bien ese informe se refería exclusivamente a la entidad de crédito, estaban afectados todos los consejeros debido a la interconexión entre la responsabilidad de los administradores y la infracción cometida por la persona jurídica.

Por tanto en conclusión, en supuestos en que la paralización del procedimiento afecta a todos los interesados, como sucede en este caso referido a un procedimiento sancionador único incoado contra una persona jurídica, en la que se dilucida también la posible responsabilidad de los administradores en la comisión de la infracción a todos ellos alcanza los efectos de la suspensión del procedimiento acordada para la emisión del informe preceptivo del Banco de España previsto en el 273.1 del TRLMV, dado el carácter complementario de la sanción que se puede imponer a los que ejerzan cargos de administración de la persona jurídica infractora.

SEXTO: Caducidad del procedimiento por falta de motivación del acuerdo de ampliación de 12 a 18 meses.

Considera que ha habido una incorrecta aplicación de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 39/2015. Este artículo establece lo siguiente:

“La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero, El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados”.

En este caso, el acuerdo de ampliación de plazo está debidamente motivado y notificado a cada uno de los expedientados. Se hace referencia a: 1) La complejidad del expediente, tanto por lo que se refiere a cuestiones de fondo que se ventilan en el mismo, como en lo relativo a cuestiones planteadas por los expedientados en sus escritos de alegaciones al acuerdo de incoación, como a la propuesta de resolución. Entre las cuestiones planteadas que deben ser debidamente analizadas, se encuentran la relativa a la imputación de responsabilidad que se hace a la Entidad expedientada - Banco Popular- que pasó por un proceso de resolución y venta a otra entidad de crédito en el ejercicio 2017, así como la cuestión sobre la que versa la imputación que se realiza a los expedientados, dirimir si existieron omisiones y datos engañosos en el Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros de los ejercicios 2013 a 2015. 2) La abundante documentación recibida en contestación al acuerdo de incoación como a la propuesta de resolución que debía ser debidamente analizada. 3) Las diversas actuaciones procedimentales realizadas como la ampliación de los plazos de diversos trámites intermedios efectuados, concretamente, las ampliaciones concedidas a los expedientados para contestar al acuerdo de Incoación como a la propuesta de resolución formulada por los Instructores, todo lo cual estaba suponiendo un alargamiento temporal justificado de la tramitación del expediente.

Es cierto que para justificar la ampliación se hace referencia al artículo 32 de la Ley 39/2015 y que el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de julio de 2020 (recurso 166/2019) ha señalado lo siguiente:

“el artículo 32 de la Ley 39/2015 permite la ampliación de los plazos establecidos, siempre que no exceda de la mitad de los mismos, “si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero” pero esta disposición está prevista para los plazos de los trámites incidentales del procedimiento, normalmente los concedidos a las partes, sin que esta previsión resulte aplicable para ampliar el plazo máximo para resolver el procedimiento”.

Ahora bien, el hecho de que esa ampliación se haya hecho al amparo de ese artículo no implica que la misma no sea conforme a derecho en cuanto a su contenido, ya que esa potestad de ampliación de los plazos por parte de la Administración venía amparada en el artículo 23 de la ley 39/2015 referido a la ampliación del plazo máximo para resolver de forma excepcional y motivada. Precisa esa sentencia de 23 de julio de 2020 (recurso 166/2019) que la complejidad del procedimiento, el volumen de actuaciones o el elevado número de investigados pueden justificar la ampliación del plazo al amparo del artículo 23 al remitirse para su interpretación a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 (recurso 4037/2010), siendo esos motivos los que en este caso han justificado la ampliación del plazo para resolver. Por tanto, la resolución de ampliación de plazo es conforme a derecho en cuanto hay justificación suficiente de la decisión excepcional acordada.

SÉPTIMO: Rechazada la alegación de caducidad procede entrar a examinar el fondo del asunto. Con carácter previo y teniendo en cuenta que el hecho por el que se sanciona es que en los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros (IARC de los ejercicios 2013, 2014 y 2015) no se explicaba de manera clara, completa y comprensible que, los consejeros ejecutivos, tenían derecho al cobro de una pensión anual desde la fecha de su cese como consejero y hasta alcanzar la edad legal de jubilación (pensión de prejubilación) y tampoco se informaba que esta contingencia no estaba cubierta con las aportaciones realizadas por el Banco, procede examinar: A) Contenido de los IARC según la normativa aplicable y B) Contenido de los IARC del Banco Popular de esos ejercicios.

A. Contenido de los IARC según la normativa aplicable.

La obligación de hacer pública la información sobre las remuneraciones del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas se introdujo por la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía sostenible que introdujo un nuevo artículo 61 ter en la Ley 24/1988, si bien hasta el ejercicio 2013 no se dispuso de un modelo homogéneo. La Orden ECC/461/2013 de 20 de marzo por la que se determina el contenido y estructura del informe anual sobre remuneraciones y la Circular 4/2013 de 12 de junio de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (posteriormente modificada por la Circular 7/2015 de la CNMV pero no aplicable a este ejercicio), desarrollaron por primera vez, un modelo unificado de informe relativo a las remuneraciones de los miembros del consejo de administración de las sociedades cotizadas, siendo el IARC de 2013 el primer ejercicio que se debía ajustar a ese modelo.

