

2. Los hechos en que se basa esta imputación son, en esencia, que la Sociedad no habría incluido en los Informes Anuales sobre Remuneraciones de los Consejeros (“IARC”) correspondientes a los ejercicios 2013, 2014 y 2015 una explicación clara, completa y comprensible de 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 (en adelante, “**Compensación por Prejubilación**”).

La CNMV entiende también que “*no se explicaban los importes que deberían dotar en relación con los planes de ahorro que daban cobertura a los sistemas de previsión en el supuesto de cese antes de la jubilación, ya que únicamente contemplaban los pagos por pensión desde la edad legal de jubilación (...) necesidad que no había sido adecuadamente informada y, por lo tanto, no podía ser evaluada por los inversores, actuales o futuros*” (Página 9 del Acuerdo de Incoación). Esto es, que la Sociedad debió haber incluido información en los IARC de que la posible Compensación por Prejubilación no estaba completamente cubierta por las aportaciones realizadas por el Banco a una entidad de seguro, por lo que, en caso de materializarse el derecho a cobrar la misma, se debería dotar oportunamente.

3. Conforme al Acuerdo de Incoación, esta supuesta conducta infractora merecería una sanción de un millón de euros (1.000.000 euros) como resultado de la consideración de los siguientes factores: (i) la multa máxima a imponer sería del 2% de los recursos propios que presentaba Banco Popular en el ejercicio económico cerrado anterior a la consumación de la infracción (12.783.396 miles de euros a 31 de diciembre de 2014), esto es, 255.667.920 euros; (ii) serían de aplicación (*quod non*) las agravantes de gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado y de la existencia de antecedentes infractores del artículo 310 del TRLMV.

PRIMERA.- IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR AL NUEVO BANCO POPULAR: LA NUEVA REALIDAD JURÍDICO-ECONÓMICA TRAS LA DECISIÓN DE RESOLUCIÓN DE LA JUNTA ÚNICA DE RESOLUCIÓN DE 7 JUNIO DE 2017

Como desarrollaremos a continuación, no procede imponer sanción alguna al *nuevo* Banco Popular surgido tras la decisión de la Junta Única de Resolución (la “JUR”) de resolver la antigua entidad.

La resolución del antiguo Banco Popular se llevó a cabo con el fin de proteger el interés público desde dos perspectivas: por un lado evitar el daño que iba a suponer para el mercado financiero español la caída de una entidad de la envergadura del Banco Popular, y por otra minimizar al máximo la utilización de recursos públicos. Por ello, la amortización de todas sus acciones, el aumento de capital y la transmisión del negocio del Banco Popular a un tercero implicó el surgimiento de una nueva realidad económica y jurídica, totalmente separable, separada y distinguible de la existente antes de la resolución).

Es cierto que la JUR decidió mantener la personalidad jurídica del *antiguo* Banco Popular, vendiendo el negocio (instrumento de resolución escogido por la JUR) a través de la venta de las acciones nuevamente emitidas. Ello tenía por finalidad garantizar que la resolución fuese inmediatamente efectiva, viable en la práctica y causase el menor impacto posible en el sistema financiero (seguir prestando servicios a los clientes o abonando las deudas a los acreedores).

La continuidad de la personalidad jurídica de Banco Popular no lo es a todos los efectos, sino exclusivamente a aquellos que son imprescindibles para evitar perjuicios al interés general y proteger la seguridad del tráfico jurídico. Desde luego, entre esos efectos no está la imposición de sanciones por el poder público a la nueva entidad por actos de la entidad resuelta. A estos efectos, el *nuevo* Banco Popular es una entidad diferente de la que cometió la infracción.

El poder público que decidió resolver el *antiguo* Banco Popular y “crear” una nueva realidad para venderla a un tercero, no puede sancionar a esa nueva entidad que él mismo ha creado y ha vendido, y, en el fondo, al tercero que ha permitido la satisfacción de los intereses públicos por las actuaciones de la entidad que fue resuelta. Esto iría directamente en contra de los principios que determinaron la resolución (protección e intereses generales) y de los principios generales del derecho sancionador. Y, si se nos permite, sería injusto. Se desarrolla a continuación.

1. La resolución de Banco Popular.

1.1. A 31 de diciembre de 2016, Banco Popular era la sexta entidad financiera española por volumen de activos (147.926 euros), contaba con 1.739 oficinas, 11.948

empleados y 4,6 millones de clientes. Cotizaba en la Bolsa de Madrid y formaba parte del IBEX 35.

Pese a ello, se encontraba expuesto a particulares riesgos de diferente naturaleza, fundamentalmente debido a la **depreciación sufrida por su extensa cartera de activos inmobiliarios y a las exigencias de cobertura de las operaciones de crédito en situación de mora**. Estos riesgos dejaron su impronta en la cotización de sus acciones en bolsa, que experimentó fuertes caídas (en mayo de 2016 arrastraba una caída del 38% durante los últimos doce meses).

Como bien conoce la CNMV, esa situación financiera había impuesto la necesidad de ampliar capital por importe de más de 2.500 millones de euros, en el mes de mayo de 2016, con el objetivo de elevar las provisiones para mejorar la cobertura de la exposición inmobiliaria y acelerar la venta de inmuebles improductivos. La ampliación de capital fue acompañada también de un plan estratégico que incluía la reducción de la plantilla en 2.592 profesionales y, además, contemplaba el cierre de unas 300 oficinas del total de 2.093.

El informe trimestral sobre el último trimestre de 2016 (publicado en febrero de 2017) explicaba las circunstancias extraordinarias que estaban afectando a la actividad del Banco Popular:

*“En un entorno de tipos de interés que se han mantenido bajos y de continuación del desapalancamiento del crédito, en el cuarto trimestre de 2016 el sector se ha visto condicionado por el cambio normativo de la Circular 4/2016 y la publicación de la sentencia sobre la retroactividad de las cláusulas suelo” (pág. 6). El producto de esas circunstancias fue **“una pérdida contable de 3.485 millones de euros, cubierta con el importe obtenido en la ampliación y con su exceso de capital”, “tras la realización de dotaciones de provisiones por 5.692M€**, incluyendo las provisiones no recurrentes por crédito e inmuebles, cláusulas suelo y el deterioro del fondo de comercio de Targobank, entre otros”.*

No era la primera vez que el Banco Popular acudía al mercado para tratar de mejorar su situación. Se trataba de la cuarta ampliación de capital que, con el propósito de contribuir al saneamiento del balance, se realizaba durante los últimos cinco años. Situación que ya daba cuenta de las intensas dificultades por las que estaba atravesando la entidad, que tuvo que reconocer en sus cuentas anuales de 2016 un resultado negativo individual de más de 3.200 millones de euros (3.222.317.508,86 euros) en pérdidas.

Banco Popular sufrió tensiones de liquidez durante 2017 por la retirada de depósitos, que se hicieron insostenibles en los primeros días de junio de 2017. Solo durante los días 1 (jueves) y 2 (viernes) de junio, Banco Popular sufrió una fuga de depósitos de más de 2.000 millones de euros –las cifras resultan tan elevadas debido, entre otras cosas, a la decisión de retirar sus fondos que adoptaron clientes institucionales especialmente públicos. Ante semejante tensión de liquidez, y una vez consumida ya la segunda línea de liquidez, se activó la línea de emergencia (*emergency liquidity assistance* [ELA]). Sin embargo, se agotó en sólo dos días debido a que continuaron las enormes retiradas de depósitos: más 5.000 millones de euros los días 5 y 6 de junio.

1.2. Esta situación llevó a las autoridades a decidir aplicar el Mecanismo Único de Resolución (MUR), con arreglo a los presupuestos y requisitos contenidos en la regulación comunitaria.

Así, con fecha 6 de junio de 2017, el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (la “**JUR**”), la inviabilidad de Banco Popular, por considerar que no tenía ni era capaz de obtener la liquidez necesaria para atender el pago de sus obligaciones exigibles, por lo que no podía continuar con su operativa diaria.

Mediante Decisión de 7 de junio de 2017 (la “**Decisión de la JUR**”), la JUR confirmó que efectivamente concurrían en Banco Popular los requisitos normativamente exigidos para la declaración de resolución de la entidad por lo que, en ejercicio de sus competencias, determinó que era necesario intervenir y resolver la entidad. Ni el proceso privado de venta de la entidad ni una ampliación de capital eran soluciones posibles en este caso, ya que se precisaba una actuación inminente. Banco Popular había agotado su liquidez (ordinaria y extraordinaria) y no podía hacer frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores.

La Decisión de la JUR fue refrendada por la Comisión Europea (Decisión (EU) 2017/1246 de 7 de junio 2017). Y fue ejecutada por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (“**FROB**”) mediante resolución de 7 de junio de 2017, publicada como hecho relevante de la misma fecha, conforme al marco competencial vigente.

Como bien conoce la CNMV, la Resolución de la JUR, ejecutada a continuación por el FROB, ha implicado la **amortización de todas las acciones** en las que se dividía el capital social del Banco Popular, **así como de las obligaciones convertibles y subordinadas** emitidas. Una vez reducido el capital social a 0 euros, el FROB acordó **aumentar capital** por un importe de 684.024.000 euros, dividido en 684.024.000 acciones de 1 euro de valor nominal. Estas acciones nuevamente emitidas fueron vendidas a Banco Santander, S.A. (en adelante, el “**Banco Santander**”).

Con carácter previo a la Decisión de la JUR, las autoridades abrieron un proceso competitivo urgente de subasta para la venta de Banco Popular en el marco de su resolución.

Banco Santander accedió a participar en el proceso y formuló una oferta vinculante para adquirir la totalidad de las acciones del Banco.

Dado que ninguna otra entidad se mostró dispuesta a asumir las exigencias derivadas de una adquisición de estas características (ninguna formuló oferta en el proceso competitivo), las autoridades dieron curso a la oferta formulada por Banco Santander y mediante la Decisión de la JUR, ejecutada por el FROB, se acordó la venta del cien por cien de las acciones de nueva emisión de Banco Popular por el precio de un euro (1€) al Banco Santander.

2. El nuevo Banco Popular surgido tras la Decisión de la JUR

Una vez amortizadas todas sus acciones e instrumentos equivalentes, aumentado su capital y transferido el negocio a Banco Santander, surgió el “nuevo” Banco Popular, conservando la personalidad jurídica pero siendo una realidad jurídica y económica diferente:

- (i) **El nuevo Banco Popular es una filial de Grupo Santander y, como tal, está sometida a las directrices del grupo.** Existe un radical cambio en la realidad de Banco Popular, antes y después de su resolución. Mientras que antes de su resolución era una entidad independiente, cotizada en Bolsa, sin directrices de grupo a las que atender, el *nuevo* Banco Popular está participado al 100% por Grupo Santander, y, como filial, está sometido a las políticas y directrices del Grupo. La antigua forma de tomar decisiones y conformar la voluntad de la Sociedad ha desaparecido por completo.

- (ii) Este cambio se proyectó en los órganos de administración. Consecuencia inmediata de la nueva realidad fue la completa renovación de los órganos de administración y dirección de Banco Popular (Hechos Relevantes comunicados a la CNMV el 7 y 20 de junio de 2017). De este modo, ninguno de los administradores del antiguo Banco Popular continuaron en sus funciones tras la resolución de la entidad.
- (iii) Desde el punto de vista financiero, Grupo Santander ha inyectado liquidez y capital en el nuevo Banco Popular para asegurar su viabilidad y solvencia.

El 7 de junio de 2017, mismo día de la resolución, Banco Santander inyectó 13.000 millones de euros de liquidez para asegurar el funcionamiento del nuevo Banco Popular. El día anterior la dramática falta de liquidez había llevado a la JUR a la resolución. No puede haber mejor prueba de que el nuevo Banco Popular es una realidad diferente del que tuvo que ser resuelto por el poder público.

El 28 de julio de 2017, se acordó una ampliación de capital de Banco Popular por valor de 2.736 millones de euros con prima de emisión de 4.143 millones de euros. La ampliación de capital fue íntegramente suscrita por el Grupo Santander, que inyectó capital por un importe de 6.879 millones de euros.

- (iv) Además, Grupo Santander ha implantado medidas comerciales, de personal y de otro tipo que confirman esa nueva realidad.

Por referirnos a una materia estrechamente relacionada con este expediente, en materia de retribuciones de directivos, los administradores designados por Grupo Santander acordaron solicitar la devolución de todas las cantidades ya percibidas por los consejeros ejecutivos del antiguo Banco Popular en concepto de Compensación por Prejubilación además de la reducción en un 100% de todas las cantidades a percibir bajo ese concepto a futuro. En efecto, entre las primeras decisiones adoptadas por el nuevo Banco Popular se encuentra, precisamente, la decisión del Consejo de Administración de 19 de julio de 2017 de solicitar, en aplicación de la

regulación vigente, la devolución de las cantidades que hubieran percibido como Compensación por Prejubilación y la renuncia a su cobro en el futuro a D. Ángel Ron Güimil, D. Francisco Gómez Martín y D. Francisco Aparicio (contra quiénes se dirige también este expediente).

Ante su negativa de aceptar el acuerdo del nuevo Banco Popular, la Sociedad ha interpuesto demandas judiciales para exigir su cumplimiento¹.

La Decisión de la JUR ha dado lugar a una nueva realidad: el *nuevo* Banco Popular. Banco Santander ha hecho cargo diligentemente del *nuevo* Banco Popular surgido tras la resolución. Ha puesto al frente a un equipo gestor que se ha hecho cargo de la delicada situación de la entidad y ha conseguido que el *nuevo* Banco Popular se encuentre saneado y deje atrás los problemas de liquidez que lo convirtieron en inviable y forzaron su resolución. Situación actual que no sería posible de no haber asumido Banco Santander el coste de dicho saneamiento, valorado en al menos 7.000 millones de euros.

Esta actuación de Banco Santander ha evitado el terrible impacto que hubiera tenido sobre el mercado financiero español el concurso de Banco Popular y, además, se ha hecho sin que los contribuyentes tuvieran que soportar el coste de su intervención, a diferencia de lo que ocurrió en su día con otras muchas cajas de ahorro que precisaron de significativos apoyos públicos para asegurar su viabilidad, singularmente Bankia/BFA. Baste recordar que el Ministro de Economía valoró que el coste que hubiera supuesto a las arcas públicas la caída del Banco Popular hubiera alcanzado los 36.000 millones de euros².

El *nuevo* Banco Popular es la misma persona jurídica que la entidad resuelta, pero en la realidad material, jurídica y económica **es otra entidad**. Todo ello por **la decisión de las autoridades públicas y gracias al esfuerzo de Banco Santander**, única entidad que estuvo dispuesta a comprar Banco Popular.

¹ Noticia de El País de 12 de enero de 2018: “El Santander reclama 25 millones a exdirectivos del Popular por ‘bonus’ y prejubilaciones”.