Dicha orden, en el artículo 2 bajo la rúbrica de "principio de transparencia informativa" señalaba acorde con lo establecido en el artículo 541 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital que el Informe Anual sobre remuneraciones de los consejeros deberá incluir información 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. La CNMV en uso de la habilitación legal dictó la Circular 4/2013 que contenía un modelo e instrucciones con arreglo a los cuales las diferentes entidades deberían hacer público los mismos. En lo que aquí interesa son relevantes los siguientes apartados:

A5. Explique los sistemas de ahorro a largo plazo

“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”.

A6 Explique las indemnizaciones

“Indique cualesquiera indemnizaciones pactadas o pagadas en caso de terminación de las funciones como consejero”

A7. Explique las condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos

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 7. Explique.

B. Información contenida en los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los consejeros de 2013, 2014, 2015 en estos apartados.

Respecto al apartado A5 es distinta la información contenida en el IARC del año 2013 respecto de la contenida en el año 2014 y 2015. Es común la información del apartado A6 y A7 de todos los IARC 2013 a 2015

Apartado A 5:

IARC 2013. Apartado A5

Sistemas de ahorro a largo plazo

“De conformidad con Estatutos Sociales, el Banco tiene establecido para los Consejeros Ejecutivos un sistema de previsión social en la modalidad de prestación definida para cubrir las contingencias de jubilación, incapacidad y fallecimiento”

Jubilación

“Se reconoce a los Consejeros Ejecutivos un complemento anual por jubilación 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 cesar en el ejercicio de sus funciones y pasar a situación de jubilación"

IARC 2014 y 2015 Apartado A.5

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, 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

En el Apartado A.6 de todos los IARC 2013-2016 se indicaba lo mismo. No existían cláusulas de indemnización y no se mencionaba la existencia de ninguna indemnización pactada en caso de terminación de sus funciones como consejero.

En el apartado A7 de los IARC 2013-2015 se indicaba lo mismo. Se menciona que existe una obligación de no competencia durante dos años a contar desde el cese, pero sin afirmar contraprestación alguna, señalando además que los consejeros ejecutivos no tienen establecidos en sus contratos *"el derecho al cobro de ninguna indemnización como consecuencia del cese de sus cargos como consejeros"*.

OCTAVO: Vulneración del principio de tipicidad. Realiza las siguientes alegaciones que se examinan en los fundamentos de derecho siguientes:

1 Falta de claridad en cuanto a los datos a incluir en el IARC y donde (en que apartado del modelo) han de ser incluidos:

2 El apartado A5 del modelo aprobado por la CNMV se refiere exclusivamente a los sistemas de ahorro a largo plazo vinculados a la jubilación regulados en la LFPP.

3 No se cumple el elemento del tipo de engaño o error en el inversor dado que la existencia de pensión por prejubilación es pública.

4 En todo caso los IARC de 2013, 2014 y 2015 si reflejaban la existencia de la denominada pensión por prejubilación.

5 La normativa que regula el IARC no exige consignar que los fondos para dotar la pensión de prejubilación no estaban aportados.

NOVENO: Falta de claridad en cuanto a los datos a incluir en el IARC y donde (en que apartado del modelo) han de ser incluidos:

Afirma que a la vista de la orden ECC7461/2013 por la que se determina el contenido y la estructura del informe anual sobre remuneraciones y la circular 4/2013 de la CNMV no está claro dónde y en qué forma debía consignarse la información relativa a la denominada pensión por prejubilación, dado que la pensión por prejubilación del artículo 27 de los Estatutos sociales no era una aportación a un plan de pensiones regulado en la LPFP (por lo que no existía obligación de incluirla en el apartado A.5 del IARC), ni constituía una indemnización por cese (por lo que no tenía cabida en el apartado A.6) y no tenía carácter contractual al hallarse su origen directamente en los Estatutos sociales, sin perjuicio de la remisión que en los contratos se pudiera hacer a éstos (lo que excluye su consignación en el apartado A.7). Por ello, concluye que no existía obligación legal de reflejarla en el IARC.

Para responder a esta alegación hay que partir de que el concepto de prejubilación es un concepto que no está definido jurídicamente a pesar de que es una práctica habitual en las empresas, por lo que difícilmente podría la orden ECC/461/2013 por la que se determina el contenido y la estructura del informe anual sobre remuneraciones y la Circular 4/2013 que aprueba el modelo, referirse expresamente al concepto de pensión de prejubilación dentro de su ámbito dado que esa retribución ligada al cese anticipado de la relación laboral podía configurarse por las entidades de distintas formas (compensación, indemnización, pensión temporal) y modos (compromiso recogido en el contrato o previsto directamente en los Estatutos).

Ello determinaba que dependiendo de cómo hubiera sido configurada por la entidad este tipo de retribución, podía ser incluida en uno u otro apartado del modelo normalizado del informe del IARC aprobado por la CNMV mediante la Circular 4/2013 o incluso hacer referencia en varios de sus apartados. Así podía incluirse dependiendo en la forma en que se hubiera configurado en el apartado A5 referido a sistemas de ahorro a largo plazo, A6 referido a indemnizaciones en caso de terminación de las funciones como consejero o A7 referido a condiciones establecidas en los contratos entre otras indemnizaciones o blindajes por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero ejecutivo.

Por tanto, no se puede hablar de falta de claridad, sino más bien de indeterminación en cuanto a qué apartado debía ser incluido este tipo de remuneración que derivada de la diversidad de opciones que tienen las entidades para configurar este tipo de retribuciones.

El hecho de que esta realidad remuneratoria sea tan indeterminada en cuanto a su configuración no determina que pueda quedar exenta de publicidad dentro del informe anual de remuneraciones de los consejeros, ya que la obligación de informar sobre la totalidad de las retribuciones de los consejeros es más que evidente y este aspecto viene resaltado por los adjetivos utilizados en la normativa para referirse al contenido de esos

informes : “información completa, clara y comprensible” (artículo 541 de la Ley de Sociedades de Capital) o “información 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” (artículo 2 de la orden ECC/461/2013 por la que se determina el contenido y estructura de ese informe anual). Por ello, esta orden tras detallar en el artículo 10.1 hasta 13 conceptos retributivos, incluye en el apartado 14 como cláusula de cierre el deber de informar sobre cualquier otro concepto retributivo distinto de los anteriores, cualquiera que sea su naturaleza.

DÉCIMO: Considera que esa compensación o pensión de prejubilación no podía incluirse el apartado A.5 del IARC porque no era un compromiso por pensiones sujeto a la Ley de planes y fondos de pensiones LPFP.

Efectivamente, los compromisos por pensiones sujetos a la Ley de planes y fondos de pensiones (LPFP) solo alcanzan a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 LPFP, es decir, a los supuestos jubilación, incapacidad, muerte. Por los compromisos por pensión por prejubilación no es una aportación a un plan de pensiones regulado en la LPFP. Ahora bien, ello no determina que no pudiera incluirse en el apartado A5 dado que el apartado A5 de la Circular no se refiere solo al compromiso por pensiones sujeto a la Ley de planes y fondos de pensiones LPFP, sino que es mucho más amplio.

Dicho apartado señala “explique las principales características de los sistemas de ahorro a largo plazo, incluyendo jubilación y su compatibilidad con cualquier tipo de indemnización por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero”. Por tanto, la expresión sistemas de ahorro a largo plazo podía incluir los compromisos por pensiones vinculadas a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 LPFP (jubilación, incapacidad, muerte) que deben instrumentarse a través de un contrato de seguro y además los compromisos correspondientes a la pensión de jubilación (prejubilación) desde la fecha de cese hasta alcanzar la edad de jubilación que no están sujetos a esa normativa y por tanto no es obligatorio la contratación de una póliza de seguros.

Señala que cuando el apartado 7 del artículo 10.1 de la orden ECC/461/2013 obliga a consignar en el IARC las aportaciones a planes de pensiones se está refiriendo única y exclusivamente a los planes de pensiones en sentido estricto esto es a los LFPP, por lo tanto, en la medida en que la Circular de la CNMV 4/2013 constituye desarrollo de la orden no puede imponer obligaciones que ésta no impone, como es la referida en el apartado A5 de informar sobre los sistemas de ahorro a largo plazo. Esta alegación ya supone reconocer que el apartado A5 de la Circular 4/2013 incluye las pensiones de prejubilación dentro de los sistemas de ahorro a largo plazo y por tanto, que dentro de su ámbito de aplicación están incluidos no solo los compromisos de pensiones de jubilación sino también los de jubilación anticipada, es decir, desde la fecha de cese hasta alcanzar la edad de jubilación. En todo caso la CNMV no se ha extralimitado, dado que la orden ECC/461/2013 habilita a la CNMV para establecer un modelo de informe con arreglo a lo expresado en dicha orden y dicha orden. contiene en el último apartado del artículo 10.1 una cláusula de cierre referida al deber de informar sobre cualquier otro concepto retributivo distinto de los anteriores.

El propio recurrente en la demanda alega que en el apartado A5 del IARC se informaba sobre esa pensión de prejubilación anticipada, por lo que parece contradictorio que ahora afirme que no puede incluirse en el ese apartado A5. Así señalaba en el apartado 105 de la demanda “se ha acreditado que la descripción del sistema de ahorro a largo plazo que Banco Popular incluía en el apartado A.5 de los IARC de 2013, 2014 y 2015, es absolutamente claro y refleja, sin atisbo de duda, que existen supuestos de pago de la pensión, siendo uno de ellos el caso de cese anterior a los 65 años” y lo desarrolla en el bloque E de la demanda (apartado 160 a 171).

En cualquier caso, si consideraba que no podía incluirse ni en el apartado A5, A6 y A7 de la Circular podía haberlo incluido en el último apartado, E, de la Circular referido a “otras informaciones de interés” que permitía incluir cualquier aspecto relevante en materia de remuneraciones que no se hubiera podido recoger en el resto de apartados del informe. Así, la información del apartado E era la siguiente: “Si existe algún aspecto relevante en materia de remuneración de los consejeros que no se haya podido recoger en el resto de apartados del presente informe, pero que sea necesario incluir para recoger una información más completa y razonada sobre la estructura y prácticas retributivas de la sociedad en relación con sus consejeros, detállelos brevemente”.

En cualquier caso, la CNMV no le sanciona por haberlo incluido en un apartado incorrecto del modelo de la Circular, sino por el hecho de que la información suministrada era engañosa, dado que daba a entender que el único derecho que otorgaba era una pensión de jubilación. Es decir, de la información contenida en el apartado A5 de su informe de retribuciones parecía desprenderse que los consejeros ejecutivos tenían derecho a una pensión si se producían determinadas situaciones, entre ellas, la posibilidad de que no fueran renovados en su cargo y en sus funciones, pero que el pago de la misma se produciría desde la fecha en la que el consejero alcanzara la edad legal de jubilación y como complemento de la que percibieran de la Seguridad Social.