² Agencia EFE, “De Guindos dice que la caída de Banco Popular habría costado 36.000 millones” de 18 de octubre 2017.

Esta incontestable realidad tiene un claro efecto sobre este expediente: el *nuevo* Banco Popular no puede ser sancionado por las autoridades públicas por las acciones u omisiones del *antiguo* Banco Popular.

3. Imposibilidad de sancionar por hechos cometidos antes de la resolución: el *nuevo* Banco Popular no tiene equivalencia material con el antiguo

3.1. La normativa de resolución de entidades de crédito

La normativa que fue aplicada en la Decisión de la JUR y la resolución ejecutiva del FROB fue fundamentalmente: (i) el Reglamento (UE) nº 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución, y (ii) la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Tal y como se reconoce explícitamente en el artículo 1 de esta última, **la finalidad de la norma es doble, pues pretende: “proteger la estabilidad del sistema financiero minimizando el uso de recursos públicos”**. Para ello:

“Un principio básico del que parte la ley es que los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable. Dados su tamaño, la complejidad y singularidad de sus fuentes de financiación, que incluye depósitos legalmente garantizados, y su interconexión con otras entidades, la liquidación ordinaria de una entidad financiera difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía de un país. Por lo tanto, resulta necesario articular un procedimiento especial, riguroso y flexible al tiempo, que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores. Un procedimiento, en suma, que permita un seguimiento estrecho y continuado sobre la entidad a resolver por parte de la autoridad de resolución, y que esté exclusivamente enfocado hacia el cometido de resolverla eficientemente.

De lo anterior se deriva la distinción entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. En este sentido, la liquidación de una entidad financiera alude a la finalización de sus actividades en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad, sean susceptibles de ser tratadas bajo este régimen sin menoscabo del interés público; mientras que la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas

entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.

*El régimen establecido en esta Ley constituye, en consecuencia, un procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, **en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos**” (Exposición de motivos de la Ley 11/2015)*

Como puede observarse, el legislador, consciente de la complejidad de la estructura y funcionamiento de las entidades financieras y de su profunda interrelación con el funcionamiento del tejido económico de una sociedad, ha decidido establecer un procedimiento administrativo especial que, sustituyendo el procedimiento de liquidación propio del concurso de empresas, evita el daño que la inviabilidad de entidades de crédito puede causar sobre el sistema económico.

Se prescinde del procedimiento judicial de los concursos de acreedores, para acudir a un proceso exorbitante de derecho público. En esencia, se trata de un suerte de procedimiento concursal *ad hoc* y exprés de carácter jurídico-público para entidades financieras en crisis, que incluye mecanismos de aseguramiento de los intereses públicos –la protección del sistema financiero– y de los intereses de terceros (acreedores o clientes).

Es un procedimiento promovido, dirigido y ejecutado desde los poderes públicos. No se trata de una modificación estructural voluntaria de la entidad, sino un cambio estructural forzoso y dictado desde las autoridades públicas en el ejercicio de potestades públicas de intervención. Es la Administración la que ordena y ejecuta la resolución.

3.2. Efectos jurídicos de la resolución

De conformidad con el artículo 2.1.h) de la Ley 11/2015, la resolución es:

“reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción a esta Ley cuando, de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV, la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal”

3.2.1. En este caso se adoptó la medida de resolución contenida en el artículo 25.1.a) de la Ley 11/2015 consistente en: **“la venta del negocio de la entidad”**.

En efecto, uno de los instrumentos que pueden utilizar las autoridades en ese proceso público especial es la **venta del negocio** de la entidad en crisis. Este instrumento permite, en situaciones de extrema gravedad, conseguir los objetivos del MUR: se asegura la continuidad de sus funciones esenciales y se minimiza el uso de recursos públicos, dado que un tercero asume el negocio de la entidad resuelta.

Para conseguir esas finalidades del MUR en situaciones extremas como las de Banco Popular, la JUR debe instrumentar la venta del negocio mediante el **mantenimiento de la personalidad formal de la entidad resuelta y la venta de su nuevo capital a un tercero.** En efecto, la resolución de este tipo de crisis y asegurar las funciones esenciales del banco requiere **medidas drásticas e inmediatas que permitan dejar atrás los problemas sin alterar la operativa del banco.** En esas situaciones, no sería posible mantener sus funciones esenciales si se “desgaja” el negocio del banco y se vende a un tercero. Ello plantearía problemas prácticos y jurídicos tan graves que lo hacen inviable.

Pero ese mantenimiento formal de la personalidad jurídica de la entidad está exclusivamente dirigido a que esta pueda continuar realizando “*sus funciones esenciales*”. No obstante, **materialmente el negocio de la entidad resuelta se vende a un tercero, dando lugar a una nueva entidad.**

Cuando la JUR decide aplicar este instrumento de resolución, **el tercero** (si es que hay algún tercero interesado) **es el instrumento esencial del que se valen los poderes públicos para alcanzar esas finalidades del mecanismo de resolución, mediante la asunción de la nueva entidad.**

Vender el negocio manteniendo la personalidad jurídica para asegurar la continuidad de las “*funciones esenciales*” del Banco Popular no puede equipararse a una continuidad de la personalidad jurídica de la entidad resuelta, a todos los efectos.

3.2.2. Cuando se aplica este instrumento de resolución, el procedimiento especial de rescate bancario tiene la particularidad de escindir la persona jurídica en dos dimensiones, que son ordinariamente indivisibles: se preserva el dato formal de la personalidad jurídica de la entidad en la medida en que ello es indispensable para garantizar la continuidad de sus funciones esenciales y para minimizar el impacto de su

inviabilidad, mientras que se reemplaza su realidad material económica subyacente por una nueva y saneada, viable y solvente.

Se trata de dos realidades que coexisten y producen plenos efectos legales, cada una en su ámbito. El *nuevo* Banco Popular es el mismo que el antiguo en el sentido de que no se ha disuelto, de modo que sigue siendo frente a terceros titular de los derechos y obligaciones subsistentes tras la resolución; pero al mismo tiempo es distinto porque sus dueños, sus administradores y su patrimonio son distintos.

La continuidad de la personalidad jurídica es exclusivamente aplicable a aquellas situaciones y relaciones jurídicas que sean necesarias para satisfacer los intereses públicos del MUR: evitar una crisis en el sistema bancario y proteger la seguridad del tráfico jurídico. Así lo reconoce expresamente la Resolución de la JUR en su página 16:

“The SRB [Single Resolution Board] concludes that the resolution action also contributes to the minimization of the destruction of value. The winding up of the institution under normal insolvency proceedings, which is a long and complex procedure, would result in the creditors bearing higher losses than in resolution, since the liquidation of the Institution would result in its assets being sold at a low exit price. Considering the previous factors, the conclusion is that the disadvantages and cost of the adoption of this resolution action (mainly the losses suffered by the current shareholders and subordinated creditors) would be outweighed by the benefit derived from it (mainly the maintenance of the critical functions and the minimization of adverse effects for the economy and the financial stability and the avoidance of further losses that could be suffered by other senior creditors, especially if insolvency proceedings were to be applied)”³.

En el resto y, **especialmente en las relaciones con los poderes públicos, la entidad resultante de la resolución es un nuevo sujeto jurídico.**

Así pues, la elección de este instrumento de resolución por el poder público (venta del banco resuelto) tiene una consecuencia clara en relación con las potestades sancionadoras públicas: la nueva entidad resultante de la resolución es una nueva entidad que no puede ser hecha responsable por los poderes públicos de los actos previos a la resolución,

3.2.3. El Banco Popular inviable terminó en junio de 2017 al ordenarse su resolución por parte de la JUR y venderse por el FROB a Banco Santander. Por la situación crítica en la que se encontraba, no dejó ningún patrimonio con el que

³ Versión no confidencial del acuerdo de la JUR (en inglés):

https://srb.europa.eu/sites/srbsite/files/srb_decision_srb_ees_2017_08_non-confidential_scanned.pdf

responder de sus responsabilidades. La decisión pública de resolver Banco Popular, amortizar todo su capital e instrumentos equivalentes, ampliar capital y venderlo al Banco Santander –quien a continuación tuvo que realizar una ampliación de capital que inyectase aproximadamente 7.000 millones de euros en la entidad– evidencian que Banco Popular era por completo inviable contando solo con sus propios medios.

Si Banco Santander no hubiera estado dispuesto a asumir el *nuevo* Banco Popular creado por la JUR, los juzgados mercantiles madrileños previsiblemente se hubieran tenido que hacer cargo del concurso de acreedores de un gigante, en un procedimiento largo y perjudicial para trabajadores, clientes, acreedores y accionistas, y en general para el sistema financiero español. Previsiblemente, Banco Popular hubiera sido disuelto y liquidado, no habiendo persona jurídica a la que dirigir el presente procedimiento sancionador y habiendo causado un grave perjuicio en el sistema económico-financiero español.

No dejaría de ser paradójico que los mismos poderes públicos que resuelven una entidad y transmiten su negocio a un tercero, decidan exigir responsabilidad por hechos anteriores a la resolución a quien saben que nada tuvo que ver con esos hechos y evitó esa dramática situación.

El proceso de resolución de Banco Popular evitó esa situación (o un costoso y probablemente inviable rescate público). Se mantuvo la personalidad jurídica de la Sociedad por razones de interés público y estabilidad financiera, pero nació un nuevo Banco Popular. Ni su patrimonio, ni sus administradores, ni sus accionistas, ni sus políticas y directrices de actuación se mantienen. Es otro banco, aunque para mantener la confianza de los mercados y garantizar la continuidad de las relaciones, las autoridades competentes hayan decidido conservar su personalidad jurídica.

Por lo tanto, en relación con los poderes públicos, las consecuencias jurídicas del proceso de reestructuración de la entidad operado en el marco legislativo excepcional precedentemente descrito deben ser consideradas equivalentes a las de la disolución de la persona jurídica. Disolución que da lugar a la extinción de las responsabilidades por cualesquiera infracciones que se hubieran podido cometer con carácter previo.

Adicionalmente, de acuerdo con la normativa concursal, sanciones como la propuesta por el Acuerdo de Incoación tendrían la consideración de créditos

subordinados (artículo 92.4º de la Ley 22/2003 Concursal). Gran parte de la deuda subordinada del *antiguo* Banco Popular se amortizó como consecuencia de la resolución. Si ahora se admitiera la imposición (y cobro) de sanciones por hechos anteriores a la resolución, mejorando la posición de esta Administración frente a otros acreedores subordinados, se estaría vulnerando el principio básico de la resolución de las entidades de crédito que los acreedores de mismo rango sean tratados de manera equivalente (art. 4.1.c) de la Ley 11/2015).

La analogía por identidad de razón exige tratar de manera equiparable las circunstancias que son equiparables e impide el trato desigual injustificado. Por lo tanto, en la medida en que no está justificado el tratamiento más perjudicial que se pretende dar a la resolución frente al proceso concursal ordinario de entidades de crédito, la extensión de responsabilidad –especialmente si consideramos que nos referimos a responsabilidad de naturaleza sancionadora– no es conforme a Derecho.

En conclusión, **el nuevo Banco Popular es una entidad perfectamente separable y separada del antiguo Banco Popular que fue resuelto, no trasladándose a la nueva realidad de la entidad más responsabilidades que aquellas necesarias para satisfacer el interés público y proteger el sistema financiero, entre las que no se encuentran las responsabilidades por infracciones administrativas por supuestos incumplimientos realizado antes de la resolución**, como es el supuesto.

La mera atribución acrítica de responsabilidad administrativa de naturaleza punitiva al *nuevo* Banco Popular por hechos presuntamente cometidos por personas que ya no forman parte del mismo, y que tuvieron lugar en fechas anteriores a su “existencia misma”, representaría **una traslación objetiva de responsabilidad del antiguo Banco Popular al nuevo Banco Popular, que pugna con las exigencias del principio de responsabilidad y de personalidad que rigen en el derecho administrativo sancionador**. Además, se desincentiva que un tercero de buena fe vuelva a colaborar en la protección del interés público en el marco de una resolución, visto el tratamiento adverso desproporcionado a recibir.

3.3. La aplicación de principios generales confirma la nueva realidad del Banco Popular

La anterior conclusión es acorde con la jurisprudencia existente en la materia. Si bien no se han dado casos idénticos al presente –recordemos que Banco Popular ha sido la primera entidad resuelta por la JUR–, podemos destacar los siguientes casos análogos en la jurisprudencia española y comunitaria, que proscriben el traslado de responsabilidad a entidades que aunque tengan la misma personalidad del sujeto que cometió la infracción, sean materialmente diferentes.

3.3.1. En el ámbito del derecho comunitario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), en el Caso Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra ETI SpA y otros, Sentencia de 11 diciembre 2007 (TJCE 2007\355), señala que la responsabilidad infractora se transmite si entre la empresa que desaparece y la que la sucede hay una identidad desde el punto de vista económico. Por tanto, debe entenderse *a sensu contrario* que en la medida en la que tras un cambio jurídico u organizativo no hay identidad jurídica pero no económica entre la entidad original y la actual no se transmite la responsabilidad por posibles conductas infractoras.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), Caso Global Steel Wire, S.A. y Otros contra Comisión Europea de 26 octubre 2017 (JUR 2017\266171), que al criterio de la identidad económica añade el de control de la actividad, es decir, la continuidad de las mismas personas al frente de una entidad:

“existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que sigue existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo (véanse, en particular, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 40, y de 5 de marzo de 2015, Comisión y otros/Versalis y otros, C-93/13 P y C-123/13 P, EU:C:2015:150, apartado 57) (...)

En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo, han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales (véanse las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartados 48 y 49 y jurisprudencia citada, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartados 41 y 54).”

3.3.2. También la jurisprudencia española se ha pronunciado en casos similares. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la

Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2013 (RJCA 2014/499), en la que se indica que:

“En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. En cuanto a los supuestos de sucesión, no admite la transmisión cuando las infractoras siguen existiendo y la sucesora es ajena a la infracción.”

Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos económico u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de “unidad de decisión”, admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta 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, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora. Aplicando estos planteamientos al caso de autos, resulta lo siguiente:

a) La recurrente sostiene que no mantenía vínculos de ninguna clase con la entidad absorbida al tiempo de la infracción, así lo afirma tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones, sin que tal afirmación haya sido cuestionada, ni en vía administrativa, ni por la demandada.

b) No consta que en los órganos decisorios de la entidad absorbente se hayan incluido miembros procedentes de los órganos decisorios de la sancionada.

No encontramos pues vinculación entre las entidades que justifique la transmisión de las sanciones.”

También por su relevancia para el caso procede destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2016/172):

“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”

3.3.3. Por lo tanto, considerando que el antiguo y el nuevo Banco Popular constan de unos fondos propios diferenciados –los actuales son el resultado de la resolución y de los fondos inyectados por el Banco Santander que se ha convertido en el accionista único de la entidad– así como de una administración también totalmente diferente –ningún miembro de la anterior administración sigue en el cargo– parece evidente que nos encontramos ante una “nueva realidad jurídica” a los efectos de atribuir

responsabilidad infractora por hechos anteriores a la resolución al nuevo Banco Popular, conforme a la jurisprudencia existente.

Se ha producido una “quiebra de la continuidad económica y empresarial” que justifica la no transmisión de responsabilidad al nuevo Banco Popular. En efecto, **el Banco Popular que habría cometido la infracción que se imputa hoy no existe. Del Banco Popular hoy sólo queda la personalidad jurídica, el nombre y las deudas frente a terceros, y sólo a los efectos de proteger el interés público, nada más.** Interés al que no satisface la imposición de responsabilidad infractora.

3.4. Conclusión: imposibilidad de sancionar al nuevo Banco Popular por hechos anteriores a su resolución

En conclusión, la liquidación a la que fue sometido el antiguo Banco Popular en el marco de la resolución de la entidad en junio de 2017 impide la válida imputación de responsabilidad a la entidad surgida tras su resolución. No existe ninguna continuidad empresarial en la práctica entre el antiguo y el nuevo Banco Popular, más allá de la imprescindible para asegurar la minimización del impacto sobre el sistema financiero de la caída de una entidad de sus dimensiones. Continuidad que no es suficiente para justificar la imputación de responsabilidad infractora a la empresa resultante. **Imponer responsabilidad, con independencia de lo anterior, resulta una vulneración flagrante del principio de responsabilidad personal que impide ser sancionado por las conductas típicas realizadas por terceros.** Una situación proscrita en Derecho.

Por tanto, **procede el archivo del presente procedimiento sancionador sin imputación de responsabilidad para la Sociedad.** De otro modo, quien precisamente ha colaborado a satisfacer los intereses generales perseguidos por los poderes públicos evitando los males mayores derivados de la caída e inviabilidad del Banco Popular, tendría que soportar que los poderes públicos le impusieran una multa millonaria por conductas en las que nada tuvo que ver y que hace ya casi 2 años que se cometieron.

A mayor abundamiento, en las alegaciones posteriores se argumentará la inexistencia de la infracción que injustamente se imputa al nuevo Banco Popular.

SEGUNDA.- LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI

La potestad punitiva por parte de los poderes públicos debe ejercitarse con las limitaciones y garantías propias de un Estado de Derecho. Entre dichas limitaciones y garantías se encuentran, como consolidada jurisprudencia ha confirmado, la aplicación en el marco del derecho administrativo sancionador de los principios propios de derecho penal, por ser ambas manifestaciones del ejercicio del mismo *ius puniendi* del Estado.

Lo anterior implica que, para poder imponer válidamente una sanción, es imprescindible la concurrencia de los requisitos básicos para la exigencia de responsabilidad: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991 (RJ 8105); de 24 de noviembre de 1984 (RJ 5683); de 17 de abril de 1990 (RJ 3321); y de 22 de febrero de 1992 (RJ 852); de 15 de abril de 1996 (RJ 3276); de 28 de julio de 1997 (RJ 6890); de 23 de diciembre de 1997 (RJ 9698); de 9 de julio de 1998 (RJ 6438); y de 27 de enero de 2003 (RJ 2004)).

Además, en el marco de un procedimiento sancionador resulta incuestionable la aplicación también de otros dos principios fundamentales, cuya consideración en el presente caso es obligada:

1. Por un lado, las normas que regulan las obligaciones que sirven de base a los tipos sancionadores y las que regulan esos tipos debe ser objeto de una interpretación estricta, en la que no caben interpretaciones extensivas ni analógicas. Ha de estarse a lo estrictamente tipificado por la norma. En este sentido se pronuncia la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 145/2013, de 11 de julio (RTC 2013/145):

“Como señala la STC 104/2009, de 4 de mayo (RTC 2009, 104) , FJ 2, «la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador». En relación con las infracciones y las sanciones administrativas, el principio de taxatividad se dirige, por un lado «al legislador y al poder reglamentario», exigiéndoles el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, «aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia»; afecta, por otro, a los aplicadores del Derecho administrativo sancionador, obligándoles a atenerse, no ya al canon de interdicción de arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad derivado del art. 24 CE, sino a un canon más estricto de razonabilidad, lo que es determinante en los casos en que la frontera que demarca la norma sancionadora es borrosa por su carácter abstracto o por la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje (STC 297/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 297], FJ 8, y las Sentencias que allí se citan).”

Así como la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2007 (JUR 2006/243892) que confirma que en el marco del ejercicio de la potestad sancionadora debe aplicarse “*el principio interpretativo que las normas beneficiosas deben interpretarse de forma amplia y las restrictivas de derechos de forma estricta*”.

Estas exigencias son de singular relevancia en este expediente dada la ambigüedad e imprecisión de las normas en que se basa la imputación a Banco Popular, como se explicará más adelante.

2. Por otro lado, un procedimiento sancionador también obliga a que cualquier duda, de hecho o de derecho, deba vencerse en favor del supuesto infractor. Cualquier oscuridad en la norma, por tanto, ha de vencerse en favor del administrado. Lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio 1998 (RJ 1998/5725):

“Al no hacerse así, prevalece el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución o, en cualquier caso, el de «in dubio pro reo», que aunque referido al ámbito del derecho penal, es extrapolable al sancionador, como reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional han establecido.”

También las recientes sentencias de 3 de mayo de 2017 de la Audiencia Nacional (JUR 2017/205824) y de 22 de mayo de 2017 del Tribunal Supremo (RJ 2017/2430).

3. Como veremos a continuación, los hechos supuestamente cometidos por el antiguo Banco Popular no pueden ser sancionados sin quebranto de los anteriores principios.

TERCERA.- INEXISTENCIA DE TIPICIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD: NO EXISTE OMISIÓN DE INFORMACIÓN NI DATOS FALSOS O ENGAÑOSOS EN LOS IARC

Como señalamos al inicio del presente escrito, se ha incoado procedimiento sancionador por la supuesta comisión del tipo infractor del artículo 296.1 del TRLMV consistente en haber introducido en los IARC “*omisiones*” o “*datos falsos o engañosos*” en relación con la Compensación por Prejubilación de ciertos consejeros de la Sociedad.

Las supuestas omisiones o datos falsos o engañosos se refieren al reflejo en los IARC de la Compensación por Prejubilación.

Sin embargo, lo cierto es que no ha existido omisión de información ni se ha introducido en los IARC ningún dato falso o engañoso en relación con la

Compensación por Prejubilación. Por lo tanto, ninguna conducta del antiguo Banco Popular puede encuadrarse dentro del tipo de la infracción grave imputada y, por ende, no procede la imposición de ninguna sanción.

1. La Compensación por Prejubilación prevista en los Estatutos

El derecho a la Compensación por Prejubilación se regula en el artículo 27 de los Estatutos sociales, que tienen un carácter absolutamente público al estar disponibles en todo momento en la página web corporativa de la entidad. Esta previsión estatutaria ha tenido la misma redacción durante más de 35 años:

“Artículo 27º. Pensión por jubilación.

Los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración que durante veinte años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a recibir de él una pensión anual por jubilación pagada por mensualidades iguales que, sumada a la que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social, les suponga una cantidad líquida anual igual a la remuneración que percibieran en la nómina del Banco en la fecha en la que cesaron en el ejercicio de sus funciones, cuando, con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, no hubieran sido renovados en su cargo y en sus funciones, o se comprobara que estaban imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que lo sean las pensiones de jubilación de los empleados.

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

A los efectos de la jubilación a la que se refieren los dos párrafos anteriores, se sumará el tiempo de ejercicio de funciones en la Dirección General o 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.”

Como puede apreciarse, bajo la rúbrica genérica de “Jubilación” el artículo 27 prevé dos prestaciones distintas:

- (i) Un compromiso de pensión por jubilación, en el sentido del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (“LPPF”).

- (ii) Un compromiso de abono de una renta temporal, no regulado por la LPPF, desde el momento en que finalice la relación del consejero con la Sociedad hasta su acceso a la situación legal de jubilación. Ésta es la Compensación por Prejubilación.

Mientras que el compromiso de pensión por jubilación estricta se materializa una vez el consejero acceda a la situación legal de jubilación, la Compensación por Prejubilación se devengaría, en su caso, con anterioridad: desde que se produzca el cese del consejero hasta su jubilación.

2. La regulación aplicable al tratamiento de la Compensación por Prejubilación en el IARC

En relación a cómo debe trasladarse la información sobre la Compensación por Prejubilación reconocida estatutariamente al IARC hay que partir de la base que en la fecha de publicación de los IARC 2013 a 2015, **no había una norma que expresamente indicara dónde y cómo debía reflejarse este tipo de remuneraciones**. Además, **tampoco existía norma alguna que las definiese o regulase**.

La Circular 4/2013, de 12 de junio, de la CNMV que establece los modelos del informe anual de remuneraciones, no incluye instrucciones sobre cómo recoger dicha realidad dentro de los IARC. Esto es una clara oscuridad que deja en manos de los sujetos obligados la determinación de cómo deberían recogerse estas compensaciones. Esta oscuridad debe tenerse muy presente en la resolución de este expediente.

No es esta la única oscuridad o indefinición normativa. A pesar de ser una práctica habitual en las empresas a todos los niveles laborales y directivos, la regulación aplicable no contiene una definición de prejubilación ni, por tanto, una regulación para este tipo de compensaciones. Tampoco aparece regulación de esta figura a nivel comunitario.

Por tanto, existe una **oscuridad regulatoria** respecto del tratamiento de esta figura retributiva a los efectos de los informes anuales de retribuciones. Oscuridad que no puede utilizarse en contra del administrado para imponerle una sanción por conductas sobre la que la norma no da pautas de actuación.

3. El Acuerdo de incoación no justifica el fundamento normativo de su discrepancia con los IARC 2013 a 2015

La oscuridad se mantiene en el Acuerdo de Incoación. El Acuerdo de Incoación afirma que en los IARC “*no se explicaba de manera clara, completa y comprensible*” la Compensación por Prejubilación (pg. 3) y considera que esto supone que presentaban “*omisiones y datos engañosos*” (pg. 10)

Sin embargo, **el Acuerdo no indica cómo debe considerarse e informarse sobre la Compensación por Prejubilación en el marco del IARC. Y mucho menos señala el fundamento normativo para exigir que los IARC tuvieran un contenido diferente del que tuvieron.** No le satisface el modo en que el antiguo Banco Popular aportó la información sobre la Compensación por Prejubilación, pero no llega a exponer cómo debe de hacerse ni justifica por qué dicho modo de actuar resultaba exigible por entonces pese a no existir normativa que lo exigiese.

Estas omisiones debieran ser suficientes para archivar el expediente. Dada la indefinición y ambigüedad de las normas, corresponde a la Administración justificar de manera suficiente la norma que, de forma clara y específica, obliga a que los IARC tengan el contenido que la CNMV parece entender que debieran tener respecto de la Compensación por Prejubilación. La pura discrepancia con el contenido de los IARC puede justificar un requerimiento de futuro, pero no una sanción para las conductas pasadas.

En todo caso, a continuación se argumentará que los IARC no tienen omisiones ni datos engañosos o falsos conforme a una interpretación razonable de la normativa aplicable.

4. No existen omisiones ni datos falsos o engañosos en los IARC 2013 a 2015

4.1. Por su naturaleza, no es correcto considerar la Compensación por Prejubilación como un sistema de ahorro a largo plazo, como parece asumir el Acuerdo de Incoación.

El Acuerdo de Incoación no facilita argumento alguno para justificar que la Compensación por Prejubilación deba ser objeto de información en el apartado correspondiente a los sistemas de ahorro a largo plazo.

La Compensación por Prejubilación no comparte la misma naturaleza que la pensión de jubilación (un claro sistema de ahorro a largo plazo), fundamentalmente porque atiende a fines distintos. Así resulta de la definición de los sistemas de ahorro a largo plazo contenida en las “Instrucciones para la cumplimentación del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas”, adjuntas a la Circular 4/2013 de la CNMV:

“Planes 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”

Y así viene interpretándose en la práctica por las entidades con este tipo de compensaciones, según resulta de la lectura de los IARC de diversas sociedades cotizadas.

Una vez concretado que el Acuerdo de Incoación no justifica que la Compensación por Prejubilación tenga la naturaleza de sistema de ahorro a largo plazo, analizaremos el contenido de los IARC para comprobar que no existen omisiones ni datos falsos o engañosos a la luz de una razonable interpretación de la normativa (necesaria dada su falta de precisión en este tema).

A) Respecto al IARC del año 2013

- (i) No es correcta la interpretación que realiza la CNMV de que la Compensación por Prejubilación debió incluirse en el apartado A.5 del IARC.

Al no tener naturaleza de sistema de ahorro a largo plazo y no existir ninguna norma que estableciera lo contrario, es correcto que el IARC de 2013 no incluyera ninguna referencia expresa a la Compensación por Prejubilación en el apartado A.5. *“Explique los sistemas de ahorro a largo plazo”*.

En todo caso, recordemos que la existencia de tal compensación era completamente pública por encontrarse recogida en el artículo 27 de los Estatutos sociales, accesibles al público en general en la página web corporativa.

- (ii) Tampoco es incorrecto que el IARC de 2013 no incluyera información sobre la Compensación por Prejubilación en el apartado A.7 *“Explique las condiciones de los contratos de los consejeros ejecutivos”*.

La razón es que, en aquel momento, la Compensación por Prejubilación no estaba prevista en contratos de los consejeros ejecutivos. Su reconocimiento venía directamente del artículo 27 de los Estatutos sociales. Hubiera sido falso afirmar que en los contratos de los consejeros se incluía un derecho que en realidad no se incluía.

Por lo tanto, en el IARC de 2013 no se omitió ninguna información que procediera dar. La norma no obligaba a incluir una mención a la Compensación por Prejubilación en los apartados A.5 o A.7 del IARC de 2013. Haberlo hecho hubiera sido incorrecto. Por tanto, no hay omisión alguna en el IARC 2013. En todo caso, no hay ninguna omisión que pueda tipificarse como infracción habida cuenta del silencio de la normativa aplicable sobre este particular.

B) Respecto a los IARC de 2014 y 2015

A diferencia del IARC de 2013, los IARC de 2014 y 2015 incluyeron información sobre la Compensación por Prejubilación en el apartado A.7. A raíz de la modificación de la Ley de Sociedades de Capital de 2014, y conforme a lo exigido por ésta, el *antiguo* Banco Popular procedió a firmar contratos mercantiles con los consejeros ejecutivos que incluyeron entre sus cláusulas la Compensación por Prejubilación en los mismos términos que el artículo 27 de los Estatutos sociales.