DECIMOPRIMERO: Considera que no se cumple el elemento del tipo de engaño o error en el inversor dado que los Estatutos Sociales del Banco Popular han estado disponibles en la página web de la Entidad desde 2003, siendo el artículo 27 -cuyo contenido se mantuvo sin modificar hasta el año 2017- de público y general conocimiento. Es lógico, no puede escapársele a nadie que, si un inversor acude a los IARC y se encuentra una referencia directa a los Estatutos, dado que tiene todo en la misma página web, accederá de forma inmediata a tales Estatutos.

Con independencia de que los Estatutos del Banco sean públicos, éste no es el documento establecido normativamente para informar sobre las retribuciones de los consejeros de las sociedades cotizadas, sino que este documento es el Informe Anual sobre remuneraciones de consejeros. Así lo establece el artículo 541 de la Ley de Sociedades de Capital que regula dicho informe y señala que debe incluir información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros. Este documento, además, es el que es aprobado anualmente por el Consejo de Administración y el que se difunde como hecho relevante, y el que se somete a votación con carácter consultivo y como punto separado del orden del día a la Junta General. A ello se añade que los IARC de 2013 a 2015 no se remiten expresamente al artículo 27 de los Estatutos, sino que solo se hace una remisión genérica en el apartado A5

(reproducido en el fundamento de derecho Séptimo) indicando “de conformidad con lo previsto en los Estatutos”.

Por otra parte, ni siquiera el contenido del artículo 27 de los Estatutos estaba claro. Es decir, no se discute que ese artículo 27 pretende garantizar una pensión en el supuesto de cese derivado de la renovación del cargo, cese derivado de enfermedad o invalidez o cese por haber alcanzado la edad de 65 años, pero lo que no quedaba claro es el momento en que se tenía derecho a esa pensión complementaria. Basta leer su denominación “pensión de jubilación” (es decir, no habla en ningún momento de pensión de prejubilación). Tan es así, que el propio Banco solicitó un informe a un despacho de abogados en 2014 siendo uno de los puntos del dictamen la determinación del momento en que debe efectuarse el abono de la pensión de jubilación, dado que ese artículo enumeraba los supuestos que dan derecho al cobro de la citada pensión entre ellas, la posibilidad de que no fueran renovados en su cargo y en sus funciones, pero no quedaba claro si el derecho a la pensión de jubilación era desde la fecha en la que el consejero alcanzara la edad legal de jubilación o tenía derecho desde la fecha del cese.

DECIMOSEGUNDO: En todo caso, los IARC de 2013, 2014 y 2015 sí reflejaban la existencia de la denominada pensión por prejubilación.

Discrepa esta Sala de esta afirmación. Como se constata en todos los IARC de 2013, 2014 y 2015 ofrecían una apariencia engañosa sobre las retribuciones de los consejeros ejecutivos, dado que podía ser interpretada por cualquier accionista (ese informe debía ser sometido a votación a la Junta General de accionistas como punto separado del día) o inversor que los consejeros ejecutivos no tenían derecho alguno a cobrar una compensación de prejubilación antes de que alcanzaran la edad de jubilación de la Seguridad Social, ya que se indicaba que esa pensión debía ser sumada (sin dejar opciones) a la pensión que perciban (en presente) de la Seguridad Social. En el IARC de 2013 ni siquiera se informa de otros supuestos en que se genera ese derecho distinto del general de jubilación por edad. En los IARC de 2014 y 2015 sí se indicaba que los consejeros ejecutivos tenían derecho a una pensión si se producían determinadas situaciones, entre ellas, la posibilidad de que no fueran renovados en su cargo y en sus funciones, pero de su lectura podía desprenderse que el pago de la misma se produciría desde la fecha en la que el consejero alcanzara la edad legal de jubilación y como complemento de la que percibieran de la Seguridad Social, precisamente por el hecho que esa pensión de jubilación debía ser sumada a la que se perciba de la Seguridad Social. Ello reforzado por el hecho de que se indicaba en el apartado A6 del IARC que no existen cláusulas de indemnización en caso de terminación de las funciones como consejero y en el apartado A7 del IARC que los Consejeros Ejecutivos no tenían establecido en sus contratos el derecho al cobro de ninguna indemnización como consecuencia del cese de sus cargos como consejeros.

El conjunto de la información que se aporta en esos informes anuales de retribuciones constituye un todo inseparable y de su lectura no se permite deducir de forma clara y comprensible que existiera una retribución derivada del cese antes de la edad de jubilación.

Basta compararlos con los IARC de otras entidades bancarias en que sí que aparecen recogidos estos compromisos de forma clara:

Banco Santander en el apartado A5 del IARC de 2014 Los siguientes consejeros ejecutivos tendrán derecho a prejubilarse en caso de cese por razones distintas de su libre voluntad o del incumplimiento de sus obligaciones, en cuyo caso tendrán los derechos que a continuación se indican: D^a. ABS tendrá derecho a una asignación anual que, a 31 de diciembre de 2013, sería de 2.692.000 euros anuales”.

Banco Bilbao, en el apartado A7 del IARC “En el caso del Consejero Delegado, sus condiciones contractuales determinan que en caso de que pierda esta condición por cualquier causa que no sea debida a su voluntad jubilación, invalidez o incumplimiento grave de sus funciones, se jubilará anticipadamente con una pensión que se podrá percibir en forma de renta vitalicia o de capital, a su elección, del 75% del salario pensionable, si ello se produjera antes de cumplir los 55 años o, del 85% si se produjera después de cumplir esa edad”.

DECIMOTERCERO: Alega que en ningún precepto, ni en la Orden ECC/461/2013, ni en la Circular 4/2013 obligan a hacer constar cantidades comprometidas o no aportadas, ni a especificar si se han dotado o provisionado o no. La no dotación de las cantidades correspondientes a la Pensión de Prejubilación es conforme con la normativa contable.

Con independencia de que la no dotación de las cantidades correspondientes a la pensión de prejubilación sea conforme a la normativa contable, el hecho es que la Circular 4/2013 de la CNMV en el apartado A5, sí que solicita que explique las principales características de los sistemas de ahorro a largo plazo con una estimación del importe o coste anual equivalente. Por tanto, se considera que aun cuando no existiera obligación de dotar, sí que debía haber informado del hecho de que no estaban dotadas, dado una estimación de su importe y las personas que tenían derecho a la misma.

DECIMOCUARTO: Calificación de la infracción como leve.

Considera que la supuesta conducta infractora podría ser calificada, a lo sumo, como infracción leve del artículo 300.1 del TRLMV (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) y, en consecuencia, la multa a imponer sería de hasta 30.000 euros.

Para ello alega que una cosa es que la información pueda no ser del todo clara o pueda expresarse de una forma más accesible y comprensible para el público y otra, muy distinta, es que se aporte información falsa o engañosa. Son conductas muy distintas en intencionalidad y contenido que merecen, por tanto, consecuencias jurídicas también muy distintas. Al no encajar la conducta en el tipo infractor grave del artículo 296.1 del TRLMV, es claro que a lo sumo la conducta puede ser calificada como infracción leve en aplicación de lo dispuesto en el artículo 300.1 del TRLMV que sanciona como tales aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores que no constituyan infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores. Por tanto,

considera que la supuesta conducta infractora podría ser calificada a lo sumo como infracción leve del artículo 300.1 del TRLMV y sancionada, en consecuencia, con una multa de hasta 30.000 euros.

Lo primero que hay que indicar es que la cuestión que plantea es muy relevante, dado que, si se considera que la infracción es leve, no procede imponer sanciones a los que ejerzan cargos de administración o dirección de la entidad sancionada que sólo está previsto puedan imponerse en el caso de que se trate de infracciones muy graves o graves conforme al artículo 306 y 307 del TRLMV. Es cierto que no todos los incumplimientos constitutivos de infracción grave son de la misma entidad, pero ello no tiene incidencia en la tipificación de la conducta como grave sólo tiene incidencia en la graduación de la sanción conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 103 LRV que específicamente se refiere entre otros a la naturaleza y entidad de la infracción, y la gravedad de la conducta. En este caso se cumplen los requisitos del tipo de la infracción grave como se ha razonado en la resolución recurrida y se recoge en los apartados anteriores, ya que al no consignarse de forma clara las cuestiones relativas a las prejubilaciones ni consignarse las cantidades estimadas por tal concepto se aportaba información engañosa, dado que cualquier accionista podía entender que no existían retribuciones de este tipo, teniendo en cuenta que el Informe Anual de Retribuciones de forma completa todas las retribuciones.

Establecido que la conducta analizada reúne los elementos exigidos para calificar la infracción como grave, el principio de legalidad impide que pueda calificarse este incumplimiento como leve.

DECIMOQUINTO: En cuanto a la calificación como infracción continuada.

Considera el recurrente que la infracción no debía haber sido calificada como infracción continuada, dado que la CNMV no justifica que concurren los presupuestos del artículo 29 de la ley 40/2015 que sanciona 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 por ser una voluntad diferente la que el Consejo manifiesta en cada ejercicio, como acredita el hecho derivado del expediente administrativo de que a los Consejeros que se les imputa la responsabilidad han ido cambiando. Por tanto, se trata de 3 infracciones independientes y debía haber sido analizado cada ejercicio por separado. Considera que se ha calificado como infracción continuada para garantizar que no había transcurrido el plazo de prescripción respecto de los años 2013 y 2014, lo que incluso excluiría la responsabilidad de algún consejero de haberse declarado la infracción como leve.

Es cierto que la CNMV señala que la conducta infractora tiene la naturaleza de infracción continuada afirmando que se trata de una pluralidad de acciones ejecutadas en cada uno de los ejercicios señalados sin extenderse en mayores razonamientos. Ahora bien, el hecho es que la parte, en las alegaciones a la propuesta de resolución y en el escrito del recurso de alzada, en ningún momento cuestionó esa calificación, por lo que la CNMV al no apreciar que existía controversia sobre esa cuestión no se extendió más en cuanto a la calificación de la infracción como continuada en la resolución recurrida, ni tampoco se analizó por el ministro en la resolución que resuelve el recurso de alzada. Por ello, en esas

resoluciones sólo se dio respuesta a la cuestión planteada por la parte en relación a la infracción continuada referida a la graduación de la sanción, pero no a la calificación como infracción continuada. Así, se limitaba a señalar la parte en esos escritos que la persistencia temporal ya se ha tomado en consideración para entender que es una infracción continuada, lo que supone un agravamiento de la sanción a imponer, por lo que si apreciara de nuevo esta circunstancia como agravante nos encontraríamos ante un doble reproche, en la medida en que en la infracción continuada ya se encuentra subsumida la persistencia temporal. (folio 26 recurso de alzada y folio 19 de escrito de alegaciones a la propuesta de resolución).