En consecuencia, dado que la Compensación por Prejubilación estaba a partir de 2014 prevista en los contratos de los consejeros ejecutivos, era procedente incluir información acerca de la misma en el IARC. Nunca en el apartado A.5 porque, como se ha visto, no se ha justificado por la CNMV que esta Compensación tenga la naturaleza de sistema de ahorro a largo plazo y, de hecho, no la tiene.

Así se hizo. El apartado A.7. del IARC recoge que:

“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”

Así, cuando la obligación de aportar información expresa sobre la Compensación por Jubilación en el IARC surgió, por reconocerse esta en las condiciones de los contratos que son objeto de descripción en el IARC, la Sociedad comenzó a incluir la

información procedente en los IARC. Se daba con ello cumplimiento a la normativa de aplicación. Ello sin olvidar que la existencia de la Compensación por Prejubilación siempre ha sido pública por encontrarse prevista expresamente en los Estatutos sociales disponibles en la página web corporativa. Cualquier interesado siempre pudo acceder a la información.

En conclusión, no puede hablarse de que exista ninguna omisión o aportación de datos falsos o engañosos en los IARC, por cuanto:

- **Se ha incluido toda la información necesaria, sin existir omisiones.** Mucho menos hay omisiones que pueda afectar a la finalidad de estos informes. Si alguien hubiera entendido relevante la Compensación por Prejubilación para sus decisiones de inversión, tenía a su disposición los Estatutos sociales en la página web corporativa. Por tanto, todo inversor que quisiera hacerse un juicio formado de la entidad tenía a su disposición los medios para lograrlo.
- **La información incluida en el IARC es acorde con la realidad,** por lo que en ningún caso puede ser calificada como falsa.
- **La información del IARC es clara y no llama a engaño alguno.** De la lectura de los IARC de 2014 y 2015 (momento en el que surgió la obligación de informar expresamente sobre la Compensación por Prejubilación al haberla incluido en los contratos de los consejeros ejecutivos) se evidencia la existencia de una compensación en caso de terminación de las funciones como consejero hasta la edad de jubilación. La información no puede ser más clara: *“se reconoce a los Consejeros Ejecutivos una pensión (...) cuando con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, no hubieran sido renovados en su cargo y sus funciones”*.

El objetivo de transparencia de la normativa se cumple y, de nuevo, se completa con la publicidad de los Estatutos sociales de la Sociedad, a partir de cuyo artículo 27 surge el derecho a la Compensación por Prejubilación.

En consecuencia, **no puede imputarse a la Sociedad la comisión de la infracción del artículo 296.1 del TRLMV porque la conducta supuestamente infractora no encaja en los elementos del tipo infractor.**

4.2. No altera la anterior conclusión las afirmaciones de la CNMV de que se debiera haber incluido información en el IARC relativa a que, en caso de materializarse el derecho a la Compensación por Prejubilación por parte de algún consejero, la entidad debería proceder a dotar recursos para su abono porque las aportaciones realizadas por Banco Popular no eran suficientes para cubrir la totalidad de la Compensación por Prejubilación.

Banco Popular no comparte el criterio del Acuerdo de Incoación al entender que los inversores se vieron privados de la posibilidad de evaluar dicha circunstancia a la hora de tomar su decisión inversora, dicho con el mayor de los respetos.

En primer lugar, como hemos dicho, la existencia del derecho era pública desde hace años por encontrarse recogida expresamente en los Estatutos sociales. Estaba a disposición de cualquier inversor conocer tanto la existencia de la Compensación por Prejubilación como su cuantía exacta (“*igual a la remuneración fija*”).

En segundo lugar, por la naturaleza de la Compensación por Prejubilación es habitual que su prestación no esté dotada, en todo o en parte. La circunstancia de que no exista certeza de que el hecho mismo (el cese como consejero antes de la edad de jubilación) se vaya a materializar, y el hecho de no tener la consideración de compromiso por pensiones sujeto a la obligación de externalización conforme a la normativa de planes y fondos de pensiones, hace que el modo de articular este derecho no sea el propio de una pensión por jubilación.

Por eso, mientras que el sistema de ahorro a largo plazo que cubría las contingencias de jubilación, invalidez, viudedad, orfandad se cubrió mediante la contratación de un seguro con Allianz, la Compensación por Prejubilación se procedió a articular mediante un contrato de administración de depósitos con MAPFRE VIDA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS SOBRE LA VIDA HUMANA (“MAPFRE”), como una modalidad preparatoria de seguro de rentas. De esta manera, se aseguraba que estuviera preparada la contratación del seguro de rentas en caso de hacerse efectivo el cese de algún consejero ejecutivo con derecho a la misma.

En tercer lugar, no resulta razonable pensar que hubiera cambiado de algún modo la conducta inversora de terceros frente al Banco Popular el hecho de haber realizado una expresa mención al nivel de provisiones que, en caso de que se devengase finalmente la Compensación por Prejubilación, sería necesario realizar. Tengamos en cuenta que las cantidades abonadas en concepto de prejubilación son inferiores a las consideradas por la CNMV –que incluyen las aportaciones debidas por la pensión de jubilación estricta (a partir de los 65 años) y la cobertura de un cambio en el de estado civil de uno de los antiguos consejeros–: 12,8 millones de euros en el caso del Sr. Ron y de 9 millones de euros en el caso del Sr. Gómez.

Como puede observarse, las aportaciones a realizar en materia de prejubilaciones son de una cuantía absolutamente incapaz de afectar la cotización de la entidad, de impactar a las cuentas anuales de Banco Popular o de afectar al funcionamiento y generación de negocio, especialmente considerando el volumen y la relevancia del antiguo Banco Popular en el mercado.

En todo caso, **al ser pública la cuantía de la Compensación por Prejubilación y públicamente conocida la edad de los consejeros cualquier inversor especialmente interesado en esta cuestión podría haber calculado el importe que Banco Popular hubiera tenido que aportar o pagar en caso de materializarse cada cese**. Bastaba con multiplicar la remuneración fija por el número de años pendientes hasta los 65 años.

Por último, dado que **en ningún lugar se indica que deba incluirse en el IARC mención expresa sobre el modo y grado de cobertura de la Compensación por Prejubilación** o el momento en que ésta ha de tener un reflejo contable, era **imposible** para Banco Popular o cualquier otra entidad pensar que la ausencia de indicación específica sobre ello pudiera dar lugar a una infracción **grave** del TRLMV sancionada con multa de **un millón de euros**.

Merece la pena reseñar en este punto que de acuerdo **con la normativa contable no es necesario realizar dotaciones hasta que no se materializa la circunstancia del cese que hace surgir el derecho a la Compensación por Prejubilación**. El coste de una prejubilación se dota con cargo a la cuenta de resultados en la fecha en que se materializa el hecho. Entonces es cuando se registra el coste íntegro que cubre todos los

costes asociados a una prejubilación: salario hasta la fecha de jubilación y costes de seguridad social. Por tanto, la conducta de Banco Popular a este respecto siempre ha sido considerada correcta, también desde la perspectiva contable y auditora.

Ello evidencia que su exigencia sería completamente novedosa y, por lo tanto, la imposición de una sanción por esta causa resultaría absolutamente improcedente por la inexistencia de *lex praevia et certa* que calificase dicha conducta como sancionable. No es posible incumplir una norma que no existe. La CNMV puede informar a las entidades de la procedencia de incluir dicha información, modificando la Circular 4/2013 al efecto, pero no puede sancionar por no incluir una información que no se exige en ninguna parte.

5. Conclusión

En definitiva, si bien siempre es posible mejorar el contenido o la forma de presentar la información del IARC, cualquier perfectibilidad menor a la hora de realizarlo no constituye una infracción grave como la descrita en el artículo 296.1 del TRLMV.

Así las cosas, en este caso no existen omisiones ni datos falsos o engañosos en los IARC 2013 a 2015 por lo que no existe conducta típica que pueda ser sancionada. El procedimiento sancionador debe ser archivado sin imposición de sanción alguna a la Sociedad, aunque se considera que el *nuevo* Banco Popular debe responder de las acciones del *antiguo*.

CUARTA.- SUBSIDIARIAMENTE, EN TODO CASO LA SUPUESTA CONDUCTA INFRACTORA DEBE SER CALIFICADA COMO LEVE POR NO CONCURRIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 296.1 DEL TRLMV

En caso de que la anterior Alegación Tercera no fuera estimada, esta parte sostiene, con carácter estrictamente subsidiario que la infracción debería ser calificada como leve, en aplicación del artículo 300.1 del TRLMV:

“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”

Cualquier supuesta insuficiencia a la hora de aportar información “completa, clara y comprensible” en los IARC, tal cual requiere el artículo 541 del TRLMV, no equivale a la omisión de información o a la aportación de información falsa o engañosa.

En efecto. 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. Así lo ha dispuesto el legislador al calificar las infracciones como graves (sólo cuando hay omisiones y datos falsos o engañosos) o leves.

Como se ha visto en la anterior Alegación Tercera, a la que nos remitimos para evitar reiteraciones, lo cierto es que en este caso los hechos que nos imputan no encajan en el tipo infractor del artículo 296.1 del TRLMV. En ningún caso hay omisión de información (se mencionó expresamente la Compensación por Prejubilación cuando procedía y en todo caso su existencia fue siempre pública al encontrarse recogida en los Estatutos sociales), y menos todavía se aportó información falsa o engañosa. Es claro, por tanto, que no concurren las circunstancias exigidas por el artículo 296.1 para la apreciación de la infracción grave.

Al no encajar la conducta de Banco Popular en el tipo infractor 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 antes transcrito.

De otro modo, cualquier incorrección menor o perfectibilidad corregible que pudiera haber existido en los primeros IARC que se hicieron con base en la Circular 4/2013, podría considerarse como una infracción grave. Es decir, que cualquier error o incumplimiento menor al rellenar la información de los IARC sería indefectiblemente, como mínimo, constitutivo de una infracción grave. Situación que choca frontalmente con las exigencias del principio de proporcionalidad y con lo dispuesto en el artículo 300.1 del TRLMV, cuya misma existencia dejaría de tener sentido.

Además de desproporcionado, calificar la conducta de Banco Popular como constitutiva de una infracción grave supondría aplicar una interpretación extensiva y en perjuicio del supuesto infractor de los requisitos de “omisión” y “datos falsos o

engañosos” del artículo 296.1 del TRLMV, algo que está prohibido en el contexto de un procedimiento sancionador -véase la Alegación Segunda a estos efectos-.

Es clara pues la improcedencia de aplicar el tipo infractor del artículo 296.1 del TRLMV en el presente caso. 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.

No obstante, la Sociedad defiende que no se le puede sancionar por cuanto, como se argumenta en las Alegaciones Quinta y Sexta no concurren los indispensables requisitos de antijuridicidad y culpabilidad.

QUINTA.- SUBSIDIARIAMENTE, INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: NO SE HA AFECTADO NINGÚN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. La aplicación al Derecho administrativo sancionador de los principios del Derecho penal ha llevado a la jurisprudencia a concluir que, para que pueda imputarse a un sujeto una determinada infracción administrativa, no basta con una oposición puramente formal entre su actuación y la norma sancionadora, sino que esa actuación debe ser materialmente antijurídica. Antijuridicidad que la jurisprudencia identifica con la lesión del bien jurídico protegido por la norma sancionadora.

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 1990 (RJ 3155):

“las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal, ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad y el resultado potencial o actualmente dañoso y relación causal entre éste y la acción, resultando claro que las directrices estructurales del ilícito tienden en el ámbito administrativo, a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación con una cosa a título de propiedad o posesión”

En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 (RJ 2004), con cita de la anterior sentencia de 9 de febrero de 1972 (RJ 876).

Por lo tanto, no basta con que la conducta sea por sí misma típica –que no lo es en este caso, como hemos visto–, sino que además tiene que ser antijurídica. La contradicción formal de una conducta con el tipo normativo que define la infracción no

satisface, por sí sola y necesariamente, esta exigencia de antijuridicidad, puesto que, como afirma la doctrina penalista (pertinente habida cuenta de la comunidad de principios en este punto entre el Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador):

*“[l]a antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material, reflejando la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger” (MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, pág. 319).*

Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1980 (RJ 3761) define la conducta antijurídica como aquella *“lesiva de un bien jurídico protegido por el Ordenamiento vigente”*, mientras que la sentencia de 24 de noviembre de 1984 (RJ 5683) la define en términos prácticamente idénticos como la conducta *“lesiva de un bien jurídico digno de protección por el Estado”*. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990 (RJ 3321) afirma la necesidad, para que se produzca un ilícito administrativo, de un *“resultado potencial o actualmente dañoso”*.

En definitiva, es necesario para que concurra la antijuridicidad exigida por el derecho sancionador que la conducta se identifique con la *“reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea eficaz”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1996 (RJ 3276)).

En un buen número de casos, la comisión de la conducta típica implicará, de modo automático, la lesión del bien jurídico protegido por las normas sancionadoras y, por tanto, la antijuridicidad material de la conducta. Pero en otras ocasiones, como sucede en este caso, aun cuando pudiera considerarse que una conducta encaja formalmente en el tipo de infracción definido por la norma aplicable (lo que ni siquiera sucede), lo cierto es que no se ha llegado a producir vulneración alguna del bien jurídico protegido por dicha norma.

2. En el presente supuesto el bien jurídico protegido por la norma es la protección de los inversores, actuales o potenciales, de sociedades cotizadas. La inclusión de la información en el IARC intenta proporcionar información suficiente a los inversores para guiar su conducta inversora en el mercado. De este modo, la ley castiga a aquellos que influyen negativamente en la conducta inversora mediante la omisión de información

(que hubiera legalmente que aportar) o bien mediante la inclusión de datos falsos o engañosos.

Pues bien, lo cierto es que **no se ha producido ninguna afección a la conducta inversora derivada de la información sobre la Compensación por Prejubilación del IARC, aunque se concluya que no era completa.**

Esta conclusión deriva, en primer lugar, del carácter extraordinariamente limitado de la “imprecisión” de los IARC 2013 a 2015. El reproche del Acuerdo de Incoación se refiere exclusivamente a la Compensación por Prejubilación que, como señala el Acuerdo, se limita a 3 personas.

Además, se facilitó la información necesaria para que quien considerase que este era un dato relevante, pudiera hacer los cálculos pertinentes: se incluyó una referencia al artículo 27 de los Estatutos en el que se encuentra regulada (para evitar repeticiones nos remitimos a estos efectos a lo indicado en la Alegación Tercera anterior). Y, en todo caso, reiteramos que el régimen de la Compensación por Prejubilación venía íntegramente contemplado en el artículo 27 de los Estatutos sociales, a disposición del público en la página web corporativa. Todo aquel interesado en conocer la existencia y el régimen de la Compensación por Prejubilación pudo hacerlo con la información proporcionada en los IARC y en los Estatutos sociales.