Ahora plantea por primera vez la calificación como infracción continuada en este recurso contencioso-administrativo. Esta Sala no va a entrar a analizar esta cuestión, ya que, con independencia de que hipotéticamente se considerara que los hechos sancionados no son una infracción continuada, no procede por ello anular la resolución recurrida por 3 razones:

- 1) La calificación como infracción continuada, no ha afectado a la prescripción dado que la conducta infractora ha sido calificada correctamente como infracción grave y por tanto, aun cuando se consideraran ejercicios independientes ninguna infracción estaría prescrita.
- 2) La tipificación como infracción grave ya se recogía en los textos vigentes en el año 2013 y 2014 y en concreto en el artículo 100.b) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores introducido por la Ley 2/2011 tanto antes como después de la reforma introducida por la Ley 31/2014 siendo los únicos cambios de carácter formal.
- 3) La regulación de la infracción continuada está ubicada en el apartado 6 del artículo 29 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público que regula la proporcionalidad de la sanción y es, en ese ámbito, es decir, en la graduación de la sanción donde será analizado la cuestión que plantea referida a la compatibilidad de la calificación como infracción continuada con la circunstancia agravante consistente en la persistencia temporal del peligro ocasionado como criterio de graduación de la sanción.

DECIMOSEXTO: Culpabilidad.

Es principio admitido y no nos vamos a extender sobre esta cuestión que no existe una responsabilidad objetiva y que por tanto, la culpabilidad quedaría excluida en el caso de que se considere que ha actuado conforme a una interpretación razonable o bajo el principio de confianza legítima. Los argumentos que expone el recurrente para considerar que no procede calificar su comportamiento como negligente son las siguientes:

1. La regulación no decía dónde y cómo debe reflejarse la información relativa a las pensiones de prejubilación
2. El criterio fue avalado por el Informe Garrigues.
3. El criterio es común a las principales entidades financieras españolas.

4. La CNMV conocía el contenido de los Estatutos desde 2003 y no formuló requerimiento alguno.

1. En cuanto a que la regulación no decía dónde y cómo debe reflejarse la información relativa a las pensiones de jubilación ya se ha explicado en los fundamentos de derecho anteriores.

2. En cuanto al informe de Garrigues.

Es cierto como señala la recurrente, que ese informe no sólo se refiere el alcance jurídico del artículo 27 de los Estatutos del Banco, sino que también analiza las obligaciones de comunicación a efectos del IARC. En efecto, ese informe está dividido en 4 apartados: 1) antecedentes; 2) análisis del artículo 27 de los Estatutos (folio 2 a 17); 3) obligaciones de comunicación a efectos del informe anual de remuneraciones de los consejeros de los compromisos asumidos en el artículo 27 de los Estatutos sociales del Banco (folios 18 a 22) y 4) conclusiones. En las conclusiones respecto a la información a incluir en el Informe Anual de Retribuciones de los consejeros (IARC) señala:

“Banco Popular no está obligado él incluir información adicional alguna a la actualmente facilitada en su IARC, en relación con los compromisos asumidos en el artículo 27 de sus Estatutos Sociales. En caso de que se recogiese en los contratos con los consejeros ejecutivos el compromiso de pago de una determinada renta con ocasión de la no renovación en su cargo y en sus funciones, éste debería recogerse de forma genérica en el apartado A.7 del IARC, sin que exista, en nuestra opinión, obligación alguna de desglosar importes y cantidades acumuladas”

La CNMV reconoce que en ese informe de Garrigues se analizan las obligaciones de comunicación a efectos del IARC, pero lo que señala es que una vez que en ese Dictamen se determina el alcance jurídico del artículo 27 de los Estatutos del Banco, si tenía dudas podía haber consultado en qué parte del IARC incluir esa pensión o complemento por jubilación anticipada.

Pretende la parte que se excluya la culpabilidad amparándose en ese informe de Garrigues lo que no resulta aceptable por lo siguiente:

1. Ese informe es de 21 de julio de 2014, por lo tanto, posterior al IARC del ejercicio de 2013, que fue aprobado por el Consejo de Administración el 26 de febrero de 2014 y por la Junta General de Accionistas en votación consultiva el 7 de abril de 2014. Por tanto, la alegación referida a que actuaron amparados en las conclusiones de ese informe Garrigues de 21 de julio de 2014 no es aplicable al IARC del año 2013.

2. Ese informe es de una determinada fecha y se desconoce si con posterioridad, se ha podido emitir otro informe por parte de ese Despacho en que completara o matizara lo que en el mismo se indica. Debe tenerse en cuenta que el siguiente IARC fue aprobado casi un año después de la emisión de ese informe legal (el informe Garrigues es de 21 de julio de 2014 y el IARC de 2014, fue aprobado por el Consejo de Administración el 25 de febrero de 2015). Además, no ha tenido oportunidad ese Despacho de pronunciarse sobre el alcance que se quiere dar al mismo en este

recurso ya que es otro despacho, también de primera línea, el que ha intervenido en el procedimiento administrativo y en este recurso contencioso-administrativo. Se dice lo anterior por el hecho de que en ese informe de Garrigues se indica que Banco Popular no está obligado a incluir información adicional alguna a la que consta en su IARC de 2013, cuando lo cierto es que el Banco Popular no siguió ese criterio dado que en el IARC de 2014 y 2015 se incluye información adicional en el apartado A5 respecto de la contenida en el IARC de 2013.

3. En el informe Garrigues de 21 de julio de 2014, se indica que en el caso de recogerse en los contratos con los consejeros ejecutivos el compromiso de pago de una determinada renta con ocasión de la no renovación en su cargo, se indica que se debería recoger en el apartado A7. El hecho es que en el IARC de 2014 y 2015 comienza el apartado A5 señalando que "en los contratos de los consejeros ejecutivos se reconoce lo previsto en los Estatutos". Por tanto, conforme a ese dictamen, en el apartado A7 referido a condiciones contractuales, debía haberse dado información sobre ese extremo. Decir como se dice en la demanda que no se da información en ese apartado porque si bien estaba previsto en los contratos, no procedía dar información porque ese derecho derivaba directamente de los Estatutos, no es lo que se concluía de ese dictamen, máxime cuando se advertía en el mismo informe (folio 21) que:

"BBVA tiene asumidos con algunos de sus consejeros 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 A7 del IARC apartado relativo a las condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos, sin especificar importes ni saldos acumulados".

3. En cuanto a que el criterio es común al mantenido por otras entidades.

Precisamente se deduce lo contrario, ya que en los IARC del Banco Santander y BBVA que son a los que hace referencia, además de incluir la explicación de los compromisos de pensiones sujeto a la Ley de planes y fondos de pensiones LPFP (que solo alcanza a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 LPFP jubilación, incapacidad, muerte) se informaba en el IARC del derecho a la jubilación anticipada.

4. En cuanto a que la CNMV conocía el contenido de los Estatutos desde 2003 y no formuló requerimiento alguno.

Ello no ampara un supuesto de confianza legítima, dado que la CNMV no realizó actuación alguna positiva dando validez a lo que constaba en los mismos respecto a las retribuciones. Fue con ocasión de lo que constaba en el IARC de 2016, en la que se informa por primera vez de forma clara sobre ese derecho de prejubilación anticipada antes de la edad legal de jubilación, cuando se puso de relieve que en los IARC de los ejercicios anteriores no había información que explicara suficientemente las aportaciones adicionales a los sistemas de ahorros de los consejeros ejecutivos, puestas de manifiesto con motivo del cese de D. ÁR y FG.

Ciertamente la Orden ECC/461/20131 y la Circular 4/2013 de la CNMV, (posteriormente modificada por la Circular 7/2015 de la CNMV), desarrollaron por primera vez, un modelo unificado de informe relativo a las remuneraciones de los miembros del consejo de administración de las sociedades cotizadas, introduciendo un formato homogéneo. Se puede comprender que la aplicación del modelo pudiera suscitar dudas en cuanto a qué apartado incluir la información, pero desde luego lo que no existe ninguna duda es la obligación de incluir la información de forma completa y clara, lo que en este caso no se había cumplido, generando confusión.

DECIMOSÉPTIMO: Considera que se vulnera el principio de igualdad por corresponder la responsabilidad de elaboración y publicación del IARC al Consejo de Administración en su conjunto, por lo que se debería haber sancionado a todos ellos.

Efectivamente, tiene razón el recurrente y así lo establece el artículo 541.1 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital y reitera el artículo 4 de la orden ECC/461/20131 al señalar que la responsabilidad de la elaboración y del contenido del informe anual de remuneraciones corresponde al órgano de administración de la sociedad. Ahora bien, esta alegación no determinaría que se anulara la sanción impuesta al recurrente, ya que lo único que implicaría es que además de sancionar a los miembros del consejo de administración que son consejeros ejecutivos y a los miembros de la Comisión de retribuciones debería haberse sancionado al resto del consejo de administración y una vez declarada la responsabilidad de todos ellos, haber graduado la sanción atendiendo al grado de responsabilidad en la comisión de la infracción.

No nos vamos a detener más en esta cuestión ya que cualquiera que fuera la conclusión a la que llegáramos, no afectaría a la sanción impuesta al recurrente, ya que el principio de igualdad opera solo dentro de la legalidad.

DECIMOCTAVO: Vulneración del principio de proporcionalidad por los siguientes motivos.

1. Desproporción derivada de incoar un procedimiento sancionador en vez de requerir la subsanación de la deficiencia.

En este caso concurrían los presupuestos para incoar un procedimiento sancionador, siendo la conducta realizada constitutiva de una infracción grave al concurrir los elementos del tipo como ya hemos razonado al analizar sus alegaciones referidas a vulneración del principio de tipicidad. El legislador tipifica, tanto como infracción grave el no publicar los IARC, como hacerlo con omisiones o inclusión de datos que induzcan a error y efectivamente como señala el recurrente, no cualquier omisión resulta relevante, sino que tiene que ser de entidad suficiente que determine la calificación de la infracción como grave, lo que en este caso se cumple dado que no se informaba de forma clara del derecho a una pensión de jubilación desde el cese hasta alcanzar la edad de jubilación. Es cierto que esa conducta no reviste la misma gravedad que no publicar el IARC, pero ello tendrá efectos en la graduación de la sanción, pero no en la tipificación de la conducta. De hecho, las sanciones impuestas lo han sido en un importe muy reducido. En cuanto a la posibilidad de requerir la subsanación de la deficiencia en vez de incoar un procedimiento sancionador debe tenerse en cuenta que el artículo 312 de la LMV

sólo lo establece para el caso de conductas tipificadas como infracciones leves, pero no para las infracciones graves. En cualquier caso, no corresponde a esta Sala dirigir la potestad sancionadora de la CNMV, sino que nos limitamos a indicar que concurrían los elementos del tipo infractor grave.