Lo anterior sin perjuicio de que, **a la hora de hacerse un juicio fundado de inversión en una entidad de la significatividad del Banco Popular, la importancia del régimen de la Compensación por Prejubilación es absolutamente inmaterial, sin entidad suficiente como afectar la decisión inversora.** Resulta artificial plantear el caso de un inversor para quien cualquier información adicional a la ya proporcionada sobre la Compensación por Prejubilación hubiera sido determinante para cambiar su decisión inversora. No estamos ante un escenario razonable, mucho menos en el contexto de un procedimiento sancionador.

Por tanto, al no haberse afectado a la conducta inversora, es claro que no se ha podido afectar tampoco al bien jurídico protegido en este caso y, por ende, **no concurre el elemento de la antijuridicidad necesario para la imputación de cualquier infracción administrativa y la imposición de sanción.** El procedimiento sancionador debe archivar, también por esta razón.

SEXTA.- EN TODO CASO, INEXISTENCIA DE CULPABILIDAD: LA VOLUNTAD DEL BANCO POPULAR HA SIDO SIEMPRE CUMPLIR EstrictAMENTE CON LA NORMATIVA APLICABLE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es abundante y pacífica al señalar que es:

“requisito indispensable para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, en cuanto ambas son manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, es que tal conducta sea típica, es decir que sea subsumible en algún tipo de contravención sin concurrencia de causa alguna excluyente de la antijuridicidad y que sea culpable, es decir, atribuible al sujeto a título de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen tal culpabilidad” (Sentencia de 10 de febrero de 1989 - RJ 2461).

Entre otras muchas, véanse también las sentencias de 6 de noviembre de 1990 (RJ 9158), 9 de julio de 1998 (RJ 6438) o 26 de enero de 2004 (RJ 773).

La culpabilidad se identifica con la voluntariedad del supuesto sujeto infractor. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, que sostiene *“la culpabilidad debe ser apreciada [...] en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica”* (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1997 (RJ 9698) de 22 de febrero de 1992 (RJ 852)). Conforme a esa jurisprudencia, **para imponer cualquier sanción administrativa es preciso que concorra la voluntad del responsable de infringir la norma o, al menos, una conducta negligente por su parte a la hora de ajustar su comportamiento a la norma.**

Estas circunstancias no concurren en este caso, por lo que falta la culpabilidad exigida por el derecho administrativo sancionador. Incluso en caso de considerarse que se puede sancionar al nuevo Banco Popular por las conductas previas a su resolución, que la Sociedad incurrió en el tipo infractor y que ello supuso una conducta antijurídica, este comportamiento no tendría la nota de la culpabilidad.

En primer lugar, el *nuevo* Banco Popular que sería sancionado no tuvo intervención alguna en la toma de las decisiones para determinar el contenido de los IARC 2013 a 2015. Por tanto, aunque se rechace la Alegación Primera, no concurriría en su actuación el indispensable elemento de culpabilidad.

Además, la voluntad de Banco Popular fue siempre y en todo momento atender los mandatos contenidos en la normativa aplicable en relación con la formulación

correcta del IARC. Tampoco puede imputarse a la Sociedad ninguna negligencia. Se trata de una materia en que la normativa no contenía previsiones de las que resultara la obligación clara de actuar de forma diferente a como lo hizo la Sociedad. Es más, el comportamiento de la Sociedad se acomodó a lo que indicó un despacho de abogados al que se consultó.

1. El *nuevo* Banco Popular no tuvo intervención en la toma de decisiones de la elaboración de los IARC 2013 a 2015

No cabe apreciar en el *nuevo* Banco Popular, el indispensable elemento de culpabilidad e incluso de voluntariedad.

Por las razones detenidamente expuestas en la Alegación Primera, a que se hace remisión, el *nuevo* Banco Popular no participó en la toma de las decisiones para determinar el contenido y aprobar los IARC 2013 a 2015. Una de las primeras medidas de Grupo Santander fue la completa renovación de los órganos societarios, competentes para aprobar los IARC. Ninguna de las personas físicas imputadas en este expediente está ya en el nuevo Banco Popular.

Por tanto, aunque se considere (sin fundamento sólido) que la responsabilidad por los hechos anteriores a la resolución puede exigirse al *nuevo* Banco Popular, lo cierto es que no existiría culpabilidad en su actuación.

2. En todo caso, Banco Popular actuó con la voluntad de cumplir la normativa y con base en una interpretación razonable de esa normativa

2.1. La obligación de hacer pública esta información existe desde la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo un nuevo artículo 61 ter en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Hasta el ejercicio 2013 no se dispuso de un formato homogéneo para facilitar su análisis en términos comparables: la Circular 4/2013 de la CNMV establece los modelos del informe anual de remuneraciones. Por lo tanto, el IARC de 2013 fue el primero en realizarse conforme al modelo normalizado de la CNMV.

Pero como se ha visto, la Circular 4/2013 no establece la información que debe incluirse en el IARC o el modo de hacerlo respecto a compensaciones por prejubilación. Ninguna de las casillas encaja plenamente con ese derecho, cuya

naturaleza no está definida normativamente. Ninguna otra normativa o instrucción arroja luz al efecto tampoco.

Por tanto, al tiempo de elaborar los IARC de 2013 a 2015 no había indicaciones normativas respecto a cómo informar de las compensaciones por prejubilación en estos informes. Nos encontramos ante una materia interpretable de la cual la Sociedad hizo una interpretación razonable, que se ha justificado con anterioridad. Otra cuestión es que dicha interpretación no haya sido coincidente con la que ahora manifiesta la CNMV, pero ello no es fundamento suficiente como apreciar el indispensable componente de culpabilidad en la conducta de la Sociedad.

Es claro que si la información incluida en los IARC no fue suficiente, no fue por voluntad de la Sociedad ni por negligencia, sino porque no había forma de saber por entonces cuál sería el criterio de la CNMV en materia de compensaciones por prejubilación. Criterio que no ha existido hasta mucho tiempo después.

Una vez presentados los primeros IARC realizados conforme a la Circular 4/2013, y a partir de entonces con carácter anual, la CNMV elabora un informe anual en materia de retribuciones de consejeros –con base en los IARC presentados–. En los informes de la CNMV se incluye un apartado detallando los errores más comunes identificados en relación a la elaboración de los IARC.

Pues bien, en el informe anual sobre retribuciones de la CNMV correspondiente al año 2016 se menciona que las entidades obligadas deberían hacer un esfuerzo para mejorar la calidad de la información suministrada sobre prejubilaciones:

“Tampoco se ha facilitado información clara sobre el momento en el que el consejero tiene derecho a la percepción de los beneficios económicos correspondientes, que algunas veces se prevé que sea el cese, aunque éste se produzca antes de la edad normal de jubilación [(lo que, en la práctica, convierte este tipo de remuneraciones en indemnizaciones por cese)]” (Pág. 11)

Sin embargo, no existen menciones equivalentes en los informes sobre retribuciones anteriores de la CNMV. Ni en el informe del año 2013, 2014 o 2015 se realiza ningún reproche en relación con compensaciones por prejubilación.

Por tanto, nada podía llevar a Banco Popular a anticipar que algo no se estaba haciendo del todo correctamente a juicio de la CNMV en relación con la Compensación

por Prejubilación. Este hecho, unido al silencio de la normativa y a lo razonable de la actuación de la Sociedad, determinan la inexistencia de culpabilidad.

2.2. Por si fuera poco, muestra de la diligencia de Banco Popular, se realizó a Garrigues –reputado estudio jurídico– una consulta específica sobre el particular. **Garrigues analizó la cuestión** en su “Dictamen en relación con la interpretación del contenido de los derechos y obligaciones incluidos en el artículo 27 de los Estatutos sociales de Banco Popular, S.A.” y confirmó a la Sociedad que:

“Banco Popular no está obligado a 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 los importes y cantidades acumuladas” (Se adjunta como **documento nº 1**).

El hecho de solicitar asesoramiento externo especializado sobre la cuestión evidencia que Banco Popular quiso en todo momento cumplir con la normativa de aplicación. Nadie podía anticipar –ni siquiera un estudio jurídico de primer orden– el criterio que luego se impondría en la CNMV respecto a este particular.

No cabe duda que en este caso no ha mediado ni dolo ni negligencia en el modo de completar el IARC que permita sostener que concurre la culpabilidad exigida en el ámbito sancionador.

2.3. Debe recordarse que no merece reproche sancionador una conducta que el administrado realiza creyendo razonablemente que es conforme a la norma, tal y como confirma el Tribunal Supremo en consolidada jurisprudencia. **El error de prohibición causado por una interpretación razonable de una norma excluye la responsabilidad**. Véanse las sentencias de 15 de junio de 2015 (RJ 2015/3865):

“De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la esencia del error de prohibición radica en la creencia de que la conducta desplegada no conlleva sanción por ser conforme a la norma, afectante al elemento básico de la culpabilidad y que da lugar a la exoneración total del reproche sancionador si se trata de error invencible o a una atenuación sancionadora de ser vencible.

*Ahora bien, también es cierto que, a efectos de la valoración de la existencia de una **interpretación razonable de la norma** que ampare la conducta del obligado tributario, este Tribunal ha precisado que (...) es necesario que la discrepancia interpretativa o aplicativa pueda calificarse de razonable, es decir, que esté respaldada aunque sea en grado mínimo, por un fundamento objetivo.”*

Una doctrina que abarca asimismo los supuestos de normas que no especifican un criterio concreto para su cumplimiento. En estos casos, la conducta del presunto infractor no puede ser sancionada si resulta de una interpretación diligente y razonable del precepto en aras de su cumplimiento. Lo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2008 (JUR 2008\233537):

“Conforme a la jurisprudencia citada la exigencia de lex certa proscribire la sanción de aquellas conductas respecto de las que no sea razonablemente factible prever para el sujeto obligado con el suficiente grado de certeza que merecerán la calificación de infracciones administrativas por la autoridad competente. Por tanto cuando un tipo infractor se define mediante un concepto jurídico indeterminado, en las zonas oscuras o “halo de incertidumbre” del concepto no existe ese suficiente grado de certeza que permite predecir con suficiente grado de seguridad que la conducta será sancionada [...].

Por lo tanto el sujeto que se sitúe en una zona de incertidumbre e interprete ese concepto jurídico indeterminado con criterios lógicos, técnicos o de experiencia que estime que son “adecuados” al cumplir razonablemente el objetivo preventivo del blanqueo de capitales no se puede entender que ha cometido la infracción al no concurrir la voluntad de infringir el precepto aplicable. Por el contrario en las zonas de certeza negativa del concepto no existe ninguna duda de que la conducta será sancionada que sería el supuesto de la omisión de procedimientos y órganos de control interno o por la existencia de órganos y procedimientos tan deficientes que constituyan un peligro manifiesto para la prevención del blanqueo de capitales”

Esta Jurisprudencia que viene a reforzar, si cabe, que no se puede entender que concurra la necesaria culpabilidad en este caso. A lo sumo, lo más que ha ocurrido ha sido un error de prohibición absolutamente involuntario sobre el mejor modo de recoger cierta información de remuneraciones en el IARC.

SÉPTIMA.- EN CASO DE QUE SE MANTENGA LA CALIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO GRAVE, LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES DETERMINARÍAN LA PROCEDENCIA DE UNA SANCIÓN ECONÓMICA DE IMPORTE INFERIOR AL PROPUESTO

Ha quedado acreditado en las alegaciones anteriores que el nuevo Banco Popular no puede ser sancionado por hechos anteriores a la resolución y que, en todo caso, no ha incurrido en una conducta típica, antijurídica y culpable que pueda ser sancionada. Menos todavía ser sancionada con base en el artículo 296.1 del TRLMV, por no cumplirse los requisitos para ello.

No obstante, y tan solo para el caso de que las anteriores alegaciones no fueran apreciadas, es claro que al menos debe hacerse un nuevo ejercicio de ponderación sobre los hechos y circunstancias concurrentes. Ponderación que lleve, como no puede ser de

otra forma, a una significativa reducción de la multa propuesta para asegurar su adecuación a las exigencias del principio de proporcionalidad.

1. El principio de proporcionalidad como pilar básico del derecho sancionador

El principio de proporcionalidad, que constituye uno de los pilares básicos del Derecho administrativo sancionador, es reconocido en el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

“en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción”

Además, la relevancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad ha sido reconocida por consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2003 (RJ 4118):

“La proporcionalidad, perteneciente específicamente al ámbito de la sanción, constituye uno de los principios que rigen en el Derecho Administrativo sancionador, y representa un instrumento de control del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración dentro, incluso, de los márgenes que, en principio, señala la norma aplicable para tal ejercicio. Supone ciertamente un concepto difícilmente determinable a priori, pero que tiende a adecuar la sanción, al establecer su graduación concreta dentro de los indicados márgenes posibles, a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción, tanto en su vertiente de la antijuridicidad como de la culpabilidad, ponderando en su conjunto las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable -y, en particular, como resulta del artículo 131.3 LRJ y PAC, la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia-. (SSTS 19 de julio de 1996 [RJ 1996, 6397], 2 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1296] y 20 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9630], entre otras muchas)”

Muy expresiva es también la Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (RJ 9756):

“Tal como ya ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencias de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8240), 23 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7199) y 14 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3814), el principio de proporcionalidad no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en las sentencias de este Tribunal de 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, según las sentencias de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8240) y 15 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras”

Pese a la claridad con la que se pronuncia la ley y la jurisprudencia, lo cierto es que no se ha atendido a la debida proporcionalidad en este caso. La cuantificación de la multa en un millón de euros no es compatible con las exigencias más básicas del principio de proporcionalidad.

2. Ninguna de las circunstancias agravantes consideradas por el Acuerdo de Incoación están justificadas: procedencia de rebajar la sanción propuesta

En el presente caso, la CNMV entiende como adecuada la imposición de una multa de un millón de euros como consecuencia de la apreciación de dos circunstancias agravantes de la responsabilidad: la persistencia en la infracción (artículo 310.1.d) del TRLMV) y la reiteración infractora, por haber sido anteriormente sancionado (artículo 310.1.l) del TRLMV).

Sin embargo, lo cierto es que dichas circunstancias agravantes no concurren y nunca debieron considerarse para cuantificar la multa, que debe ser sustancialmente rebajada.

2.1. En primer lugar, la CNMV aprecia como causa agravante “*la gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado*” (artículo 310.1.d) del TRLMV), justificándolo en:

“la persistencia del peligro ocasionado en la medida en que el grave déficit de transparencia informativa que supone la introducción de daños engañosos en el IARC se ha producida de manera consecutiva de forma persistente en los ejercicios 2013, 2014 y 2015, presentando los informes anuales las mismas deficiencias informativas”.

El Acuerdo de Incoación no justifica en forma alguna esta genérica afirmación, correspondiendo a la Administración la carga de la prueba de las circunstancias agravantes que aplique.

La realidad es que en este caso no se causó ningún peligro ni hubo déficit de transparencia, ni se pudo afectar en modo alguno a las decisiones inversoras de terceros. En este punto nos remitimos a lo expuesto en la Alegación Quinta que si no es tomado en consideración para archivar el expediente, debe necesariamente ser tenido en cuenta para graduar la sanción dado que evidencia que no concurre la agravante aplicada.

Como se ha expuesto, la información sobre la Compensación por Prejubilación estuvo siempre a disposición del público: estaba recogida en el artículo 27 de los Estatutos sociales publicados en la página web corporativa y estaba expresamente mencionada en el IARC de los años 2014 y 2015. Además, ningún inversor medio razonable modifica su decisión inversora con base en información adicional sobre la Compensación por Prejubilación que se hubiera añadido en los IARC.

Además, en ningún caso puede hablarse de persistencia de una conducta que cambia del año 2013 a los años 2014 y 2015, años en los que el IARC sí que incluyeron información expresa sobre la Compensación por Prejubilación tras haber sido incluida ésta expresamente en los contratos de los consejeros, haciendo también expresa remisión a los Estatutos. No existe déficit de transparencia. Menos un déficit de transparencia persistente.

No puede apreciarse, por tanto, persistencia en la supuesta conducta infractora que justifique la aplicación de un agravante.

2.2. Tampoco procede aplicar la causa agravante del artículo 310.1.1) del TRLMV por existir antecedentes infractores. Y ello por varias razones.

La conducta anterior a la resolución del antiguo Banco Popular –en la que se encontraría la comisión de las infracciones sancionadas con fecha 21 de abril de 2015 y 27 de julio de 2016 (fechas anteriores a la resolución de 7 de junio 2017)– **no puede servir para agravar la responsabilidad del nuevo Banco Popular.**

Con remisión a la Alegación Primera, insistimos en que, materialmente hablando, se trata de una nueva entidad que no guarda más conexión con la antigua que la imprescindible para proteger el interés público. Si esto no se tiene en cuenta para excluir la responsabilidad del *nuevo* Banco Popular, lo que sería una flagrante injusticia es que la conducta de la entidad resuelta agrave la sanción que sufra el *nuevo* Banco Popular y, de forma indirecta, su accionista que permitió superar la dramática situación que se produjo en junio de 2017

En todo caso, debe además añadirse que en ambos casos **las sanciones no son firmes por lo que no pueden utilizarse como agravante.** Como consta a esa Comisión, ambas fueron recurridas en su momento ante la jurisdicción contencioso-administrativa y están todavía pendientes de resolución.

La firmeza a que se refiere el artículo 310 TRLMV solo puede entenderse referida a la firmeza definitiva. Una resolución administrativa contra la que no cabe recurso administrativo pero ha sido recurrida en vía judicial no es firme, es “*firme en vía administrativa*”.

Dado que la norma no se refiere a la firmeza en vía administrativa y que cualquier interpretación extensiva de la norma sancionadora debe ser rechazada, debe descartarse la interpretación que sigue el Acuerdo.

Por tanto, tampoco puede aplicarse esta segunda agravante porque no existen sanciones firmes.

2.3. La sanción propuesta debería ser rebajada al no poder aplicarse las agravantes mencionadas en el Acuerdo. Pero es que, además, existen circunstancias que deberían llevar a una sustancial reducción de la sanción

3. Existencia de circunstancias que atenúan la responsabilidad

Banco Popular considera que procede la aplicación de los siguientes criterios de graduación de la responsabilidad recogidos en el artículo 310.1 del TRLMV que no han sido tomados en consideración en el Acuerdo de Incoación y que evidencian la nula gravedad de los hechos imputados a la Sociedad.

En concreto, y siguiendo el orden del TRLMV:

- (i) **La naturaleza y entidad de la infracción** (artículo 310.1.a) del TRLMV). De estimarse que en efecto hubiera una omisión o una inclusión de datos engañosos en los IARC (*quod non*), sería de una **entidad menor**. La infracción imputada se refiere a **un aspecto muy específico y concreto dentro de los IARC** como es la Compensación por Prejubilación. **Salvo por ese aspecto menor y puntual, los IARC son considerados correctos por parte de la CNMV.**

Además, esa concreta Compensación es escasa relevancia, como evidencia el hecho de que hasta ahora jamás había recibido la atención de la CNMV, que nunca antes había indicado cómo hacer respecto de compensaciones por prejubilación.

- (ii) **El grado de responsabilidad de la persona jurídica responsable de la infracción** (artículo 310.1.b) del TRLMV). En caso de que no se estime la Alegación Primera, los hechos en ella expuestos deben tomarse en cuenta para minorar el importe de la sanción. El *nuevo* Banco Popular es una entidad totalmente renovada tras su resolución-liquidación por orden de la JUR, de manera que solo perviven aquellos derechos y obligaciones imprescindibles para la protección del sistema financiero español (protección de clientes y acreedores), entre los que no se encuentra el traspaso de responsabilidades infractoras.

Sirva a este respecto el mecanismo de proporcionalidad previsto en el artículo 130.2 del Código Penal (“*El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*”), que pretende evitar que la traslación de la responsabilidad produzca consecuencias desproporcionadas e injustas, como ocurriría en el presente caso de acabar imponiéndose al *nuevo* Banco Popular una multa de un millón de euros.

Más todavía cuando el *nuevo* Banco Popular ha requerido, incluso judicialmente, a los consejeros con derecho a ello la devolución de todas las cantidades percibidas en concepto de Compensación por Prejubilación así como la reducción de las cantidades a percibir por tal concepto en el futuro en un 100%. Ello supone que la entidad ha realizado todas las acciones oportunas para que, en la práctica, la Compensación por Prejubilación de dichos consejeros no hubiera existido nunca, lo que evidencia la plena separación del *nuevo* Banco Popular respecto de su actuación pasada.

- (iii) **La gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado** (artículo 310.1.d) del TRLMV). No solamente no corresponde la consideración de esta circunstancia como agravante sino que procede lo opuesto: su consideración para atenuar la responsabilidad. En este caso ni se ha causado un perjuicio ni ha habido el peligro de causarlo: la Compensación por Prejubilación siempre ha sido pública por encontrarse en los Estatutos sociales y se informó de ella en los IARC de los años 2014 y

2015. Todo aquel inversor interesado en la cuestión pudo, por tanto, acceder a la información pertinente.

Es evidente pues que la supuesta infracción cometida no reviste gravedad alguna. Prueba de ello es que: (i) han transcurrido casi cinco años desde el IARC de 2013 sin que la CNMV se haya dirigido contra la Sociedad (de haberse tratado de una conducta con tamaña gravedad como para merecer la imposición de una sanción de un millón de euros, no cabe duda de que la CNMV hubiera actuado con mayor presteza) y (ii) la CNMV nunca incluyó en sus informes anuales sobre retribuciones anteriores a 2016, o en cualquier otra comunicación o instrucción, que la forma de recoger las compensaciones por prejubilación pudiera no ser correcta.

- (iv) **La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa** (artículo 310.1.h) del TRLMV). Además, **no cabe duda** de que en este caso concurre esta circunstancia **porque el IARC de 2016 ha sido considerado correcto por la CNMV**. Por tanto, cualquier error que se hubiera cometido en el pasado quedó subsanado en el IARC del año 2016, circunstancia que no ha sido considerada por la CNMV.

Además, recordemos en este punto que el IARC del 2013 es el primero que se elabora con base en un modelo cerrado como el recogido en la Circular 4/2013 de la CNMV, que nada señala sobre la obligación de incluir referencia expresa a las compensaciones por prejubilación en ninguno de sus apartados. Por ello, es natural que puedan existir ciertos errores de hecho por ser la primera vez que se elabora el informe y no haber ninguna guía sobre cómo actuar ante compensaciones por prejubilación. En todo caso, los IARC posteriores de los años 2014 y 2015 sí que incluyeron mención expresa a la Compensación por Prejubilación, con remisión adicional al artículo 27 de los Estatutos sociales. Por tanto, cualquier insuficiencia en el IARC de 2013 (pese a estar plenamente justificada, como se expuso en la Alegación Tercera) se habría corregido en los IARC posteriores.

Todas estas circunstancias determinan que la conducta imputada a Banco Popular es de nula gravedad. Una multa de un millón de euros no se adecúa, en ningún caso, a la

gravedad de los hechos y supone un quebranto de la proporcionalidad debida. Con todos los respetos, procede que la CNMV realice una nueva graduación de la multa a imponer a la Sociedad considerando las circunstancias expuestas que dé lugar a una sustancial rebaja de la multa propuesta.

4. Conclusión

Procede realizar una nueva ponderación de los hechos concurrentes para asegurar que la multa en su caso a imponer sea conforme con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Eliminando los agravantes indebidamente aplicados en el Acuerdo de Incoación y aplicando las circunstancias atenuantes de la responsabilidad enumeradas, se propone – solo para el caso de que las demás Alegaciones sean rechazadas–, la imposición de una multa no superior a los 100.000 euros.

En virtud de lo expuesto, a la CNMV,

SOLICITO que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que le acompañan, se sirva admitirlo, unirlo al expediente administrativo correspondiente y, en su virtud, y previos los trámites legales oportunos:

- (i) Acuerde el archivo y sobreseimiento del presente expediente sancionador incoado a BANCO POPULAR, S.A., sin atribución de infracción ni imposición de sanción alguna.
- (ii) Subsidiariamente, se califique la infracción supuestamente cometida como leve.
- (iii) Con carácter subsidiario respecto a la anterior, si se mantiene la calificación de la infracción se gradúe la sanción a imponer de conformidad con lo señalado por esta parte en la Alegación Séptima, de

manera que la multa finalmente propuesta sea sustancialmente inferior al millón de euros contenido en el Acuerdo de Incoación y nunca superior a 100.000 euros.

En Madrid, a 22 de enero de 2018.

PEÑA PEREZ JOSE
HERACLIO -
51404223M

Firmado digitalmente por
PEÑA PEREZ JOSE HERACLIO -
51404223M
Fecha: 2018.01.22 21:59:19
+01'00'

Fdo.: JOSÉ HERACLIO PEÑA PEREZ

En nombre y representación de BANCO POPULAR, S.A.

GARRIGUES

000616

**DICTAMEN EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN
DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES
INCLUIDOS EN EL ARTÍCULO 27 DE LOS ESTATUTOS
SOCIALES DE BANCO POPULAR S.A.**

EMITIDO A SOLICITUD DE BANCO POPULAR, S.A.

Madrid, 21 de julio de 2014

ÍNDICE

1.	ANTECEDENTES	1
2.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 27 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DEL BANCO	2
2.1	Compromisos derivados del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco	2
2.2	Determinación del momento en que debe efectuarse el abono de la “<i>pensión por jubilación</i>” de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco	5
2.3	Interpretación efectuada por el Banco en el pasado	10
2.4	Práctica habitual en entidades financieras españolas	11
2.5	Derecho a la pensión de viudedad y orfandad bajo el artículo 27 de los Estatutos Sociales	13
2.6	Alcance de los supuestos de no renovación en los cargos y funciones que pueden dar lugar al cobro de la correspondiente “<i>pensión por jubilación</i>”	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	18
4.	CONCLUSIONES	23

1. ANTECEDENTES

El artículo 27 de los Estatutos Sociales de BANCO POPULAR, S.A. (en adelante, Banco Popular o el Banco) establece lo siguiente:

“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 o 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.”

Atendiendo a la redacción de este artículo, el Banco está revisando el alcance de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, así como cuál es el momento en el que los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración de Banco Popular tienen derecho a percibir las cantidades previstas en caso de cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco.

El objeto del presente informe es, por tanto, analizar los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 27 de los Estatutos Sociales, y concluir sobre la fecha de abono de la "*pensión por jubilación*" a la que se refiere el citado artículo en los diferentes supuestos contemplados en el mismo.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 27 DE LOS ESTATUTOS SOCIALES DEL BANCO

2.1 Compromisos derivados del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco

De acuerdo con el artículo 27 de los Estatutos Sociales, los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco que durante veinte años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a percibir una pensión anual cuyo importe, teniendo en consideración la pensión que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social, sería equivalente al importe líquido anual que percibieran en concepto de remuneración en la fecha en que se produjera su cese en el Banco.

Tal y como establece el citado artículo 27, el derecho al cobro de la pensión será aplicable también cuando el tiempo de ejercicio en las funciones sea inferior a veinte años pero 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 el directivo.

Las situaciones que generan el derecho a dicha pensión a favor de los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración, atendiendo al artículo 27 de los Estatutos, son las siguientes:

- La no renovación del alto directivo o consejero, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad;
- Que se comprobara que estaba imposibilitado por enfermedad o invalidez para seguir desarrollando sus funciones; o
- Que hubiera alcanzado los 65 años en el ejercicio de sus funciones y no deseara permanecer en su cargo.

En cualquiera de estas circunstancias, el directivo tiene el derecho a percibir la “*pensión por jubilación*” a la que se refiere el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco.

Lo anterior implica que dentro del citado artículo 27 se establece un compromiso que se puede desdoblar en:

- Un compromiso por pensiones, en el sentido estricto 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 (“LPFP”); y
- un compromiso de abono de una renta temporal o pensión, reconocido a los miembros de la Dirección General o del Consejo de Administración, en aquellos casos de no renovación del alto directivo o consejero, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad.

En relación con el primero de estos compromisos, la LPFP establece que los compromisos por pensiones vinculados a las contingencias establecidas en su artículo 8.6 (jubilación, incapacidad laboral total y permanente y gran invalidez, muerte y dependencia severa o gran dependencia), deben instrumentarse mediante contratos de seguro.

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la "*pensión por jubilación*" reconocido a un miembro de la Dirección General o del Consejo por (i) que se comprobara que estaba imposibilitado por enfermedad o invalidez para seguir desarrollando sus funciones, y (ii) que hubiera alcanzado los 65 años en el ejercicio de sus funciones y no deseara permanecer en su cargo, implica, en nuestra opinión la asunción por el Banco de un compromiso por pensiones en los términos previstos en la LPFP. El artículo 27 de los Estatutos Sociales está reconociendo, por tanto, el derecho a una "*pensión por jubilación*" a los miembros de la Dirección General o del Consejo de Administración, que supone una mejora sobre los derechos de pensiones del Sistema de Haberes Acumulados para otros empleados del Banco que no forman parte de la Dirección General, ni son miembros del Consejo de Administración de Banco Popular, tanto en prestaciones como en contingencias.

Este compromiso está adecuadamente instrumentado a través de las correspondientes pólizas que tiene el Banco debidamente contratadas.

En relación con la segunda modalidad del compromiso asumido en el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco, esto es, el derecho al cobro de una renta temporal o pensión, reconocido a los miembros de la Dirección General o del Consejo de Administración, en aquellos casos de no renovación del alto directivo o consejero, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad, en nuestra opinión éste responde a la intención del Banco de garantizar, bajo determinados supuestos, una suerte de "*prejubilación*" al directivo, como contraprestación a los servicios prestados al Banco durante un determinado número de años.

No es éste un compromiso por pensiones estricto en el sentido al que se refiere la normativa de planes y fondos de pensiones, sino más bien el reconocimiento de un derecho al percibo de una renta o pensión temporal, tras el cese en sus funciones del directivo en el Banco.

Sentado lo anterior, a continuación se analizan los derechos y obligaciones que se derivan del compromiso, en sus dos modalidades, incluido en el mencionado artículo 27, al objeto de encuadrar cada una de las modalidades del compromiso descrito en su adecuada institución jurídica.

2.2 Determinación del momento en que debe efectuarse el abono de la “pensión por jubilación” de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco

El derecho del directivo al cobro de la “pensión por jubilación” del artículo 27 surge en el momento que llegue antes en el tiempo de los tres siguientes:

- a) Cuando cese en el ejercicio de sus funciones con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, al no ser renovado en su cargo y en sus funciones;
- b) Cuando se compruebe que está imposibilitado por enfermedad o invalidez; o
- c) Cuando alcance la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desee permanecer en su cargo.

Tal y como establece el artículo 1.283 del Código Civil, en la interpretación de los contratos habrá de atenderse a la finalidad que las partes perseguían con la firma de los acuerdos que hubieran suscrito:

“Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

En nuestra opinión, lo previsto en el mencionado artículo 1.283 del Código Civil debe igualmente aplicarse al contenido del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco. En efecto, en cualquiera de los supuestos antes descritos, el directivo del Banco que cumpla las condiciones de ser miembro en activo de la Dirección General o del Consejo de Administración, tiene el derecho al cobro de la correspondiente *“pensión por jubilación”*.

Atendiendo al espíritu de la citada cláusula estatutaria, se pretende garantizar el pago de una pensión en el supuesto de (i) cese del directivo derivado de la no renovación en su cargo, (ii) cese derivado de una enfermedad o invalidez, o (iii) cese a instancias del directivo, por haber alcanzado éste la edad de 65 años en el ejercicio de sus funciones. En los tres casos será en el momento del cese, cuando el directivo tendrá el derecho al percibo de la correspondiente *“pensión por jubilación”*.

Aunque el artículo se refiere de forma expresa a *“pensión por jubilación”*, no creemos que dicha mención esté relacionada con la pensión que se deriva de una prestación complementaria a la que fuera abonada por la Seguridad Social, atendiendo a los periodos de cotización y a las bases de cotización de cada empleado o directivo.

A esta conclusión nos llevaría el hecho de que el citado artículo se refiere de forma general al abono de una cantidad, que no tiene en cuenta las condiciones y requisitos exigidos por la normativa en materia de Seguridad Social para el abono de una pensión de jubilación. De hecho el propio artículo 27 establece que la *“pensión por jubilación”* se calculará para que *“sumada a la que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social le suponga una cantidad líquida anual igual a la remuneración que percibiera en la nómina del Banco en la fecha en la que cesaron en el ejercicio de sus funciones (...)”*. Puede por tanto, o no, percibir el directivo en el momento del derecho al cobro de la *“pensión por jubilación”* del Banco una prestación pública de la Seguridad Social. Esto es, el artículo 27 de los

Estatutos Sociales asume que habrá casos en los que se tiene derecho a la percepción de la “*pensión por jubilación*”, sin que el directivo esté percibiendo prestación pública alguna por parte de la Seguridad Social.

La redacción del artículo 27 nos ofrece por tanto los siguientes argumentos para llegar a la conclusión de que dicha “*pensión por jubilación*” no se liga específicamente con el acceso a la situación legal de jubilación:

- Como antes hemos expuesto, al referirse al importe de la pensión, el artículo 27 se refiere al complemento sobre la cantidad que, “*en su caso*”, fuera abonada por la Seguridad Social. Es posible, por tanto, que no exista “*pensión*” abonada por parte de la Seguridad Social en el momento del cese, circunstancia que podría darse, por ejemplo, como consecuencia de un cese del directivo con anterioridad al acceso a la situación legal de jubilación.
- Además, el artículo 27 no está exigiendo en ningún momento que el abono de la pensión se produzca en el momento en que el directivo acceda efectivamente a la situación de jubilación. Tan sólo enumera los supuestos que dan derecho al cobro de la citada pensión, sin exigir el acceso del directivo a la situación legal de jubilación para tener el derecho al cobro de la “*pensión por jubilación*” del citado artículo.
- En este mismo sentido, una de las condiciones establecidas en el artículo 27 de los Estatutos es que el derecho a la “*pensión por jubilación*” surge a favor de los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración, ante las circunstancias antes citadas “*cualquiera que fuera su edad*”.

En consecuencia, el nacimiento del derecho a dicha pensión no se condiciona tampoco a que las circunstancias que motivan dicho derecho se pongan de manifiesto en la edad ordinaria de acceso a la jubilación.

- Por último, y como se ha expuesto anteriormente, una de las circunstancias que motiva el nacimiento del derecho al abono de la “*pensión por jubilación*” es el cumplimiento de la edad de 65 años sin que el directivo deseara permanecer en sus cargos.

En este sentido, es importante señalar que, atendiendo a la normativa laboral en materia de Seguridad Social, el cumplimiento de la edad de 65 años no supone el acceso automático a la situación legal de jubilación. Es preciso, en cambio, que el directivo que quiera beneficiarse de la prestación pública correspondiente efectúe una solicitud formal para acceder a dicha situación, al considerarse la jubilación como una expectativa de derecho que debe ser ejercitada por los trabajadores y reconocida por la administración competente de conformidad con la normativa aplicable.

El término “jubilación” al que hace referencia el citado artículo 27 debe entenderse por tanto en un sentido amplio del concepto, tal y como lo recoge la propia Real Academia española de la lengua, cuando define jubilación como “*acción y efecto de jubilar o jubilarse*”, y “*jubilar*” como “*disponer que, por razón de vejez, largos servicios o imposibilidad, y generalmente con derecho a pensión, cese un funcionario civil en el ejercicio de su carrera o destino*”. La jubilación referida en el referido artículo 27 se corresponde, no con el término legal a efectos de la normativa de Seguridad Social, sino con el supuesto de cese o abandono de la actividad profesional del directivo, tras un periodo prolongado del ejercicio de la misma.

De todo lo anterior se desprende, por tanto, que la finalidad del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco es proporcionar a los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco una *pensión* en contraprestación a las funciones desarrolladas en el Banco durante un periodo de tiempo, en el mismo momento en que cesen en el ejercicio de dichas funciones (i)

por la no renovación de sus cargos, (ii) por enfermedad o incapacidad, o (iii) por haber alcanzado la edad de 65 años y no desear seguir en sus funciones.

De esta forma, en nuestra opinión, los derechos concedidos a través del artículo 27 a favor de determinados directivos y administradores del Banco se configuran (i) como una suerte de “premio de permanencia”, que no se identifica, por tanto, con el acceso efectivo a la situación legal de jubilación, aunque (ii) en el supuesto de que el directivo tuviera 65 años de edad y accediera formalmente a la prestación pública de jubilación, el compromiso sí quedaría incluido dentro de la normativa de planes y fondos de pensiones referida en el apartado 2.1 anterior.

Los Estatutos Sociales del Banco han denominado, por tanto, como “*pensión por jubilación*” al derecho concedido a los miembros de la Alta Dirección o Consejeros Ejecutivos, aunque en determinados casos, como antes se ha expuesto, ese derecho se configura más bien como una suerte de pensión de “*prejubilación*”.

Al ser este último término, “*prejubilación*”, un concepto jurídico indeterminado, (no existe en nuestro ordenamiento legal ningún concepto regulado como tal, ya que en realidad el concepto de “*prejubilación*” responde a diversos supuestos ligados al cese de la relación laboral pero nunca a un supuesto “legal” de jubilación a los efectos de la Seguridad Social), el Banco posiblemente incluyera en la redacción original del referido artículo 27 de los Estatutos Sociales, un concepto amplio, para incluir en él los distintos supuestos que pueden dar lugar al cobro de la correspondiente pensión.

De acuerdo con todo lo anterior, parece claro que en el mismo momento en el que tenga lugar cualquiera de las tres situaciones descritas en el apartado 2.1 del presente informe, los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco tendrán derecho al cobro de la pensión establecida en el mismo, independientemente de que hayan accedido a la situación de jubilación o no.

2.3 Interpretación efectuada por el Banco en el pasado

Esta ha sido además la interpretación seguida por el Banco en el pasado.

En efecto, la conclusión a la que se llega en el apartado 2.2 anterior es también la interpretación que ha seguido el Banco con ocasión del cese de altos directivos y consejeros ejecutivos en el pasado.

En este sentido, entre otros casos, puede citarse el cese en sus funciones, en marzo de 2002 de D. Fulgencio García Cuéllar, quien hasta dicha fecha ostentaba el cargo de Consejero Delegado del Banco. Como consecuencia de dicho cese, D. Fulgencio García Cuéllar comenzó a recibir en ese momento los importes que del cálculo de la “*pensión por jubilación*” se derivaban, en los términos descritos en el artículo 27 de los Estatutos, sin que para ello tuviera que acceder a la situación legal de jubilación.

Prueba de que no se le exigió el acceso a la citada situación legal de jubilación para el percibo de la citada pensión, es que algunos meses después de su cese como Consejero Delegado de Banco Popular, D. Fulgencio García Cuéllar fue nombrado Consejero Delegado de Banco Pastor, S.A.

Atendiendo, por tanto, a la interpretación que sobre el contenido de los Estatutos Sociales han otorgado las partes en el pasado (el propio Banco y los correspondientes directivos), en nuestra opinión la fecha en la que debe entenderse que se produce el derecho del directivo al cobro de la “*pensión por jubilación*” regulada en el artículo 27, es la fecha en la que se produzca el cese del directivo o administrador, y no la fecha de acceso a la situación legal de jubilación.

Dicha interpretación se ajustaría además a lo que en materia de interpretación de contratos establece el artículo 1.282 del Código Civil, según el cual: “*Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*”.

2.4 Práctica habitual en entidades financieras españolas

No obstante lo anterior, creemos conveniente analizar si la interpretación alcanzada en el contenido de este informe es la práctica seguida por las entidades financieras en relación con compromisos similares alcanzados entre dichas entidades y sus altos ejecutivos.

En efecto, este tipo de compromisos, como los asumidos por el Banco en el artículo 27 de los Estatutos Sociales, resulta también habitual entre las entidades financieras.

Así, a modo de ejemplo, cabe citar la información incluida en el Informe Anual sobre Remuneraciones de los consejeros de Banco Santander, correspondiente al ejercicio 2013, según la cual:

“(…) 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. Javier Marín Romano tendrá derecho a una asignación anual que, a 31 de diciembre de 2013, sería de 800 miles de euros anuales. Alternativamente, podrá optar por reincorporarse a su puesto de director general del Banco.

- D.ª Ana Patricia Botín-Sanz de Sautuola tendrá derecho a una asignación anual que, a 31 de diciembre de 2013, sería de 2.692 miles de euros anuales (2.645 miles de euros anuales al 31 de diciembre de 2012).

- D. Juan Rodríguez Inciarte tendrá derecho a una asignación anual que, a 31 de diciembre de 2013, sería de 987 miles de euros anuales (987 miles de euros anuales al 31 de diciembre de 2012).

En caso de que D. Javier Marín Romano, D.ª Ana Patricia Botín-Sanz de Sautuola y O’Shea o D. Juan Rodríguez Inciarte pasen a la situación de prejubilación, tienen derecho a optar por recibir las asignaciones anuales en forma de renta o de capital –esto es, en una única contraprestación– en todo pero no en parte.”

De la misma forma, BBVA tiene acuerdos similares, tal y como se desprende de su Informe Anual sobre Remuneraciones de sus consejeros, correspondiente al ejercicio 2013:

“(...) 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.”

En relación con BBVA, es importante destacar las condiciones en las que el Consejero Delegado del BBVA tendría derecho a percibir la pensión descrita, según las cuales, incluso antes de los 55 años, el Consejero Delegado tendría derecho a percibir una pensión en el momento que cese en sus funciones.

Es evidente que la normativa actual en materia de Seguridad Social no incluye ningún supuesto que permita el acceso formal a la jubilación a esa edad, lo que viene a confirmar que el derecho al cobro de la “*pensión por jubilación*” nace en el momento del cese, y no en la fecha de acceso a la situación legal de jubilación del Consejero Delegado.

Ambos bancos, por tanto, otorgan el derecho a determinados consejeros ejecutivos, al cobro de una determinada cantidad en determinados supuestos de cese, desde la fecha en la que éste se produce, sin exigir el acceso del consejero ejecutivo a la situación legal de jubilación.

La interpretación del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco ofrecida en el apartado 2 anterior se corresponde, por tanto, con la práctica habitual de los acuerdos que, en el sector financiero, han alcanzado las entidades con sus administradores y altos directivos para supuestos similares.

2.5 Derecho a la pensión de viudedad y orfandad bajo el artículo 27 de los Estatutos Sociales

El último párrafo del artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco concede una pensión de viudedad y orfandad a favor de la viuda y los hijos menores de los miembros de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco, bajo la extensión y con las limitaciones impuestas en la normativa aplicable a los empleados de Banca, en los siguientes términos:

“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.”

De acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del Convenio Colectivo de Banca actualmente en vigor¹, el cónyuge viudo de un trabajador que estuviera en activo o jubilado en la fecha de su fallecimiento tiene derecho a una pensión complementaria de hasta un 50 por 100 del total de las percepciones del trabajador en el momento del fallecimiento, y los huérfanos del trabajador tienen derecho a una pensión de orfandad de entre el 20 y el 30 por 100 del total de las citadas percepciones.

El artículo 37 del Convenio Colectivo de Banca regula el derecho a la pensión de viudedad y orfandad en los siguientes términos:

“Artículo 37 Viudedad y orfandad

a) Viudedad:

- 1. Se establece una pensión complementaria a favor de los viudos de los trabajadores fallecidos -en activo o en situación de jubilados o inválidos- a partir de 1969.*

¹ Resolución de 19 de abril de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XXII Convenio colectivo de banca (BOE de 5 de mayo de 2012).

2. *La cuantía de dicha pensión de viudedad es complementaria de la que corresponda por el Régimen General de la Seguridad Social, debiendo alcanzar la suma de ambas cantidades el 50 por 100 de la base que se determina en el apartado siguiente.*
3. *La base para el cálculo de la pensión de viudedad será el total de percepciones del causante, excluido el cuarto de paga establecido en el artículo 19.7, así como la percepción RAE regulada en el artículo 19.8 deducidas las cuotas a su cargo de la Seguridad Social, en el momento del fallecimiento, derivadas de la aplicación del Convenio, incluida la ayuda familiar.*

En el supuesto de que el fallecido se encontrase en situación de jubilado o inválido, la base mensual vendrá determinada por la pensión de jubilación o invalidez que percibiera de la Seguridad Social, más en su caso, la prestación que por el mismo concepto percibiera de la Empresa.

4. *Para ser considerados beneficiarios de esta pensión será preciso:*
 - *Que el viudo reúna las condiciones exigidas en el Régimen General de la Seguridad Social. En este sentido se considerará viudo del trabajador fallecido aquella persona a la que la Seguridad Social reconozca prestación de viudedad derivada del fallecimiento del causante.*
 - *No obstante lo anterior, los viudos que no hayan cumplido 40 años y no tengan hijos gozarán de los beneficios indicados y con las mismas exigencias.*
5. *Se extinguirá automáticamente la pensión complementaria de viudedad cuando dejara de percibir y se extinguiese la pensión de viudedad que reglamentariamente le corresponda de la Seguridad Social.*

b) Orfandad:

1. *Queda establecida una pensión complementaria en los casos de orfandad producidos a partir de 1969, que ascenderá al 20 o al 30 por ciento (este último porcentaje cuando se trate de orfandad total) sobre las bases que se determinarán de igual forma que en los casos de viudedad.*
2. *La pensión complementaria de orfandad así establecida se aplicará por cada uno de los hijos que reúnan los requisitos que exige la Ley de Seguridad Social y disposiciones complementarias.*
3. *Cuando el huérfano sea calificado como minusválido conforme a las disposiciones vigentes, la prestación se extenderá hasta su recuperación, con independencia de la edad, siempre que esté incapacitado para el trabajo y perciba la prestación de orfandad del organismo correspondiente de la Seguridad Social.*

c) Limitación para estas pensiones complementarias:

La acumulación de los complementos de pensiones por viudedad y orfandad no podrá superar en ningún caso el 100 por ciento de las percepciones del causante en el momento del fallecimiento derivadas de la aplicación del Convenio, tanto si estaba en activo como jubilado o inválido.”

En nuestra opinión, y bajo una interpretación finalista de los Estatutos Sociales del Banco, que es la que a nuestro entender debe prevalecer, el hecho causante que generaría el derecho a la pensión a favor de la viuda y los hijos menores de edad sería el fallecimiento del miembro de la Dirección General o del Consejo de Administración, con independencia de que dicha circunstancia se produjera antes o después de que se hubiera generado el derecho al cobro de la “*pensión por jubilación*” por haber alcanzado el directivo la edad de 65 años

En este sentido, a pesar de que los supuestos a los que se refiere la normativa aplicable a los empleados de Banca reconozca esta pensión de viudedad y orfandad a los familiares de los trabajadores que estuvieran en activo en la fecha de fallecimiento, o en situación de jubilados o inválidos, en nuestra opinión la redacción del último párrafo del artículo 27 de los Estatutos Sociales de Banco Popular se refiere al fallecimiento del miembro de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco, con independencia de que el mismo esté en activo en la fecha de su fallecimiento, en situación de cese como consecuencia de los supuestos previstos en el referido artículo 27, o en situación legal de jubilación.

Así, si el fallecimiento de un miembro de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco se produjera después de haber sido cesado en las circunstancias previstas en el artículo 27 de los Estatutos Sociales, esto es, “*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*”, su viuda y los hijos menores de edad mantendrían el derecho a la pensión anteriormente descrita.

En efecto, en la medida en que el compromiso de abono de una pensión en aquellos casos de no renovación del alto directivo o consejero en los términos previstos en el artículo 27 de los Estatutos Sociales responde a la intención del Banco de garantizar, bajo determinados supuestos, una suerte de “*prejubilación*”, entendemos que, por el mismo motivo, el fallecimiento que se produjera con posterioridad al cese del directivo pero antes de su acceso a la situación legal de jubilación también debería generar los mismos derechos, en este caso para la viuda y huérfanos, tanto en los supuestos de “*prejubilación*” como en los de mantenimiento de las funciones hasta la edad de 65 años, como una vez alcanzada la edad legal de jubilación y haber accedido a la situación legal de jubilación.

En nuestra opinión, por tanto, la referencia del artículo 27 de los Estatutos Sociales a la extensión y limitaciones aplicables a los empleados de Banca debe entenderse en los siguientes términos:

- En relación con su extensión, las pensiones de viudedad y orfandad se configuran como una “*pensión complementaria*” (tal y como expresamente las define el artículo 37 del Convenio Colectivo de Banca) a la establecida para el supuesto de jubilación, constituyendo una forma de prestación accesoria de otra principal (la pensión por jubilación), por lo que habrá que atender a las circunstancias y condiciones que desencadenan el derecho de dicha pensión por jubilación, para determinar cómo se genera el derecho a las pensiones complementarias de viudedad y orfandad.

En este sentido, y en línea con la argumentación del apartado 2.2 anterior de este informe, el término “jubilación” al que se refiere el artículo 27 de los Estatutos Sociales no está restringido a la situación legal de jubilación, sino por el contrario se refiere también a la situación de “retiro” o “prejubilación” derivada del cese o abandono de la actividad profesional por parte del directivo.

En consecuencia, si el derecho a la pensión por jubilación se reconoce, entre otras situaciones, cuando se produce el cese del directivo, el derecho a la pensión de viudedad y orfandad debería producirse también en las mismas circunstancias, siempre que se cumplan las condiciones establecidas para ello, esto es, que el cese se produzca *“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”*.

- Por lo que se refiere a sus limitaciones, entendemos que las mismas están relacionadas con los importes máximos reconocidos en el Convenio Colectivo de Banca, esto es, de hasta el 50 por 100 del total de las percepciones del causante para la pensión de viudedad, y entre el 20 y el 30 por 100 de dichas percepciones, para la pensión de orfandad.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a la información que nos han facilitado, las coberturas del Plan de Pensiones y las pólizas en las que se instrumentan los compromisos por pensiones asumidos por el Banco con sus directivos (pólizas 838.840.200 y 838.840.300) no garantizan el abono de cantidad alguna ante estos supuestos de viudedad y orfandad cuando el directivo o consejero no esté en activo o jubilado legalmente, por lo que sería necesario realizar los cálculos correspondientes para determinar el importe de la cobertura necesaria para hacer frente a los citados compromisos.

2.6 Alcance de los supuestos de no renovación en los cargos y funciones que pueden dar lugar al cobro de la correspondiente “pensión por jubilación”

Llegados a este punto, se hace necesario por último analizar el alcance del supuesto al que se refiere el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco cuando establece la no renovación en el cargo y funciones del miembro de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco como el momento en el que el directivo tiene el derecho al cobro de la *“pensión por jubilación”*.

Entendemos que la no renovación en el cargo y funciones del miembro de la Dirección General y del Consejo de Administración del Banco equivale al concepto anglosajón de “*demotion*”, que no tiene traducción literal al castellano. Se trata de un supuesto de “degradación” o pérdida de categoría profesional en la empresa.

Este concepto puede encontrar semejanzas en el contenido del artículo 10.3.a) del Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de la alta dirección, cuando permite al alto directivo la extinción de su contrato en los casos de “*modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo (...)*”.

Considerando lo anterior, debe entenderse por supuestos de no renovación en el cargo y en las funciones, para el caso de los miembros del Consejo de Administración, los casos de cese en sus cargos de los consejeros ejecutivos. La pérdida de la condición de “ejecutivo” del consejero generará igualmente el derecho al cobro de la “*pensión por jubilación*”.

Para los miembros de la Dirección General del Banco, debe entenderse que se produce esta situación en el momento en el que dejen formalmente de pertenecer a dicha Dirección General.

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

En relación con las obligaciones de comunicación a efectos del Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros (en adelante, IARC), el Banco ha cumplimentado correctamente el IARC del ejercicio 2013 en relación con el importe de las aportaciones realizadas al seguro de ahorro a largo plazo que instrumenta un compromiso por pensiones regulado en el Texto Refundido de la

Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, y en su normativa de desarrollo, junto con los correspondientes saldos acumulados.

En efecto, el Banco, en el apartado D.1.a).iii), ha desglosado las aportaciones y los saldos acumulados en el mencionado seguro, y ha explicado las características del mismo en el apartado A.5 de dicho IARC.

El título del apartado A.5 del IARC establece lo siguiente:

“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.”

El apartado A.5 se refiere por tanto a los sistemas de ahorro a largo plazo, normalmente ligados a la jubilación, asumidos por las empresas con sus administradores.

En las instrucciones para la cumplimentación del IARC, publicadas en la Circular 4/2013, de 12 de junio, de la CNMV (BOE, 24 de junio de 2013), se especifica lo siguiente:

“Sistemas de ahorro a largo plazo: Deberá informarse de todos los planes 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.

Aportaciones realizadas durante el ejercicio: Se deberá computar el valor más alto entre los siguientes: (i) los fondos aportados durante el ejercicio a cualquier vehículo de inversión, asegurador o financiero que dé cobertura al plan (independientemente de si el beneficiario de las posibles prestaciones es

la compañía o el propio administrador) y (ii) la variación anual en el valor actual actuarial del sistema de ahorro a largo plazo, ajustada proporcionalmente a los ejercicios de servicio efectivamente acreditados en el ejercicio respecto de los requeridos para el pago.

Importe de los fondos acumulados: Importe de los fondos acumulados en cualquier vehículo de inversión, asegurador o financiero que dé cobertura al sistema (independientemente de si el beneficiario de las posibles prestaciones es la compañía o el propio administrador) y, en todo caso, no podrá ser inferior al valor actual actuarial de la obligación devengada a favor del administrador ajustada proporcionalmente a los ejercicios de servicio efectivamente acreditados en el ejercicio respecto de los requeridos para el pago”.

El apartado A.5 se refiere por tanto a los sistemas de ahorro puestos en marcha por las sociedades para cubrir la contingencia de jubilación, sistemas regulados por la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones.

El IARC exige información sobre las aportaciones, tipo de plan, si es de aportación o prestación definida, condiciones de consolidación de los derechos económicos, etc. Se refiere el citado IARC a los seguros que instrumentan compromisos por pensiones en los términos antes mencionados.

Siguiendo este criterio, el Banco ha cumplimentado correctamente y ha facilitado información detallada de sus compromisos por pensiones con sus consejeros ejecutivos. El mismo criterio es el que han seguido otras entidades financieras españolas. Banco Santander y BBVA han incluido en sus informes la correspondiente explicación de los compromisos de pensiones ligados a la jubilación efectiva de sus consejeros ejecutivos, junto con el detalle de las aportaciones y saldos acumulados.

En relación con el compromiso incluido en el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco, en virtud del cual, los consejeros ejecutivos tienen derecho a percibir una “*pensión por jubilación*” en caso de su no renovación, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su

voluntad, se plantea la necesidad de incluir información adicional por parte del Banco en relación con este compromiso en su IARC.

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

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

4. CONCLUSIONES

Las conclusiones más importantes del presente Informe se pueden resumir del siguiente modo:

1. Las situaciones que generan el derecho a la “*pensión por jubilación*” a favor de los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración, atendiendo al artículo 27 de los Estatutos, son las siguientes:
 - La no renovación del miembro de la Alta Dirección o Consejero, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad;
 - Que se comprobara que estaba imposibilitado por enfermedad o invalidez para seguir desarrollando sus funciones; o
 - Que hubiera alcanzado los 65 años en el ejercicio de sus funciones y no deseara permanecer en su cargo.
2. En cualquiera de las estas circunstancias, el directivo tiene el derecho a percibir la “*pensión por jubilación*” a la que se refiere el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco.
3. El abono de la “*pensión por jubilación*” debe efectuarse en la fecha en la que dichos directivos y administradores cesasen de forma efectiva en el ejercicio de sus funciones, bajo el cumplimiento del resto de requisitos del artículo 27 de los Estatutos Sociales, todo ello, con independencia de que hayan accedido a la situación legal de jubilación o no. Lo anterior siempre que esta circunstancia se diera con anterioridad a la edad de 65 años, puesto que esa fecha, el directivo podría cesar voluntariamente y percibir la correspondiente pensión.

4. Dentro del citado artículo 27 se establece por tanto un compromiso que se puede desdoblar en:
 - Un compromiso por pensiones, en el sentido estricto 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 (“LPPF”).
 - Un compromiso de abono de una renta temporal o pensión, reconocido a los miembros de la Dirección General o del Consejo de Administración, en aquellos casos de no renovación del alto directivo o consejero, cualquiera que fuera su edad, en su cargo y en sus funciones, con independencia o en contra de su voluntad.
5. La LPPF establece que los compromisos por pensiones vinculados a las contingencias establecidas en su artículo 8.6 (jubilación, incapacidad laboral total y permanente y gran invalidez, muerte y dependencia severa o gran dependencia), deben instrumentarse mediante contratos de seguro.

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la *“pensión por jubilación”* reconocido a un miembro de la Dirección General o del Consejo por (i) que se comprobara que estaba imposibilitado por enfermedad o invalidez para seguir desarrollando sus funciones, y (ii) que hubiera alcanzado los 65 años en el ejercicio de sus funciones y no deseara permanecer en su cargo, implica, en nuestra opinión la asunción por el Banco de un compromiso por pensiones en los términos previstos en la LPPF. Este compromiso está adecuadamente instrumentado por el Banco en los correspondientes contratos de seguros.

6. El compromiso de abono de la *“pensión por jubilación”* con ocasión de la no renovación del directivo en su cargo y en sus funciones responde a la intención del Banco de garantizar, bajos determinados supuestos, una suerte de *“prejubilación”* al directivo, como contraprestación a los servicios

prestados al Banco durante un determinado número de años por dicho directivo.

Para hacer frente a este compromiso son varias las alternativas que podría utilizar el Banco:

- El pago directo por el Banco al directivo en el momento del acaecimiento del derecho al cobro de la “*pensión por jubilación*”;
- La creación de un “fondo interno” para hacer frente a las referida pensión;
- La contratación de una póliza de seguros;
- Una combinación de las alternativas anteriores.

No es éste un compromiso que esté regulado en la normativa de planes y fondos de pensiones, por lo que el Banco no tiene obligatoriamente que “exteriorizarlo” en los términos establecidos en dicha normativa a través de una entidad aseguradora, si bien la contratación de una póliza de seguros parece el sistema que permitiría cubrir más adecuadamente los compromisos asumidos por el Banco.

7. En relación con las pensiones de fallecimiento (viudedad y orfandad), y en virtud de lo dispuesto en (i) el artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco, y (ii) el Convenio Colectivo de Banca aplicable a Banco Popular, el cónyuge del directivo miembro de la Dirección General e hijos menores de edad, tendrán derecho a percibir las pensiones, tanto si el fallecimiento se produce estando el miembro de la Dirección General en activo, en situación legal de jubilación o de incapacidad, como si, no encontrándose en ninguna de las situaciones anteriores, estuviese percibiendo la renta temporal o pensión a que tiene derecho en virtud de lo dispuesto en artículo 27 de los Estatutos Sociales del Banco en el supuesto de no haber sido renovado en su cargo o en