2. Desproporción entre la sanción impuesta a las personas físicas y la impuesta al Banco Popular.

Es cierto que la sanción impuesta a los consejeros es el 10% del importe máximo, mientras que la del Banco Popular es del 0,39% del importe máximo, pero esta comparación no puede servir de parámetro, dado que el importe máximo de la sanción que se puede imponer al Banco es sobre el importe de los recursos propios mientras que los Consejeros el importe máximo es una cantidad fija de 250.0000 euros, por lo tanto no se tiene en cuenta las retribuciones a las que tienen derecho por todos los conceptos. En cualquier caso, no se considera desproporcionada en sí misma considerada la sanción impuesta, que está en el tramo mínimo del tercio inferior, máxime cuando el perjuicio mayor ocasionado deriva de la publicación de la misma en el BOE y por tanto, el conocimiento público por parte de todo el mercado, que es común para el Banco como para los consejeros sancionados.

3. Imprudencia de aplicar la de la circunstancia agravante del artículo 310 1 d) la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado.

Esta es la única agravante que se ha aplicado. Sostiene el recurrente que la calificación como infracción continuada implica que ya se encuentre subsumida la persistencia temporal y por tanto, si se aplica esta circunstancia agravante nos encontraríamos con un doble reproche. No se comparte este criterio. La regulación de la infracción continuada está ubicada en el apartado 6 del artículo 29 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público que regula la proporcionalidad de la sanción y es en ese ámbito, es decir, en la graduación de la sanción donde 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.

4. Aplicación de las siguientes circunstancias como atenuantes:

4.1 La entidad de la infracción. Considera que debe aplicarse esta circunstancia como atenuante porque no se ha ocasionado perjuicio, dado que el derecho de los consejeros al cobro de una pensión desde su cese hasta la edad de jubilación era pública al estar prevista en los Estatutos y no existía obligación de incorporar a los IARC esa información, ni tampoco la relativa a la cobertura de la contingencia con los fondos aportados en cada ejercicio. No se admiten estas alegaciones remitiéndonos a lo razonado en apartados anteriores referida a que información debe contenerse en el IARC que contenía omisiones de relevancia que impedía conocer la existencia de ese elemento retributivo y ni siquiera el contenido del artículo 27 de los Estatutos era claro.

4.2 Inexistencia de intencionalidad. La propia CNMV señala que ha tenido en cuenta la falta de intencionalidad, dado que no ha apreciado un especial ánimo infractor como hubiera sido el caso de que apreciara un comportamiento doloso y que hubiera incrementado la sanción.

4.3 Subsanción por propia iniciativa. Efectivamente en el IARC de 2016 se hace mención a este concepto retributivo, pero ello no supone que se haya subsanado la infracción por propia iniciativa, sino que esta deja de cometerse. Los IARC de 2013, 2014 y 2015 no quedaron subsanados, ya que los mismos contienen omisiones referidas al derecho al cobro de una pensión desde el momento del cese hasta alcanzar la edad de jubilación y por tanto en el momento en que se sometieron esos informes a la Junta para que los accionistas emitieran su voto consultivo contenían esas deficiencias. Ese cambio de 2016, por otra parte, vino motivado por el inminente cese del presidente y consejeros ejecutivos que requería realizar aportaciones como consecuencia de los compromisos por pensiones pendientes de dotar, siendo en ese momento ante la inminencia cuando se da de forma clara publicidad a ese derecho por jubilación anticipada.

4.4 Colaboración con la CNMV. Considera el recurrente que debe aplicarse el criterio de atenuación previsto en el artículo 106 letra j) LMV que se refiere a 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. Es cierto como señala el recurrente que ese precepto no excluye la aplicación de esta circunstancia por el hecho de que la colaboración se haga a instancia de la propia CNMV pero entiende la Sala que para que esa colaboración a instancia de la CNMV permita aplicar esta circunstancia se requiere que esa colaboración no sea respuesta a requerimientos de la CNMV en ejercicio de sus facultades de supervisión como sucede en este caso en que el requerimiento era para solicitar aclaraciones del IARC en relación con los compromisos de pensiones a pagar a los antiguos consejeros ejecutivos o bien alegaciones en ejercicio del derecho a la defensa (alegaciones al pliego de cargos, propuesta de resolución). Si no fuera así, en todos los procedimientos sancionadores, en que se efectúen previamente requerimientos habría que aplicar esta circunstancia atenuante.

4.5 Inexistencia de sanciones anteriores conforme a lo previsto en el artículo 310 2 b) TRLMV. Nos remitimos a lo razonado en la resolución recurrida que esta circunstancia supone la posibilidad de intensificar el reproche disciplinario, en aquellos casos en que se hayan infringido con anterioridad las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, pero no implica que deba imponerse una sanción inferior por el mero hecho de que no haya sido previamente sancionado.

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

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D FAV contra la resolución de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación digital dictada por delegación por la Subsecretaria Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 18 de febrero de 2020 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019 por la que se resuelve el expediente administrativo sancionador nº 15/2017, que se declara conforme a derecho.

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

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos