



Trabajo Fin de Máster

La aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador bancario

Estudio elaborado por

Autor

Luis Deza Rubio

Director

Juan María Pemán Gavín

Catedrático de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO

A 1 de Octubre de 2019

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	5
2. CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN	11
2.1. CONSTRUCCIÓN ESPECÍFICA DE LA CULPABILIDAD PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS	12
2.2. CULPABILIDAD POR REPRESENTACIÓN	15
3. SINGULARIDADES DEL DERECHO SANCIONADOR BANCARIO	17
3.1. INTERESES PÚBLICOS EN JUEGO	17
3.2. UNIÓN EUROPEA Y NORMATIVA APLICABLE	18
3.3. COMPETENCIAS Y POTESTADES DEL BANCO DE ESPAÑA	21
3.4. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA LEY 10/2014, DE 26 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO.	29
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EXPUESTA EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	35
4.1. RESOLUCIONES EN CONTRA DE LA ENTIDAD FINANCIERA	35
4.2. RESOLUCIONES A FAVOR DE LA ENTIDAD FINANCIERA	44
5. ESPECIAL REFERENCIA AL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	49
6. CONCLUSIONES	53
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57
JURISPRUDENCIA ANALIZADA	59

INTRODUCCIÓN

Una vez aceptada la necesidad de adaptación de los principios penales a las peculiaridades del Derecho Administrativo Sancionador, se hace necesario realizar un estudio de la evolución histórica de la normativa básica estatal, la cual ha permanecido estática durante más de veinte años.

Partiendo de la oscura y enigmática expresión elegida a la hora de redactar el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la comparativa realizada en relación con los artículos 28.1 y 29.3 a) de la Ley 40/2015, culmina con la asunción actual del principio de culpabilidad determinado de forma expresa y asumido de una vez por todas en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público.

Mediante la introducción de la exigencia de dolo o culpa, se rompe con el esquema de responsabilidad tratado hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2015, circunstancia en detrimento del presente estudio, debido al escaso margen temporal que ha transcurrido para la judicialización de aquellos supuestos cuyo análisis pudieran aportar profundidad a los elementos tratados en el mismo.

No obstante, salvada la polémica, la cual ha suscitado numerosos estudios e interpretaciones por parte de la Doctrina y de los Jueces y Tribunales, respectivamente, pasamos a la compleja aplicación del principio de culpabilidad respecto de la persona jurídica.

La aplicación de dicho principio reporta una dificultad añadida cuando el sujeto responsable en la comisión de la infracción es una persona jurídica, es decir, aquellos que controlan de manera efectiva la actividad de una entidad y los miembros de los órganos de administración y/o dirección de la misma.

Así las cosas, del estudio de desarrollos doctrinales del principio de culpabilidad, en ciertos casos influenciados por legislaciones extranjeras, se intenta llevar a cabo la determinación de un concepto de culpabilidad válido que pueda aportar algo de luz a los

critérios generales o a los elementos integrantes del juicio de culpabilidad respecto a las personas jurídicas.

El presente trabajo ha centrado la mirada en un ámbito muy determinado, la aplicación del principio de culpabilidad a las entidades financieras, lo que ha producido un desborde de material legislativo comunitario y nacional, así como la aparición de resquicios de desconfianza derivada de las experiencias económico-financieras vividas, tras la gran recesión del año 2008, en cada cuerpo legal analizado. Bajo la protección de los intereses públicos en juego se ha desarrollado a lo largo de los últimos diez años una extensa normativa concebida de un modo restrictivo, para intentar dotar a un sistema basado en el riesgo, de cierta seguridad.

Como no podía ser de otro modo, se ha procedido al análisis de la institución del Banco de España, concebido como Autoridad Administrativa Independiente de status singular, integrado en un sistema supranacional, llevando a cabo una exposición lo más pormenorizada posible de la distribución de competencias, del ejercicio de las potestades que ostenta y de la norma básica de aplicación en nuestro derecho interno, esto es, la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Como reflejo de la importancia e incidencia práctica de la materia, se realiza una recopilación de la aplicación judicial de este principio, en relación con la imposición de sanciones a las entidades financieras, advirtiendo ciertas disfunciones como resultado de esa falta de concreción en la norma.

Por último, se hace especial referencia al Derecho de la Competencia, el cual ha dedicado un esfuerzo significativo a la hora de intentar estructurar ciertas pautas de aplicación de un principio de culpabilidad más trabajado, en contraposición a la pobre y escasa argumentación de los Jueces y Tribunales en el Derecho sancionador bancario, resultado de las circunstancias que veremos a lo largo del presente trabajo.

El interés de la materia tratada resulta incuestionable, más allá de la reciente incorporación del principio de culpabilidad a la normativa básica estatal, que aunque elemento clave en este trabajo, únicamente ha sido utilizado para dar pie a un análisis de una materia de rabiosa actualidad.

La aplicación de este principio en un ámbito determinado y en relación con las personas jurídicas que operan en el mismo, se configura como un buen campo de pruebas para dilucidar el estado de la cuestión en la actualidad y la evolución que pueda llegar a producirse respecto de la potestad sancionadora en la actividad económico-financiera.

1.- CONTEXTO Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El artículo 25 de nuestra Constitución, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios con cierta identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho Administrativo Sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo, resultando necesaria la idea central de la necesidad de adaptación de los principios y reglas penales a las peculiaridades de la potestad administrativa sancionadora, esto es, a la esencia de los principios que permiten identificar el Derecho punitivo administrativo, debiendo atender al Derecho Penal y al Derecho Administrativo Sancionador como manifestaciones de un mismo “*ius puniendi*” del Estado, siendo dichos principios aplicables en uno y otro ámbito, siempre y cuando se respeten las peculiaridades propias de cada sector¹.

El título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha venido regulando durante los últimos años los principios básicos a los que debía someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, así como aquellos derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos, derechos y obligaciones extraídos de la jurisprudencia y la doctrina, los cuales a su vez, se nutren de la Constitución y del Derecho Penal.

Entre tales principios cabe destacar el principio de legalidad, el de tipicidad y el de seguridad jurídica, los cuales establecen la existencia de un procedimiento reglado que permita la salvaguarda del interés general mediante la sanción de aquellas conductas que estén legalmente tipificadas como infracciones administrativas. Como veremos a lo largo del presente trabajo, la aplicabilidad directa de los mismos al Derecho Administrativo Sancionador, resulta indubitada, lo que unido a los principios básicos que rigen el Derecho Administrativo -presunción de inocencia, información,

¹ Tal y como establece la pionera Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de julio.

defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía- garantizan un tratamiento común a todos los ciudadanos con las debidas garantías del procedimiento.

Todos estos principios se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, no obstante, a la vista tanto de la exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como del articulado de su propio título IX: “*De la potestad sancionadora*”, no logramos encontrar referencia alguna al principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, siendo las construcciones jurisprudenciales -tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo- y doctrinales, las encargadas de argumentar su aplicabilidad² y, por ende, de cimentar las reglas de aplicación de este principio.

A este respecto, resulta sorprendente la fecha de algunas de las sentencias a las que haremos referencia más adelante, haciendo notable la necesidad de proceder a subsumir el juicio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 . Como no podía ser de otro modo, su exposición de motivos se hace eco del principio constitucional que se viene gestando, bajo el cobijo del principio de responsabilidad que se consagra en el articulado del propio texto legal, no existiendo dudas de la dificultad de establecimiento de una responsabilidad sin la exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto, en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común respondía a la consideración de que el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora debía integrarse en el procedimiento administrativo común previsto en la Constitución para garantizar el tratamiento común a los ciudadanos. Sin embargo, resultaba demasiado abstracta en tanto en cuanto, no contenía una regulación modulada por trámites, sino que consagraba únicamente y de forma general los principios que debían informar los procedimientos concretos a establecer, legal o reglamentariamente.

² Tal y como advirtió DE PALMA DEL TESO: “*Mientras que formalmente el Tribunal Supremo negaba en ocasiones para las infracciones administrativas la exigencia de dolo o culpa, en el fondo hacía aplicación del principio de culpabilidad*”. DE PALMA DEL TESO, Ángeles, (1996). “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos.

Así pues, tradicionalmente, nuestro Derecho Administrativo Sancionador se ha centrado en la producción del hecho, articulando una responsabilidad tendencialmente objetiva en la medida en que el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³, establecía la posible sanción de hechos constitutivos de infracción administrativa “aun a título de simple inobservancia”⁴.

Sin embargo, a la luz de la nueva regulación contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se produce una clara incorporación del principio de culpabilidad, siendo un aspecto especialmente relevante de la reforma en materia de culpabilidad, la sustitución de la responsabilidad por la comisión de un hecho “aún a título de simple inobservancia”, por la exigencia en la conducta del responsable de dolo o culpa⁵.

De este modo, se pone fin a un largo periodo de ambigüedad de la norma predecesora, la cual parecía querer modular de algún modo el principio de responsabilidad sin llegar a plasmarlo correctamente, tal y como se desprende del enigmático tenor literal del precepto citado.

Por tanto, como elemento clave a nuestro favor en el presente estudio, partimos de una culpabilidad referenciada de forma expresa en la propia ley⁶, que no deja lugar a dudas en cuanto a la imposibilidad de sancionar administrativamente por el mero

³ Artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia*”.

⁴ A juicio de NIETO GARCÍA, Alejandro (2012), “Derecho Administrativo Sancionador”, 5ª ed. Tecnos “[...] *la responsabilidad por mera inobservancia no excluye necesariamente por completo la presencia de una cierta culpabilidad, puesto que tal inobservancia o incumplimiento es consecuencia de una acción humana (ordinariamente por omisión) que puede ser culpable o no culpable*”.

⁵ Artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*”.

⁶ Artículo 29.3 a) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: “*En la determinación normativa del régimen sancionador, así como 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. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad*”.

resultado⁷, debiendo tener en cuenta determinadas circunstancias que intentaremos exponer de la forma más concluyente posible.

Así pues la exigencia de dolo, culpa o negligencia, comporta tal y como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 219/1988, de 22 de noviembre, en su Fundamento Jurídico 3º “*in fine*”, la vigencia del principio de responsabilidad personal por hechos propios, lo que impide que la responsabilidad punitiva recaiga sobre persona ajena al hecho infractor, revistiendo especial importancia en función del caso y del sector al que deba aplicarse⁸.

De este modo, el estado actual del Derecho Administrativo Sancionador, avanza como producto de la evolución y de la realidad actual de la sociedad, influenciado por los principios constitucionales aplicables a la potestad sancionadora, consagrados tanto en nuestro texto constitucional, como en el Capítulo III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya entrada en vigor supuso la introducción de importantes novedades, entre las que podemos destacar, la extensión de los principios de la potestad sancionadora al régimen disciplinario del personal de las administraciones públicas, la ampliación de los supuestos de retroactividad “*in bonus*”, la subjetivación de la responsabilidad, la fijación de criterios para la graduación de sanciones, la definición de infracción continuada o la fijación más precisa del inicio del cómputo de los plazos en relación con la prescripción.

El principio de responsabilidad recogido en el artículo 28 de la Ley 40/2015, introduce importantes novedades, resultando de gran importancia que se reconozca la responsabilidad, no sólo a las personas, sino también a aquellos grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica que puedan llegar a resultar responsables a

⁷ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional nº 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 4º A), resolviendo el Recurso de Amparo 695/1985 en cuanto a la posible inconstitucionalidad de la Ley General Tributaria: “[...] no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento. [...] sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”.

⁸ Determinadas leyes sectoriales -véase la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, posterior Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito- en correcto cumplimiento de este principio, eximen de responsabilidad a quienes hubieran salvado su voto o no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la decisión colectiva, por ejemplo.

la hora de cometer una infracción administrativa, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar.

En su apartado segundo, se hace mención a la posible responsabilidad civil derivada de un ilícito administrativo, la cual deberá ser concretada por el órgano a quien corresponda la potestad sancionadora, previendo el cumplimiento forzoso mediante la vía de apremio por la falta de satisfacción de la posible indemnización derivada de tal responsabilidad, así como la individualización de la responsabilidad solidaria en las sanciones pecuniarias, atendiendo al grado de participación, siempre que sea posible.

Sin embargo, no encontramos referencia expresa a la culpabilidad hasta la lectura del artículo 29.3 a), precepto que junto con el ya citado artículo 28.1 de la Ley 40/2015, constituyen la base de la responsabilidad administrativa en la actualidad. La referencia “al grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad” configura la exigencia de dolo o culpa a la hora de proceder a la imposición de la sanción. Resulta sorprendente la técnica legislativa a la hora de plasmar uno de los principios más importantes del Derecho Administrativo Sancionador, camuflado entre cuatro epígrafes de un sub-apartado del artículo.

Mediante el principio de culpabilidad, expresamente referenciado en la normativa básica estatal, se acaba con la tendencia que veremos reflejada a lo largo del presente estudio, la cual fijaba su punto de partida en una desafortunada expresión, que generaba más oscuros que claros y producía complejas construcciones derivadas de la ambigüedad de la norma predecesora.

2.- CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Asimismo, como ya veníamos adelantando, se puede afirmar que tanto la Ley 40/2015 como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exigen la culpabilidad como elemento para sancionar administrativamente a las personas físicas y jurídicas, propensión que ha venido allanando el propio Derecho administrativo hacia una posible, aunque bastante controvertida, admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, viéndose íntimamente afectados, otros muchos principios inspiradores del Derecho Administrativo Sancionador⁹.

Se contiene entonces, una declaración que posibilita la exigencia de responsabilidad sancionatoria administrativa a las personas jurídicas, estableciendo la graduación de las sanciones en atención al “*grado de culpabilidad*”, configurándola como necesaria para la imposición de la sanción a los posibles sujetos responsables. Sin embargo, las personas jurídicas hacen necesaria, a la vista de sus peculiaridades en cuanto a la imputabilidad de su autoría, tal y como viene aceptando nuestra jurisprudencia, una aplicación de forma distinta, al no encontrar en ellas el elemento volitivo en sentido estricto pero sí la capacidad infractora de las normas a las que se encuentran sometidas¹⁰.

Una vez confirmada la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica, debemos realizar un análisis del estado de la cuestión a la vista de los elementos presentados. En principio, cabe sostener dos alternativas básicas; la elaboración de una forma de culpabilidad específica para las personas jurídicas y, la denominada, culpabilidad por representación. Vamos a referirnos brevemente a ambas para contraponer los elementos más importantes de una y de otra.

⁹ Entre otros, el principio de personalidad de las penas, por ejemplo, en tanto en cuanto no puede aplicarse el gravamen de la posible sanción a todos los miembros que formen parte de la persona jurídica.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 246/1991, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 2º: “[...]Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma.”

2.1.- CONSTRUCCIÓN ESPECÍFICA DE LA CULPABILIDAD PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

La cuestión no admite una toma de posición general, sino que depende del conjunto de circunstancias que se van desarrollando y que implican valorar un conjunto amplio de elementos, debiendo tener en cuenta, que la voluntad de la persona jurídica se manifiesta a través de los órganos integrados en su estructura, siendo las decisiones adoptadas únicamente materializadas por medio de personas físicas¹¹.

A este respecto, GÓMEZ TOMILLO¹² desarrolla un concepto de culpabilidad, en su opinión válido, realizando una recopilación bastante completa de los elementos integrantes del juicio de culpabilidad. Se concibe como punto de partida la dogmática alemana que lo configura como un defecto de organización en caso de infracciones administrativas imputables a personas jurídicas.

Así pues, mediante la consideración de los factores individuales de la persona jurídica en la comisión de la infracción, entiende como un juicio de censura el realizado a la misma, consecuencia de la falta de adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenador y no infractor de la actividad empresarial. Por tanto, propone la realización de un análisis de las circunstancias del caso concreto, que, a su juicio, puede influir a la hora de proceder a determinar la culpabilidad de la persona jurídica, construcción que paso a intentar resumir a continuación:

Entiende que se debe valorar la adecuada vigilancia, supervisión o control llevados a cabo sobre el personal sin poder de dirección (1), pudiendo revestir mayor intensidad en los supuestos en los que el hecho imputable a la persona jurídica, no se deba a la actuación particular de un sujeto sino a un cúmulo de incorrectas operaciones individuales de personas físicas insertas en la estructura propia del ente colectivo (2). También prevé el supuesto en el que se produzca la existencia de instrucciones expresas por parte de personas con poder de dirección frente al trabajador, a fin de que se

¹¹ Especial referencia al marco de la empresa en el que el papel de la persona física no está únicamente adscrito al órgano de la persona jurídica.

¹² GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (2017), “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”. *Revista de Administración Pública*, 203, pp. 57-88.

abstenga de llevar a cabo la conducta reprochable, planteándose si sería suficiente para excluir la culpabilidad social (3).

Tras una primera consideración en el marco organizativo de la persona jurídica, plantea la inclusión de algunos de los rasgos de las personas físicas realmente actuantes u omitentes, para considerar el juicio de culpabilidad de las personas jurídicas, como la presencia o ausencia de causas de disculpa, de inimputabilidad o error de prohibición (4), la atención al carácter doloso o imprudente de la persona física actuante -que entiende será mayor, cuando la conducta del concreto sujeto físico actuante sea intencional- (5) o el nivel jerárquico del autor individual -como indicador del grado de culpabilidad de la empresa- (6).

Destaca que la constatación de cualquiera de estos elementos no determinaría de forma automática la exclusión de la responsabilidad del ente pero serían muy útiles de cara a valorar los programas de cumplimiento normativo en relación al juicio de culpabilidad, tema nuclear en el trabajo al que hemos hecho referencia.

Como materialización de lo anterior, la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de noviembre de 2013, Rec. 176/2012, conoció del Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por el Director General de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (en adelante CajaSur), frente a la Resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 18 de enero de 2012 sobre sanciones a CajaSur y a distintas personas que ejercían cargos de administración y dirección en dicha entidad, por deficiencias en su estructura organizativa, poniendo en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad.

En lo que respecta al Director General, se le imponía una multa por importe de 45.000.-€ por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 n) de la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

La Resolución sancionadora impugnada, declara probadas importantes deficiencias de control interno que afectaban a los principales pilares de funcionamiento de la Caja, la falta de aplicación en el plazo otorgado del Plan de Actuaciones diseñado por el Banco de España para garantizar la viabilidad de la entidad y el mantenimiento al menos durante seis meses, en una situación de infra-capitalización.

El Banco de España calificó el perfil del riesgo de dicha caja en “alto”. Esta Sentencia, al igual que las dictadas por la Audiencia Nacional de fechas 22 de febrero de 2013 (Rec. 717/2012)¹³ y 22 de mayo de 2013 (Rec.128/2012)¹⁴ y (Rec. 115/2012)¹⁵, desestima íntegramente todos los recursos interpuestos.

No hemos logrado encontrar Sentencia alguna en relación a la sanción impuesta a título institucional a la propia Caja, lo que nos hace pensar que la Resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 18 de enero de 2012 no fue recurrida por la misma. Así pues, de esta presentación jurisprudencial se desprende que en los supuestos de deficiencias organizativas tan claras, poco o nada se puede alegar, siendo una reflexión a tener en cuenta el supuesto de la existencia de un programa de cumplimiento normativo anterior a los hechos declarados probados en las Sentencias mencionadas¹⁶.

A modo de apunte, debemos hacer constar que nada tiene en cuenta GÓMEZ TOMILLO sobre el posible supuesto en el que el trabajador toma parte directa en la comisión de la infracción, consecuencia de una decisión empresarial que le es ajena o el caso del empleado que en el ámbito de la actividad propia de la persona jurídica en la que se integra, lleva a cabo un hecho tipificado como infracción y, sin embargo, no se contempla a esta persona entre los posibles sujetos infractores (o su conducta no es culpable), respetando el marco organizativo de la persona jurídica.

Asimismo, en cuanto a los factores individuales propuestos, entendemos que la persona jurídica podrá incurrir en responsabilidad institucional si se pudiese llegar a considerar participe en la infracción. En ciertos casos, como parece querer expresar GÓMEZ TOMILLO, si las personas físicas que integran los órganos de representación conocieren que materializan una voluntad ilícita, podría exigírseles responsabilidad de forma cumulativa.

Del mismo modo, tal y como ya expusiera en su pionero y acertado trabajo DE PALMA DEL TESO -del cual parecen haber bebido los autores que intentan abordar el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador-, no debemos

¹³ Respecto a uno de los miembros y Vicepresidente Segundo del Consejo de Administración.

¹⁴ Respecto del Vicepresidente ejecutivo y tercero y de diez vocales del Consejo de Administración.

¹⁵ Respecto del Vicepresidente del Consejo de Administración.

¹⁶ En este sentido, véase, GOMEZ TOMILLO, Manuel, “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento” op. cit., en cuyo epígrafe: *Especial consideración de los programas de cumplimiento adoptados con carácter previo a la comisión de la infracción administrativa* pp. 78-86 profundiza sobre esta cuestión.

olvidar que la persona jurídica manifiesta su voluntad y actúa a través de la acción de algunos de sus órganos, por ello, se imputa directamente la infracción a la persona jurídica cuando la acción de los órganos de representación y administración sea la simple materialización de su voluntad¹⁷.

No obstante, la construcción de la imputabilidad de la autoría de la infracción a las personas jurídicas y el reconocimiento de la plena capacidad de éstas tanto para ser sujetos activos de infracciones administrativas como para soportar sanciones, no configura de forma eficaz la finalidad preventiva, la cual debe avanzar hacia una mayor individualización de la responsabilidad en el caso de las infracciones cometidas en el seno de las personas jurídicas.

2.2.- CULPABILIDAD POR REPRESENTACIÓN

En cuanto a la culpabilidad por representación, conviene apuntar que se trata de una opción no asumida en nuestro derecho pero se debe destacar que a nivel autonómico, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de País Vasco¹⁸, pretendió acomodar el principio de culpabilidad a la imputación de infracciones a las personas jurídicas, cuyo sometimiento obligaba a referir el juicio de culpabilidad a las personas físicas que determinasen la voluntad de las mismas.

No obstante, evitar tan complejo proceso de enjuiciamiento de la culpabilidad de las personas jurídicas, podía provocar importantes desigualdades, debiendo recordar el tenor literal del artículo 29.3 a) de la Ley 40/2015 en cuanto a la graduación de la sanción en función del “*grado de culpabilidad*” y el propio principio de personalidad de las sanciones, como conjunto necesario vigente para la imposición de sanciones a personas físicas y jurídicas.

¹⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles, (1996). “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”, op. cit., p.202.

¹⁸ Artículo 9.3 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de País Vasco: “*Cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquella en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar. En estos casos, no se podrá sancionar, por la misma infracción, a dichas personas físicas*”.

Su propia exposición de motivos, contempla una justificación de la decisión legislativa adoptada, si bien, 20 años después y con los debidos respetos, debemos rechazar. Haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional, se venía sosteniendo que el reconocimiento de la capacidad infractora de las personas jurídicas no conllevaba la exclusión del principio de culpabilidad, sino la adaptación de dicho principio a la peculiaridad de la persona jurídica, afirmando que no podían someterse a un juicio de culpabilidad, por lo que los actos de las personas físicas, cuando actuaban como instrumento de las personas jurídicas, se imputaban a éstas. Naturalmente, para que en estos casos la imputación de la persona jurídica pudiera darse, tenía que ser ella, como tal, la destinataria de la norma en cuyo incumplimiento consistía la infracción.

La presentación de estas dos alternativas, ha hecho imprescindible la introducción de numerosas singularidades en cuanto a la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador a las personas jurídicas, las cuales debemos tener en cuenta a la hora de enjuiciar su culpabilidad¹⁹. No obstante, el ámbito de aplicación en el que se centra este estudio, no simplifica la cuestión, más bien al contrario, incluye un marco normativo y un contexto económico y social del que deriva dicha normativa, que no hacen sino aportar mayor complejidad en cuanto la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador bancario.

¹⁹ Debemos tener en cuenta, tal y como expresa CANO CAMPOS, Tomás (2018), “Sanciones Administrativas”, Madrid, Francis Lefebvre, *“Para que las personas jurídicas sean responsables de las infracciones administrativas no es precisa una consagración específica de su responsabilidad en cada sector o para cada tipo de infracción como ocurre en el Derecho penal (CP art. 31 bis) sino que basta con que el tipo infractor de que se trate pueda ser realizado por una persona jurídica”*.

3.- SINGULARIDADES DEL DERECHO SANCIONADOR BANCARIO

3.1.- INTERESES PÚBLICOS EN JUEGO

Nuestro Estado de Derecho ha venido atribuyendo a los poderes públicos diferentes tareas²⁰, como encomienda de la satisfacción de los intereses generales. Desde una perspectiva jurídico-pública, debido en parte a las numerosas experiencias internacionales e internas acumuladas a lo largo de los últimos años, se puso de manifiesto la absoluta necesidad de someter a las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soportaban los restantes sectores económicos, ya que el sector financiero y, en especial, el bancario, desempeñan un papel económico vital como canalización de la transformación del ahorro en la financiación de empresas, familias y Administraciones Públicas.

Así pues, en el caso concreto de la actividad financiera, es competencia de los poderes públicos garantizar la estabilidad bancaria y financiera²¹, así como la necesaria protección de los inversores y clientes, ya que el acceso al crédito en condiciones competitivas resulta condición indispensable para el crecimiento de la economía, se encuentra íntimamente relacionado con la creación de empleo y con la riqueza nacional y hace posible la existencia de una oferta suficiente de servicios financieros que permita el desarrollo y crecimiento de la economía real.

El estudio de las novedades de la regulación bancaria de los últimos años, las medidas de intervención acordadas en coherencia a los principios constitucionales y europeos, la incidencia de los poderes públicos en el sector bancario -tomando decisiones que alcanzan al núcleo del negocio de las entidades de crédito-, entre otros muchos factores, permiten aventurar la posibilidad de encontrarnos ante un cambio, sino de modelo, de concepción regulatoria, debiendo analizar si dicha modificación resulta

²⁰ Distribución de funciones, establecimiento de limitaciones e imposición de deberes a los poderes públicos.

²¹ Sobre el particular, me remito a GARCIA-ANDRADE GOMEZ, Jorge (2014), “La garantía del Estado frente a la crisis económica”, *Revista de Administración Pública*, 201, pp. 101-129.

constitucionalmente factible²², así como la estructura de responsabilidad que se derive de la mayor intensidad de la presencia del poder público en la misma, aumentando las prohibiciones, imponiendo más obligaciones y atribuyendo más potestades y margen de decisión a los reguladores.

El objetivo es claro, evitar que en un futuro se reproduzcan situaciones como las vividas con anterioridad debiendo velar por el interés general, tarea que conlleva gran complejidad si tenemos en cuenta la conexión de éste con el funcionamiento global de la economía, lo que ha condicionado las modificaciones normativas a todos los niveles regulatorios y que a día de hoy todavía no han terminado.

La reacción normativa tras la gravedad y emergencia de la crisis, se centra en la delimitación taxativa de la actividad bancaria como elemento que justifica la particularidad e intensidad de la regulación. El supervisor de dicha actividad resulta omnipresente y sus criterios condicionan cada decisión que adoptan las entidades de crédito, por lo que la necesidad de evitar y controlar los riesgos inherentes a la actividad financiera, tanto para los depositantes como para la estabilidad del sistema financiero en general, resulta ineludible.

3.2.- UNION EUROPEA Y NORMATIVA APLICABLE

Las herramientas diseñadas por el Derecho bancario para garantizar la solvencia de las entidades de crédito han evolucionado enormemente, siendo también la materia en la que más ha avanzado la integración normativa europea con la aprobación de la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 575/2013, cuyo objeto y finalidad es la coordinación de las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión, sus mecanismos de gobierno y su marco de supervisión.

Tanto la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y como la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14

²² SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2014). “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”. En: *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Navarra, Aranzadi (libro colectivo que ella misma dirige).

de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, fueron modificadas sustancialmente por razones de claridad y a fin de garantizar una aplicación coherente, siendo necesario recogerlas en un nuevo acto legislativo aplicable tanto a las entidades de crédito como a las empresas de inversión. Por ello, procede tratar de forma conjunta la Directiva 2013/36/UE en relación con el Reglamento (UE) 575/2013 puesto que ambos constituyen el marco jurídico que rige las actividades bancarias, el marco de supervisión y las normas prudenciales aplicables a las entidades de crédito y a las empresas de inversión.

Mediante dicha actividad legislativa comunitaria se establecen los requisitos prudenciales generales, los cuales deben ser complementados con las medidas individuales que decidan las autoridades competentes, a raíz de la revisión supervisora permanente que llevan a cabo de las entidades de crédito y las empresas de inversión. A fin de velar porque las entidades, es decir, aquellos que controlan de manera efectiva la actividad de una entidad y los miembros del órgano de dirección de una entidad, cumplan con las obligaciones que se derivan de la mencionada Directiva y del Reglamento (UE) 575/2013, procede obligar a los Estados miembros a prever sanciones administrativas y otras medidas administrativas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. Así pues, las sanciones administrativas y otras medidas que se puedan establecer deben satisfacer determinados requisitos esenciales en relación con los destinatarios, los criterios a tener en cuenta a la hora de aplicarlas, su publicación, las principales facultades sancionadoras y los niveles de las sanciones pecuniarias administrativas.

De este modo, tal y como expresa Salvador Armendáriz, la constatación de que son decisiones humanas -de gestores, banqueros o inversores- las que finalmente contribuyen a generar el riesgo acumulado del sistema financiero, ha hecho que el regulador fije especialmente su atención en el control de los aspectos personales de la regulación²³.

La vinculación de la crisis de las entidades de crédito con la generación de riesgos, es la razón que justifica las nuevas e intensas herramientas de intervención, herramientas que afectan incluso a los principios y normas que deben regir el gobierno

²³ SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2014). “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”, op. cit., p. 126.

corporativo de la propia entidad y los aspectos personales de cada persona que lo integre, entendido en algunos casos como contruidos sobre una cimentación débil que contribuye a una asunción excesiva e imprudente de riesgos en el sector bancario, lo que ha llevado al hundimiento de diversas entidades y a problemas sistémicos a nivel mundial.

La propia normativa europea comienza entonces, la búsqueda de las causas que han propiciado la situación de crisis soportada, para ello, centra su atención en las estructuras de gobierno. Se cuestiona el carácter sumamente general de las disposiciones en materia de gobierno corporativo, la falta de vigilancia efectiva del proceso decisorio de la dirección y la indefinición de las funciones de las autoridades competentes en la vigilancia de los sistemas de dicho gobierno, entendiéndose que puede favorecer, la adopción de estrategias de gestión excesivamente arriesgadas.

Es por ello que entiende necesaria, a fin de subsanar los posibles efectos perjudiciales de unas estructuras de gobierno corporativo mal concebidas en base a una gestión cabal del riesgo, la introducción de principios y normas que garanticen una vigilancia efectiva por parte del órgano de dirección, que fomenten una cultura del riesgo adecuada en todos los niveles de las entidades de crédito y las empresas de inversión y que permitan a las autoridades competentes vigilar la idoneidad de los mecanismos de gobierno interno.

Asimismo concibe necesario el control de los aspectos personales que han de tener las personas que ostenten los cargos de representación y alta gestión, puesto que ha quedado demostrado a lo largo de los últimos años que el comportamiento individual de las personas con responsabilidad y capacidad de decisión en el seno de las entidades de crédito puede determinar la asunción de riesgos excesivos y, en consecuencia, afectar a la salud y estabilidad de dichas entidades y al conjunto del sistema financiero.

De este modo y como ampliación al Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave, el Parlamento Europeo y el Consejo, aprobó la Directiva 2013/36/UE incluyendo importantes novedades vinculadas con el régimen jurídico de idoneidad.

Esta parece ser la orientación de algunos de los nuevos elementos recogidos en la regulación establecida por el grupo normativo compuesto por el Reglamento (UE) 575/2013 y la Directiva 2013/36/UE, así como las previsiones contenidas respecto a las tareas de supervisión encomendadas al Banco Central Europeo por el Reglamento 1024/2013/UE, por el que se encomienda a dicho órgano las tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. Así pues, en el esquema europeo introducido, debemos diferenciar las distintas autoridades y sistemas de supervisión existentes, fruto de la tesitura económica vivida en los últimos diez años.

El Mecanismo Único de Supervisión (MUS) es un sistema de supervisión bancaria en Europa, integrado por el Banco Central Europeo y las autoridades supervisoras competentes de los países de la Unión Europea participantes (en España, el Banco de España). Por su parte, el Banco Central Europeo se configura como la institución de la Unión Europea que constituye el núcleo del Euro-sistema y del Mecanismo Único de Supervisión, siendo su principal objetivo, en lo que aquí interesa, velar por la seguridad y la solidez del sistema bancario europeo.

Para ello, cuenta con distintas autoridades a nivel nacional e internacional, totalmente diferentes y que no debemos confundir. Mientras que el Banco de España, es el banco central nacional y, en el marco del Mecanismo Único de Supervisión, el supervisor del sistema bancario español junto al Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea es una autoridad independiente de la UE que trabaja para garantizar un nivel efectivo y coherente de regulación y supervisión prudencial en todo el sector bancario europeo, cuyos elementos coordinadores no solo afectan a los países de la zona euro, sino que son concebidos en un ámbito de aplicación más amplio.

3.3.- COMPETENCIAS Y POTESTADES DEL BANCO DE ESPAÑA

En nuestro Derecho interno, el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa europea fue el primero en incorporar el planteamiento descrito. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, fruto de los graves efectos ocasionados por la inviabilidad de ciertas entidades de crédito sin apoyos financieros -

los cuales hicieron necesaria la intervención pública para acometer su saneamiento y reestructuración- se constituyó como una nueva regulación para asegurar un marco en el que dichas entidades ejerciesen sus actividades, vitales para la economía y, muy perjudiciales para el interés público si no se llevan a cabo de forma diligente, con el menor riesgo posible para la estabilidad financiera del país.

Y es que, como ya hemos venido adelantando, la evolución internacional del Derecho bancario y la crisis financiera dejaron patente la necesidad de mejorar la calidad de la regulación prudencial de las entidades de crédito²⁴, y en este contexto, se produjo la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la cual contiene el núcleo esencial del régimen jurídico aplicable a este tipo de entidades²⁵, atribuyendo al Banco de España el régimen de supervisión, inspección y sanción de las mismas, debiendo realizar un análisis de la normativa española en su conjunto.

Debemos tener en cuenta en este sentido, que la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, establece un status singular que regula dicho ente, el cual está concebido como encargado de supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida.

El Banco de España se configura entonces, como Autoridad Administrativa Independiente de naturaleza especial y estatuto singular, al encontrarse inserto en un sistema europeo, con capacidad para el ejercicio de potestades administrativas respecto de los actos que dicte en el ejercicio de las funciones encomendadas, en virtud de lo establecido en el artículo 1 apartado 2 de la Ley que le otorgó su autonomía, correspondiéndole el control e inspección tanto de las entidades de crédito como de las sociedades que se integren en el grupo de la afectada en la medida que sea necesario.

²⁴ Artículo 69 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: *“El Banco de España exigirá a las entidades de crédito el mantenimiento de recursos propios superiores a los establecidos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68.2.a) [...]”*.

²⁵ Sin perjuicio de otras normas especiales que regulan aspectos concretos de su actividad o el régimen jurídico particular de un tipo específico de entidad de crédito (Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias).

Igualmente, le corresponde la supervisión de los grupos consolidables²⁶ y entidades de crédito, así como el ejercicio de la correspondiente función sancionadora, incluyéndose entre las entidades sujetas a estas potestades, las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, respecto al cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina, en virtud de lo establecido en el artículo 4.2 f) de la Ley 10/2014.

Aunque se concibe como una Autoridad Administrativa Independiente, deberá dar cuenta de la imposición de sanciones muy graves al Ministro de Economía y Competitividad, además de informar trimestralmente sobre los procedimientos en tramitación y las Resoluciones adoptadas, comunicar a la Autoridad Bancaria Europea las sanciones impuestas, así como cualquier recurso contra las Resoluciones que hayan dado lugar a las mismas e informar anualmente a las Cortes Generales de las actuaciones que hayan dado lugar a sanciones muy graves.

Asimismo, en materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco de España quedará sometido no sólo a lo dispuesto en las leyes, sino también a las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas, siendo sus actos y resoluciones administrativas susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda.

Del mismo modo, en tanto que la actividad de las entidades de crédito se circunscribe en un entorno cada vez más integrado, resulta preciso regular las relaciones del Banco de España con las demás autoridades supervisoras y, en particular, con la Autoridad Bancaria Europea.

En este contexto conviene subrayar que desde la entrada en vigor del Mecanismo Único de Supervisión en la Unión Europea, el 4 de noviembre de 2014, el Banco de España ejercerá sus funciones de supervisión de entidades de crédito en cooperación y sin perjuicio de las competencias que serán directamente atribuidas al

²⁶ De acuerdo con lo dispuesto en las normas primera y tercera de la Circular 4/2004 del Banco de España, se entiende que existe un “Grupo consolidable de entidades de crédito” cuando una entidad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras entidades, siempre que la entidad dominante sea una entidad de crédito o tenga como actividad principal la tenencia de participaciones en una o más entidades de crédito que sean dependientes y aquellos grupos en los que, incluyendo a una o más entidades de crédito, la actividad de éstas sea la más importante dentro del grupo. Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre Recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento 1024/2013 (UE) del Consejo, de 15 de octubre de 2013, el cual encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

La actividad supervisora del Banco de España, incide de una forma muy intensa en el ejercicio de la libertad de empresa por parte de las entidades de crédito, con una profundidad interventora mayor que las empleadas en otras áreas de actividad económica, siendo totalmente necesaria para la prevención y gestión adecuadas de los riesgos financieros, fomentando a su vez, las condiciones de financiación más favorables para la economía.

A la hora de delimitar las competencias del organismo europeo y del organismo nacional debemos atender al Reglamento 468/2014/UE del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes (Banco de España) el cual realiza una diferenciación entre supervisión directa de entidades de crédito significativas, correspondiente al Banco Central Europeo, y supervisión directa de entidades menos significativas, correspondiente al Banco de España.

Así pues, la distribución de las competencias de supervisión se realiza por la normativa regulatoria del Mecanismo Único de Supervisión a través de su clasificación de entidades, diferenciando entre significativas o menos significativas, siendo ampliamente superior el margen de entidades consideradas significativas, cuya supervisión queda encomendada al Banco Central Europeo.

De la clasificación realizada resultan 120 grupos consolidados europeos que representan el 85% de los activos bancarios de la zona euro. Esto quiere decir que las entidades menos significativas, cuya supervisión corresponde al Banco de España no aglutinan ni una quinta parte de la gestión que realiza el Banco Central Europeo, por lo que los encargados de realizar la actividad supervisora, los denominados equipos conjuntos de supervisión, se encuentran formados en sus tres cuartas partes por personal procedente o designado por el Banco de España.

El sector financiero se encuentra saturado en cuanto a regulación normativa se refiere, llegando a un punto en el que ni si quiera la persona formada en derecho puede centrar las disposiciones aplicables al caso concreto, tal y como se pone de manifiesto en la reciente Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2019, Rec. 912/2017, en la cual se resuelve la inadmisión de una reclamación patrimonial por el supuesto incumplimiento de las obligaciones de supervisión del Banco de España. La construcción por parte del recurrente resulta muy interesante, entendiendo que la situación de insolvencia o falta de liquidez del Banco Popular y por ende, los perjuicios soportados por su representado²⁷, se encuentran en íntima relación con obligaciones incumplidas por el Banco de España, imputables directamente a este organismo autónomo en la modalidad de funcionamiento anormal de la Administración.

La argumentación realizada por la recurrente basada en la legislación estatal, olvida que, conforme a lo dispuesto en el Reglamento 1024/2013/UE, tras la entrada en funcionamiento del Mecanismo Único de Supervisión, la competencia supervisora de las entidades significativas, entre las que se encuentra Banco Popular, corresponde al Banco Central Europeo en exclusiva, viendo rechazadas todas sus pretensiones. Ejemplo claro éste, de la intensidad supervisora en el sector, no pudiendo aventurar si se trata de un simple error por parte del recurrente en la formulación de la correspondiente reclamación o si por el contrario, la propia legislación aplicable al caso concreto resulta tan amplia y fragmentaria, que se configura como una legislación confusa.

Como consecuencia del amplio sistema de integración y de la difícil coordinación entre las distintas autoridades en aplicación de los mecanismos adoptados, se producen ciertas disfunciones en el ejercicio de las competencias atribuidas a cada uno de los organismos en cuestión. Ejemplo de ello resulta del procedimiento de autorización administrativa previa necesaria para la realización de la actividad, en la actualidad otorgada por el Banco Central Europeo, en virtud de lo establecido en los Reglamentos de la Unión Europea y en el Real Decreto 84/2014, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades

²⁷ Una sociedad limitada afectada por la pérdida patrimonial de una determinada cantidad correspondiente al valor total de las obligaciones de las que era titular en la citada entidad bancaria.

de crédito, con la cual entra en contradicción directa al establecer en su artículo 4.2 a) la competencia de dicha autorización al Banco de España, sin condicionante alguno²⁸.

La inusitada intensidad en el sector, se pone de manifiesto a la hora de estudiar las facultades de intervención de las que goza, véase, la posible presencia permanente en la entidad de crédito (art. 55.3 letra b), la sustitución provisional del órgano de administración (art. 70.1), la imposición de obligaciones y prohibiciones referidas a sus recursos propios, riesgos, remuneraciones, etc. (art. 68.2) o incluso la intervención de la propia entidad. Asimismo, para poder habilitar a los supervisores de potestades a imponer obligaciones de tipo preventivo (art. 69.1) se requiere, previamente a su ejercicio, conocer la situación de solvencia de la entidad en cuestión.

De forma complementaria a la potestad de supervisión y, en definitiva, como una herramienta imprescindible para el ejercicio de la misma, se atribuye al Banco de España la facultad de inspección, que se configura como un medio de obtener información para alcanzar un conocimiento adecuado de las entidades supervisadas, a partir de la cual el Banco de España puede determinar el perfil de riesgo supervisor de cada entidad y, en su caso, tomar las medidas necesarias.

Esta facultad no tiene un reconocimiento expreso en la Ley de Autonomía, aunque debe entenderse recogida dentro de las competencias de supervisión de la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito que atribuye al Banco de España el artículo 7.6 de la Ley de Autonomía. En la actualidad, queda expresamente recogida en el artículo 50.2 d) de la Ley 10/2014, donde se realiza una mención de forma general a las potestades de inspección del Banco de España²⁹.

La Ley no concreta las distintas modalidades de inspección ni los requisitos de legalidad que deben observarse en la realización de estas actividades. Esta deficiente regulación sobre una materia tan importante, unida a una debilitada autonomía funcional de los inspectores del Banco de España, nos lleva a preguntarnos donde se encuentran los requisitos y límites al ejercicio de la inspección del Banco de España.

²⁸ Al contrario que su artículo 89.5 al establecer su potestad sancionadora sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento 1024/2013 (UE).

²⁹ La Ley distingue esta facultad de las otras enunciadas en los apartados anteriores (requerimiento de información, examen de libros, obtención de copias, etc.).

No obstante, ni debemos ni podemos detenernos a analizar esta cuestión³⁰, si bien, lo dicho pone de manifiesto la necesidad de que se regule el régimen jurídico de la inspección del Banco de España, en tanto se trata de una actividad restrictiva o limitadora de derechos e intereses legítimos de los particulares, cuyos derechos fundamentales pueden verse afectados por el ejercicio de dicha actividad.

Como actividad de cierre de la función supervisora, se configura la potestad sancionadora ejercida sobre los sujetos y mercados cuyo control e inspección corresponde al Banco de España, concebido como un mecanismo encaminado a garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

Cuestión que no debemos pasar por alto, ya que entre la denominada función supervisora del Banco de España en todas sus formas y el ejercicio de la potestad sancionadora, existen grandes diferencias en cuanto a su fundamento ya que, si bien su régimen jurídico, *a priori* puede parecer el mismo, los principios enunciados a lo largo del presente trabajo -susceptibles de amparo por el Tribunal Constitucional- únicamente son invocables en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

En conexión directa con la diferenciación de los distintos procedimientos y/o actuaciones, la reciente Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 19 de junio de 2019, Rec. 193/2018, pone de manifiesto la confusión con la que actúa la parte actora, a la hora de recurrir la inadmisión de un recurso de alzada por la inexistencia de acto recurrible alguno. En un contexto de solicitud de información y de recopilación de datos, el Banco de España realizó diferentes actividades supervisoras en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, entendiendo la recurrente que se había incoado el correspondiente procedimiento sancionador y que la función supervisora del Banco de España, en este supuesto consagrado en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 10/2014, se subsumía en la tramitación del mismo.

Sin embargo, la Resolución es clara y concisa, las solicitudes de información y las actividades inspectoras con fundamento en la mencionada disposición, son actuaciones con sustantividad propia y distinta y ajena, al expediente sancionador. Este

³⁰ Para saber más al respecto: CHINCHILLA MARIN, Carmen (2015), “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 102.

segundo ejemplo, hace cuestionarnos si también estamos ante un error, tal y como parecía desprenderse de la Sentencia analizada anteriormente o si nos encontramos ante una legislación manifiestamente confusa, lo que, tal y como analizaremos más adelante, pudiera configurarse como determinante en el correspondiente juicio de culpabilidad.

En cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, este corresponde íntegra y exclusivamente, al Banco de España, quien instruye y resuelve los expedientes sancionadores, imponiendo todas las sanciones, con independencia de su gravedad. Si bien, tras la implantación del Mecanismo Único de Supervisión, la cual supuso la atribución de competencias sancionadoras al Banco Central Europeo, se produce cierto solapamiento entre, la pervivencia de normas nacionales y de la Unión Europea y las funciones en relación con los supervisores nacionales. Dentro de la supervisión prudencial atribuida al Banco Central Europeo, y respecto a lo que interesa en el presente estudio, existen determinadas situaciones en las que el Banco Central Europeo no resulta competente para sancionar³¹.

Se prevé la posibilidad de que el Banco Central Europeo se dirija a las autoridades nacionales para que incoen los correspondientes procedimientos sancionadores, quedando obligados a la apertura de los mismos. Tal previsión no puede entenderse hasta el punto de predeterminar la decisión o el resultado que se derive de la tramitación del procedimiento por parte de las autoridades nacionales en el ejercicio de sus competencias. Dicho lo anterior, debemos destacar que una vez iniciado el expediente, las autoridades nacionales no se encuentran obligadas a culminarlo con la imposición de una sanción, pues la potestad sancionadora habilita al Banco Central Europeo a requerir la colaboración de las autoridades nacionales.

³¹ Estas limitaciones han sido objeto de estudio, al cual nos remitimos: ESTEBAN RIOS, Javier (2019) “La imposición de sanciones por parte del Banco Central Europeo y de las autoridades nacionales en el marco del Mecanismo Único de Supervisión: un enrevesado reparto competencial”. En BELANDO GARIN, B., (Dir.) *Potestad sancionadora y MIFID II* (pp. 145-156), Navarra, Aranzadi.

3.4.- ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA LEY 10/2014, DE 26 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO.

La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito supone una transposición de la normativa europea de regulación bancaria en la supervisión de entidades de crédito, mediante la cual se introducen cambios significativos en materia de gobierno corporativo, exigencias a las entidades de crédito y responsabilidades de supervisión sobre esta área.

La entrada en vigor de la Ley 10/2014, ha sustituido al último cuerpo legal de regulación y ordenación bancaria, derogando las leyes que lo conformaban -dispersas y fragmentadas- configurándose como una verdadera ley de cabecera del ordenamiento jurídico bancario en la actualidad. La Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros o la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, entre otras, fueron objeto de esta amplia derogación.

La Unión Europea trasladó a su ordenamiento jurídico los acuerdos de Supervisión Bancaria del Comité de Basilea mediante el Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

En España, comenzó la transposición de la Directiva 2013/36/UE con el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. Si bien la normativa europea y más concretamente el Reglamento (UE) 575/2013, debido a su incorporación directa como normativa de ordenación y disciplina española, ha producido un fuerte impacto en los ordenamientos nacionales en este ámbito, la Ley 10/2014 recoge las disposiciones en la materia que deben mantenerse en nuestro Derecho interno.

La Ley 10/2014, fue la encargada de adaptar tan amplia normativa supranacional, regulando los aspectos generales del régimen jurídico de acceso a la actividad como entidad de crédito, el funcionamiento y los factores individuales de quienes forman parte de sus órganos de gobierno, el régimen de participaciones significativas y los instrumentos supervisores y sancionadores a ejercer por las autoridades en aras a garantizar la plena eficacia de la normativa.

Asimismo, esta Ley incorpora la normativa básica sobre infracciones y sanciones en el ámbito bancario, siguiendo el esquema marcado por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Se introducen las modificaciones precisas para transponer la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, lo que afecta principalmente a la inclusión de un abanico muy amplio de sanciones y a la modificación de la cuantía y forma de cálculo de las infracciones aplicables.

En primer lugar, debemos analizar los sujetos pasivos de la responsabilidad administrativa consagrada en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo artículo 89 establece una previsión bastante completa de los mismos³², bajo la denominación “Disposiciones generales”, dejando abierta tal clasificación a las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico (art. 89.4 d).

Dicho artículo establece los sujetos responsables, de los hechos que puedan acarrear la imposición de sanciones, encontrándose sometidos a la potestad sancionadora del Banco de España, tanto las personas jurídicas como las personas físicas. Si bien contempla la responsabilidad imputable a una entidad de crédito y a los cargos de administración o dirección de la misma, deja claro su carácter independiente entre una y otra.

En segundo lugar, tanto el artículo 91 como el artículo 92 de la Ley 10/2014, tipifican con todo lujo de detalles las infracciones, muy graves y graves,

³² Artículo 89.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: “Las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título.

La responsabilidad imputable a una entidad de crédito y a los cargos de administración o dirección de la misma serán independientes. La falta de incoación de expediente sancionador o el archivo o sobreseimiento del incoado contra una entidad de crédito no afectará necesariamente a la responsabilidad en que pueden incurrir los cargos de administración o dirección de la misma, y viceversa”.

respectivamente, derivadas de los posibles aspectos que puedan darse en la regulación bancaria.

Se trata de una tipificación amplísima que unida a las disposiciones del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y del Real Decreto-ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales, hacen de la actividad financiera, un verdadero “deporte de riesgo” para quien ostente un cargo de administración o dirección en una entidad financiera.

En ambos preceptos se diferencian dos grandes bloques en función de los sujetos responsables de las infracciones. La calificación de las infracciones en muy graves y graves a la vista de las consecuencias sancionatorias previstas, resulta desproporcionada respecto a las personas que ejerzan cargos de administración o dirección, si atendemos al abanico de posibilidades previsto a la hora de imponer la sanción, esto es, multas de importe estratosférico³³, suspensión del ejercicio del cargo, separación del cargo y/o inhabilitación, entre otras³⁴.

Nos resulta igualmente desproporcionada en cuanto a la graduación que pueda llevarse a cabo en relación con la persona jurídica, pudiendo alcanzar el 5% del volumen de negocios neto anual total. No obstante, el perjuicio que puede causar en un patrimonio individual la imposición de una sanción de hasta 5 millones de euros, en el caso de infracciones muy graves o, de 2,5 millones, en el caso de infracciones graves no es comparable. Del mismo modo, en relación con las circunstancias personales, la sanción de inhabilitación, separación y/o suspensión del cargo que se ostente, resulta igualmente mucho más perjudicial.

Todo ello, como ya veníamos adelantando, con independencia de la sanción que corresponda imponer a la entidad de crédito, siempre y cuando sean considerados responsables de la infracción.

Tras esta primera presentación poco halagüeña del “riesgo personal” en relación con el panorama sancionador actual, debemos centrar nuestra atención en el artículo 103

³³ En un ejercicio comparativo respecto a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, encontramos la multa máxima por infracción muy grave limitada a un importe de 60.000.-€.

³⁴ Para saber más acerca del tema: FERNANDEZ-ESPINAR, Luis Carlos (2009), “La potestad sancionadora de la Administración financiera”, *Documentación Administrativa*, pp. 241-290.

de la Ley 10/2014, que bajo el título “Criterios para la determinación de sanciones”, introduce los principios del Derecho Administrativo Sancionador, ya sea de forma explícita o implícita, debiendo resaltar algunos de estos criterios en base a su relación directa con el principio de culpabilidad.

En primer lugar, se hace referencia al grado de responsabilidad en los hechos, lo que atiende a una necesidad de graduación en cuanto a la responsabilidad en las actuaciones infractoras. Dicha graduación será el resultado de ponderar las circunstancias concretas de los sujetos responsables en la supuesta infracción.

Sorprenden determinados criterios establecidos en dicho artículo como determinantes para la imposición de las sanciones: “La solidez financiera de la persona física responsable de la infracción reflejada, entre otros elementos objetivables, en los ingresos anuales de la persona física responsable”, “La conducta anterior del infractor en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años” o “El nivel de cooperación con la autoridad competente”, criterios que tal y como los presentamos, podrían aparecer insertos en algún Fundamento Jurídico de una Sentencia de la jurisdicción penal.

Dicho precepto, parece omitir de forma intencionada la referencia expresa al principio de culpabilidad. No obstante, la omisión de la norma expresa mucho más que la literalidad de la misma. El grado de responsabilidad, la subsanación de la infracción o el nivel de representación, no son sino referencias indirectas a un principio inspirador y necesario a la hora de determinar la responsabilidad, esto es, el principio de culpabilidad.

En este sentido, el artículo 104.1 de la Ley 10/2014, establece un primer atisbo de principio de culpabilidad aplicable a los cargos de administración o dirección³⁵, al introducir el elemento de la conducta dolosa o negligente.

En contradicción directa, el tenor literal de su apartado 2, articula una responsabilidad tendencialmente objetiva si en el supuesto enjuiciado no se han llevado a cabo las obligaciones establecidas en dicho apartado. Se cuestiona entonces, a medida

³⁵ Artículo 104.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: “*Quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente*”.

que avanzamos en el análisis de la Ley 10/2014, hasta qué punto, la acreditación del cumplimiento de las obligaciones referenciadas, no constituye una inversión de la carga de la prueba, soportada por quienes ejerzan cargos de administración o dirección en la entidad financiera.

Si tenemos en cuenta la redacción de la norma será necesario poder acreditar que se realizó la acción concreta prevista en la misma, por quien se encuentra en la alta esfera de la entidad en cuestión, para no considerarlo sujeto responsable de la conducta irregular³⁶.

A este respecto, la tendencia de los Tribunales a la hora de aplicar su precepto homónimo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, ha sido la imposición de unos estándares de diligencia y cumplimiento de obligaciones desproporcionados, lo que unido a la falta de unas directrices comunes para lograr una aplicación del principio de culpabilidad con las suficientes garantías, recogido de forma expresa en la Ley 40/2015, nos ha dejado diversas Resoluciones judiciales configuradoras de un sistema de responsabilidad con tintes muy objetivos, que los Tribunales se han visto en la obligación de construir a través de sus razonamientos, en tanto en cuanto no se cumpliesen las obligaciones o actuaciones correctoras y/o preventivas establecidas en la propia normativa.

³⁶ A este respecto, compartimos la reflexión de PELLEGRINO, Diego (2014). “La potestad sancionadora en el sector bancario. Aproximación jurisprudencial”. En M.A. SALVADOR ARMENDARIZ, (Dir.) *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho* (pp. 397-425), Navarra, Aranzadi. “Luego, cuando no se den estos supuestos de <<exoneración>>, serán considerados responsable, estableciendo una presunción de culpabilidad *iuris tantum*, que tendrán que ser los administradores o los miembros del órgano de administración, los que prueben o demuestren que se encuentran dentro de una causa de las establecidas por la Ley que le exime de responsabilidad”.

4.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EXPUESTA EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Llegados a este punto, una vez analizados los presupuestos contenidos en la norma y el panorama social actual, debemos centrar la mirada en las distintas Resoluciones judiciales que se han venido sucediendo a lo largo de los últimos años, de cara a valorar la interpretación por parte de Jueces y Tribunales en relación con el principio de culpabilidad. De este modo, analizamos varias Sentencias tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, que nos van a ofrecer una idea del resultado de la judicialización de los procesos en el ámbito que venimos tratando.

4.1.- RESOLUCIONES EN CONTRA DE LA ENTIDAD FINANCIERA

La elección del primer supuesto, resulta obligada ya que podemos analizar las Sentencias de todos los sujetos responsables en su conjunto, esto es, las sanciones impuestas a una Sociedad Cooperativa de Crédito, al Presidente del Consejo Rector, a los miembros del Consejo Rector y al Director general de la entidad. Todas las resoluciones judiciales, parten del Acta de visita de Inspección de fecha 29 de febrero de 2000, suscrita por dos inspectores del Banco de España y por el Presidente y el Director General de la Caja Rural de Alicante, quienes en representación de la misma, expresaron su conformidad y reconocimiento de la veracidad de los datos recogidos en el acta y en sus anexos.

La Resolución del Ministro de Economía de fecha 12 de diciembre de 2001, mediante la cual se puso fin al expediente sancionador incoado por el Banco de España y seguido contra Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito y personas que ejercían cargos de administración y dirección en la misma, impuso diferentes sanciones por la realización de actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina con rango de Ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas.

Por lo tanto, este supuesto ha sido tenido en cuenta en el presente trabajo debido a la imposición de sanciones a todos los sujetos y a la judicialización de cada una de ellas por parte de los mismos, por lo que podemos dar respuesta a las posibles dudas que susciten las diferentes Resoluciones conforme vayamos avanzando en el análisis propuesto.

1.- En la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 7 de diciembre de 2004, Rec. 94/2002, se resuelve la interposición del Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra la Resolución del Ministro de Economía antedicha, la cual disponía la imposición de multa por un importe de dos millones de euros prevista en el artículo 9 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, por su responsabilidad institucional en la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 e) de la mencionada Ley. La sanción impuesta a la entidad de crédito se justificaba por el mantenimiento en el Consejo Rector de personas en contra de la prohibición establecida en el artículo 9.8 apartado d) de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, sobre normas reguladoras de las Cooperativas de Crédito

El Recurso interpuesto por la sociedad cooperativa de crédito es desestimado por el Tribunal, al entender que no cabe duda de la exigibilidad a las entidades de crédito de una actitud de rigor en el cumplimiento de su normativa específica, lo que unido a la posibilidad de exigencia de responsabilidad administrativa a las entidades de crédito por las infracciones de las normas de ordenación y disciplina -especificando que las prohibiciones del artículo 9.8 d) de la Ley 13/1989, van dirigidas no solo a las personas físicas miembros de los Consejos Rectores, sino también a las cooperativas de crédito- conlleva una conducta cuanto menos negligente o descuidada, por lo que, habiéndose incumplido tal deber, al no poner fin a la situación irregular, se confirma la imposición de la sanción.

Apenas quince días antes de la votación y fallo de la Sentencia mencionada, se había procedido al debate por parte de la misma Sala, Sección y Ponente, de la resolución del Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por el Presidente del Consejo Rector de Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, frente a la misma Resolución del Ministro de Economía, por la cual se imponía a D. Casimiro, como Presidente de la Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, la

sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito por un plazo de cinco años, más una multa por importe de 60.101,21.-€ por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 4 e) de la Ley 26/1988.

2.- Dicho debate dio lugar a la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 1 de diciembre de 2004, Rec. 122/2002, que desestimaba el Recurso interpuesto, confirmando íntegramente las sanciones impuestas en su máxima expresión, al considerar agravada y culpable la conducta de D. Casimiro, muy alejada de los parámetros de un leal administrador de recursos ajenos.

Se debe resaltar que a 28 de abril de 2000, los riesgos totales del Presidente de la Caja, y las empresas Seforgiblan, S.L., y Elxplant, S.L., de las que el Presidente de la Caja era accionista y Administrador único y accionista mayoritario y Administrador, respectivamente, ascendían a 172 millones de pesetas. Por tanto, esta persona mantenía deudas vencidas y exigibles con la entidad de crédito, conducta prohibida expresamente en las Leyes de Ordenación Bancaria, imponiéndose las correspondientes sanciones por responsabilidad a título institucional a la propia entidad, por el mantenimiento de esta persona en el Consejo Rector, así como a título individual, a quien conocía tal obligación y ocupaba el cargo de Presidente en contra de la prohibición establecida en la Ley.

A este respecto, no cabe duda de la comisión de la infracción, ya que conocía perfectamente la incompatibilidad en la que incurría y no realizó actuación alguna en aras a poner fin a la misma. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad de la sociedad cooperativa de crédito, más allá de la argumentación esgrimida por el propio Tribunal en cuanto a la tipicidad y a los sujetos a los que se dirige la obligación del precepto aplicado, echamos en falta una argumentación bien fundada respecto a las circunstancias y valoración de ambos casos de forma conjunta en relación con el juicio de culpabilidad. Si bien la Sentencia de fecha posterior (la de la propia entidad) hace referencia a la Resolución del recurso interpuesto por el Presidente del Consejo Rector, para hacer suyos los razonamientos en los temas comunes, evita valorar las circunstancias en la responsabilidad de este, lo que a nuestro juicio, pudiera entenderse de aplicación directa al enjuiciamiento de la responsabilidad de aquella.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica, al igual que hiciera el artículo 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, ésta se aplica no solo a las entidades de crédito, sino también a quienes ostenten cargos de administración o dirección que infrinjan las normas de ordenación y disciplina. Asimismo, podemos afirmar que tal responsabilidad se configura en la realidad como una responsabilidad indistinta, por lo que la falta de apreciación de las circunstancias concretas en cuanto a su enjuiciamiento y, una más que evidente, falta de argumentación de las sentencias analizadas, no nos permite inferir de qué modo pueden afectar tales circunstancias en supuestos de responsabilidad cumulativa. Un caso evidente de responsabilidad cumulativa resultaría de la comisión de aquellas infracciones de las normas de ordenación y disciplina, puedan imputarse tanto a la entidad de crédito como al cargo de administración o dirección correspondiente, como ya hemos visto.

3.- Al hilo del supuesto que venimos analizando, la Sentencia dictada por Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 2005, Rec. 40/2002³⁷, resolvía el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por el Director General de Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, frente a la Resolución del Ministro de Economía de misma fecha que en los anteriores supuestos, por la que se imponía la sanción de inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito por un plazo de cinco años, más una multa por importe de 36.060,73.-€ por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 4 e) de la Ley 26/1988.

La Resolución recurrida llegó a plantear la exigencia de responsabilidad de los autores materiales de determinados hechos como cooperadores necesarios en la acción. Este planteamiento fue rechazado de plano por el propio Tribunal, advirtiendo de la necesidad de acreditar la posesión de facultades por parte de los directivos para impedir los hechos enjuiciados. No obstante, se llegó a la conclusión de que el Director General tenía la competencia para solicitar al Presidente la convocatoria del Consejo Rector para tratar esta situación irregular, o lo que es lo mismo, el mantenimiento del Presidente en el Consejo Rector incurriendo en una causa de incompatibilidad manifiesta.

³⁷ Confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2008, Rec. 4057/2005.

Todo ello, razona la Sala, al ser responsable del control diario de la entidad, debiendo conocer la situación antijurídica con el fin de realizar la conducta tendente a evitarla, por lo que al no realizar la actuación cuya competencia ostentaba, se produjo el incumplimiento de sus obligaciones, cooperando de forma necesaria en la comisión de la infracción.

El Director General de la entidad en cuestión, debía haber solicitado al Presidente, persona que incurría en la incompatibilidad, la convocatoria del Consejo Rector para poner de manifiesto la situación antijurídica que se estaba produciendo. Entendemos que el razonamiento que establece la Sala en esta Resolución, resulta desproporcionado y alejado totalmente de la realidad. Parece querer englobar de forma general y abstracta cualquier operación antijurídica que se pueda producir, sin tener en cuenta el volumen de operaciones en la actividad diaria de una entidad financiera, cuyo conocimiento, entiende, es obligación del Director General.

De este modo, nuestros Jueces y Tribunales vuelven a eludir la ardua tarea de construir un razonamiento sólido respecto al juicio de culpabilidad, derivando al principio de tipicidad, el peso de la imputación en la comisión de las infracciones. Debemos destacar, que uno de los motivos de anulabilidad expuestos por la recurrente, se basaba en la falta de competencias del Director General en base a la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas y el Reglamento de Cooperativas de Crédito, para promover la inclusión de un asunto concreto en el orden del día del Consejo Rector, lo que aprovecha el juzgador para interpretar las normas invocadas de tal manera que obvie el posible enjuiciamiento de la culpabilidad.

Como ya hemos visto, se ha barajado incluso la estimación del elemento subjetivo de lo injusto respecto a la posible responsabilidad por inactividad del sujeto, justificando su decisión en base al pleno ajuste legal y constitucional de la exigencia de responsabilidad basada en la omisión de su deber de diligencia en el control de determinadas actividades, lo que asegura la reprochabilidad de toda conducta antijurídica prevista en el ordenamiento jurídico.

4.- La Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 15 de noviembre de 2004, Rec. 119/2002, resolvió la interposición del Recurso Contencioso-administrativo promovido por los miembros del Consejo Rector de Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, frente a la

famosa Resolución del Ministro de Economía por la que se acordaba imponer a los recurrentes las sanciones de multa por importe de 6.010,12.-€, como consecuencia de su participación en la infracción prevista en el artículo 4 e) de la Ley 26/1988.

El artículo 9.8 d) de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito es claro y conciso, no podrán ser miembros del Consejo Rector los que por sí mismos o en representación de otras personas o entidades mantengan deudas vencidas y exigibles de cualquier clase con la entidad, o durante el ejercicio de su cargo incurran en incumplimiento de las obligaciones contraídas con la Cooperativa, previsión esta última, que se produjo a la vista de la posición de accionista que ostentaba el Director General de Caja Rural de Alicante, Sociedad Cooperativa de Crédito, respecto a Seforgiblan S.L.

Entiende la Sala, que las competencias de los miembros del Consejo Rector en cuanto a la designación, contratación y destitución del Director General, imponen la obligación de una actuación diligente de acuerdo con las prescripciones legales, obligaciones que se vieron incumplidas al no realizar actuación alguna con el objetivo de remover la situación irregular, lo que llevó a considerarles cooperadores necesarios en la acción.

Otro ejemplo más de la desviación del golpe que se configura como de carácter general, esta vez hacia unas construcciones más propias del Derecho penal en relación con la autoría, el grado de participación o la cooperación, que hacía el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

Se destaca la falta de justificación de hechos concretos por parte de los recurrentes, tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, y con ello, entiende el Tribunal que no existe una inversión de la carga de la prueba ni una desvirtuación del principio de presunción de inocencia³⁸, puesto que de la posición de garantes que ostentan estas personas, se puede inferir que la producción del resultado -infracción administrativa- es consecuencia directa del incumplimiento de la actividad impuesta por

³⁸ “[...] cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado - en éste caso la comisión de una infracción administrativa -, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido”.

el ordenamiento jurídico a éste, encargado de realizar la actividad necesaria y racionalmente posible para la evitación de dicho resultado.

Puesto que de las Sentencias analizadas, en relación con la aplicación de las Leyes de Ordenación Bancaria, no conseguimos extraer unos razonamientos comunes, nos parece necesario analizar la argumentativa llevada a cabo por los recurrentes, con la firme intención de destruir alguno de los principios que rigen el Derecho Administrativo Sancionador, posibilitando la anulación de las sanciones impuestas.

Tal situación genera estrategias argumentales muy extensas, debido a la inseguridad producida por una falta de criterio palpable en relación con el principio de culpabilidad.

En un primer momento y como consecuencia lógica en toda infracción, se invoca la vulneración del principio de legalidad, incluso “en su vertiente material de tipicidad”, esto es, poniendo de manifiesto la falta de previsión de los hechos declarados infracción en la norma de aplicación. De este modo, la recurrente aprovecha la previsión de varios supuestos en la literalidad del precepto aplicado en las resoluciones impugnadas, de cara a tergiversar o generar ciertas dudas en la aplicación del principio de tipicidad. No obstante, mediante un razonamiento bien fundado³⁹, se desestima la vulneración de dicho principio ya que no puede exigirse una correlación exacta en la Ley para poder sancionar (Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2019, Rec. 356/2017).

Mayor complejidad reviste la argumentación sobre la posible vulneración del principio de presunción de inocencia. Y es que, su no aplicación únicamente puede justificarse si media decisión de un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley, que declare la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías⁴⁰.

En el supuesto concreto enjuiciado y resuelto mediante Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 11 de enero

³⁹ “El mandato de tipificación se desenvuelve en dos fases: en primer lugar, en la fase normativa, siendo exigible que una norma describa los elementos esenciales de un hecho sin cuyo incumplimiento no puede haber calificación de infracción; en segundo lugar, en la fase de aplicación de la norma, requiriéndose que el hecho concreto imputado al autor se corresponda con el descrito en la norma [...]. Como es obvio, resulta materialmente imposible descubrir en la norma con absoluta precisión los hechos declarados infracción, por lo que, con frecuencia, la correlación no es exacta”.

⁴⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional número 172/2005, de 20 de junio.

de 2008, Rec. 386/2006, se cuestionaba por parte de los recurrentes, que los miembros del Consejo de Administración no conocían la operativa que se venía realizando, la cual consistía en una importante variación de las cifras de los saldos de las cuentas, realizada en fecha 31 de diciembre de 2003 con abono a cuentas de acreedores anulados el 2 de enero de 2004, sin devengo de interés alguno. Dichas operaciones fueron llevadas a cabo en al menos, 611 cuentas de crédito, por unos importes estimables superiores, en varios supuestos, al millón de euros, extendiéndose esta práctica a una pluralidad de oficinas de la entidad (operativa realizada de forma coordinada desde distintas sucursales en los mismos momentos del día y deshecha con fecha valor 31 de diciembre de 2003 para generar una información contable irreal).

En este supuesto y respecto al objetivo de nuestro estudio, el punto de inflexión radica en lo que en Derecho Administrativo Sancionador se denomina prueba indiciaria, cuya carga recae en la Administración Pública. En el caso concreto, argumenta la Sentencia que si la convicción del órgano sancionador se logra a través de un conjunto de hechos y circunstancias descritas, de los cuales se desprenda la correcta acreditación del elemento objetivo de la infracción por la que se impone la sanción⁴¹, por haberse probado el hecho base y resultar el razonamiento que lleva a la declaración de la comisión de una infracción coherente, lógico y racional, el principio de presunción de inocencia quedaría salvaguardado.

De este modo, el Banco de España a través de los indicios recopilados en ejercicio de sus potestades razonó que: *“la dispersión con que se realizaron las distintas operaciones y su encaje en la operativa ordinaria de la entidad, con un escrupuloso respeto de las facultades de los empleados que las ejecutaban así como de los límites de riesgo de los distintos clientes, y el interés por evitar que la misma supusiera el más mínimo perjuicio a la clientela, ponen de manifiesto el carácter sistemático, premeditado y consciente de la práctica seguida por la entidad y su origen último, en las más altas instancias de su gobierno”*.

Todo ello, como otro ejemplo del grado de complejidad que alcanza la argumentación de las Resoluciones analizadas en relación con todos los principios del Derecho Administrativo Sancionador, excepto con el principio de culpabilidad, cuya

⁴¹ Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 22 de febrero de 2013, Rec. 717/2012. Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 11 de enero de 2008, Rec. 386/2006.

omisión tras el trabajo que venimos realizando, no puede justificarse en base a una relación fáctica que no se haya producido.

Se introduce por tanto, una vez acreditado el elemento objetivo, el principio de culpabilidad o elemento subjetivo del injusto.

Comienza aquí un verdadero ejercicio de reinterpretación de la norma, llevándola hasta su máximo punto de torsión, mediante la argumentación de cuantas excusas exculporias y causas de justificación puedan llegar a fundarse, o más bien a entrometerse, dentro de la ambigüedad del precepto aplicado al caso concreto, en lo que a estrictos términos de defensa se refiere, ya que se debe intentar abarcar cuanto se pueda para lograr una Sentencia estimatoria.

No obstante, los Jueces y Tribunales no admiten -o suplen mediante razonamientos con base en otros principios- ejercicio argumentativo alguno, lo que unido a la dificultad para acreditar una conducta diligente, la acción encaminada a restablecer la legalidad o la no omisión culposa o negligente, asegura la desestimación de la pretensión fundada o argumentada respecto al principio de culpabilidad, normalmente basada en su inexistencia.

Conforme a la falta de prueba acreditativa de cuanto antecede en la mayoría de los supuestos, únicamente queda negar la responsabilidad⁴², acción que se echa en cara en gran parte de las sentencias analizadas. De forma subsidiaria y una vez desestimadas todas las pretensiones, se opta por minimizar los daños a soportar mediante la referencia a la vulneración del principio de proporcionalidad, el cual pretende una correspondencia entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, lo que impide que esta última sea innecesaria o excesiva, considerando que las multas son proporcionadas a las conductas castigadas mediante un juicio de ponderación.

La habilitación que la Ley otorga en cuanto a sanciones pecuniarias por infracciones muy graves y graves, resulta tan amplio, que un importe de trescientos mil euros se determina, en unas ocasiones como el tramo intermedio, en otras como el tramo

⁴² Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de noviembre de 2013, Rec. 176/2012: *“El actor no solo no ha desvirtuado los hechos sino que en ningún momento los cuestiona, limitándose ante la evidencia de las irregularidades detectadas durante la instrucción del procedimiento disciplinario, y aún antes, a negar su responsabilidad”*.

inferior, resultando complejo minorar tales cantidades mediante la concurrencia de circunstancias “atenuantes” (ausencia de reiteración o de reincidencia, inexistencia de intencionalidad, colaboración de la entidad, etc.).

Agotados los principios básicos directamente relacionados con el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública, entran en juego aquellos principios que rigen las relaciones con la Administración de un modo más genérico. Por ejemplo, mediante la argumentación del reconocimiento tácito por parte del Supervisor, se ha intentado justificar la aceptación de prácticas habituales o comunes que venían siendo utilizadas por el sector.

Sin embargo, tal argumentación fue planteada ante la Audiencia Nacional, siendo el razonamiento de ésta tajante, sosteniendo que el principio de confianza legítima, en todo caso, implica la legalidad vigente, por lo que para nada afecta que la entidad de crédito, hubiese realizado conductas anteriores y similares no sancionadas⁴³.

4.2.- RESOLUCIONES A FAVOR DE LA ENTIDAD FINANCIERA

Sin embargo, de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia emanada de los Tribunales, hemos trabajado determinadas Resoluciones judiciales en las que el recurrente, en ambos casos persona jurídica, ha logrado la anulación de las sanciones impuestas.

Los supuestos de hecho a los que haremos referencia, se encaminan hacia circunstancias ajenas al principio de culpabilidad *strictu sensu* -dada la relación fáctica que puede llegar a producirse en el tráfico empresarial moderno-, entendiendo necesario hacer mención a los mismos para ponderar las Resoluciones desestimatorias analizadas.

Del estudio de determinados datos estadísticos⁴⁴, podemos concluir un primer repunte de Resoluciones judiciales dictadas en aplicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, durante los años 2006 y 2007, mientras que la tendencia anterior había sido

⁴³ Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 20 de marzo de 2019, Rec. 825/2017: “En efecto, la circunstancia de que, en hipótesis, no se hayan sancionado otras conductas similares a las desplegadas por la demandante para nada afecta al principio de confianza legítima, pues la legitimidad implica, inexcusablemente, la legalidad”.

⁴⁴ Fuente: La ley digital, Jurimetría (20/09/2019).

minúscula. Desde el año 2004 hasta el año 2011 se produce un aumento significativo general, superando la cifra de diez Sentencias al año en esta materia.

Entre el año 2006 y 2007 los Tribunales conocieron en torno a cuarenta supuestos, cuya resolución tuvieron que determinar. Tras estos dos años de intensa actividad y sin dejar de conocer al menos de unos quince supuestos al año, en el año 2011 se produjo una caída pronunciada de este tipo de Resoluciones, que dio paso al repunte más significativo en los últimos veinte años (a lo largo del año 2013 se dictaron alrededor de treinta Sentencias).

Tras el año 2013 se produjo un descenso bastante acusado que hasta la actualidad se mantiene estable (nivel anual no superior a diez Sentencias), aportando como dato curioso las empresas que más han intervenido en este tipo de procesos: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Liberbank y Banco Santander.

No obstante, resulta poco alentador el sentido de los fallos analizados, afirmando que, de unas 222 sentencias dictadas en los últimos quince años, las Resoluciones favorables a la Administración del Estado superan el 80%, siendo el porcentaje en el mismo sentido respecto a entidades financieras de apenas un 7%, lo que aporta una idea de la situación actual en esta materia. En cuanto a la distribución por Tribunales, sesenta y cuatro fueron resueltas por el Tribunal Supremo y ciento cincuenta y seis por la Audiencia Nacional, cifras previsibles si tenemos en cuenta la tendencia estimatoria reflejada.

Así pues, en contraposición a la estadística, presentamos dos Sentencias de la Audiencia Nacional, en las que se resuelve a favor de la entidad financiera. Cabe destacar que se trata de un presupuesto fáctico concreto y muy complejo, dentro de un marco de fusión de entidades financieras, si bien el interés que suscitan se aleja bastante de elementos técnico-financieros que puedan acarrear una dificultad lectora añadida.

De este modo, la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 19 de mayo de 2010, Rec. 399/2009, estimó el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que ponía fin al expediente sancionador, consistente en sanción de multa impuesta por el Banco de España por importe de un millón de euros,

derivada de aquellas operaciones o acciones antijurídicas producidas con anterioridad a una subrogación en el patrimonio activo y pasivo de una entidad a favor de otra.

Para facilitar la comprensión, destacar que los hechos se basan en la detección por parte de la recurrente (BBVA) en el ejercicio del año 2000, de la existencia de fondos del patrimonio provenientes del BBV que no estaban reflejados en la contabilidad, procediendo a su regularización al cierre del ejercicio. La entidad procedió a la regularización, precisando el origen de las transacciones relativas a dichos fondos y comunicándolo al Banco de España.

Desde el máximo respeto al principio de personalidad de las sanciones administrativas, se entiende que los hechos constitutivos de infracción no fueron realizados por la entidad actora, sino por entidades bancarias cuya fusión dio origen a la entidad recurrente. No obstante y aun cuando pueda parecer lógica esta argumentación, la entidad de crédito tuvo que acreditar que procedió a regularizar la situación en el momento en que tuvo conocimiento de ella, no pudiendo apreciarse, según el juzgador, negligencia respecto al mantenimiento de la situación subsumible en la infracción.

Asimismo, directamente relacionada con la anterior, la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 25 de mayo de 2010, Rec. 398/2009, estimó el Recurso Contencioso-administrativo frente a la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que ponía fin al expediente sancionador, la cual disponía una sanción de multa impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores por importe de dos millones de euros, derivada de la infracción muy grave, consistente en la remisión a la CNMV, durante varios ejercicios, de información financiera y contable con datos inexactos, omitiendo aspectos relevantes en relación a un patrimonio final no contabilizado.

Infracción derivada de la detección de unas cuentas extracontables del anterior BBV en el extranjero, procediendo a la contabilización del dinero y a la comunicación de tales circunstancias al Banco de España. Según el recurrente, la responsabilidad debía imputarse a un grupo muy reducido de gestores, quienes supuestamente habrían actuado al margen de las estructuras administrativas de la entidad.

Entiende la Sala que los hechos se cometieron antes de que tuviera lugar la fusión entre otras entidades preexistentes, con personalidad jurídica distinta,

apareciendo la actual persona jurídica, la actora sancionada, como resultado de una operación de fusión. Las consecuencias de dicha operación alcanzan a la subrogación de la nueva entidad en los derechos y obligaciones de las empresas fusionadas, BBV y Argentaria, pero en relación con la responsabilidad por las infracciones cometidas por una u otra, con base en el principio de personalidad de las sanciones, tal sucesión no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

Por fin, se desprendía algo de luz a favor de las entidades financieras. Luz que no tardó en apagarse, ya que ambas sentencias fueron casadas por el Tribunal Supremo⁴⁵ tras la admisión a trámite de sendos Recursos de Casación interpuestos por la Administración General del Estado y el Banco de España, por un defecto de procedimiento. El Tribunal Supremo, analizó ambos recursos contencioso-administrativos con mayor detenimiento.

Ambos recursos basaban su argumentación en el principio de personalidad de la pena, el cual se invocaba para destacar que la persona jurídica no podía ser declarada responsable, por actos anteriores de entidades bancarias cuya fusión dio origen a la entidad recurrente y por actos de un grupo muy reducido de gestores, quienes supuestamente habrían actuado al margen de las estructuras administrativas del banco, respectivamente.

No obstante, del análisis realizado por nuestro Alto Tribunal, se concluyó que la Sala de la Audiencia Nacional, en ambos supuestos y en lo que aquí interesa, había introducido como eventual motivo de impugnación en el debate procesal, cuestiones adicionales sobre determinados extremos que no constituían la finalidad argumentativa de la recurrente⁴⁶-que sin saber cómo, logró la estimación de los Recursos interpuestos-, ya que lo que sostenía era que la responsabilidad de las infracciones correspondía tan solo a las entidades anteriores en el primer supuesto y a los directivos en el segundo, no poniendo en duda en ningún momento que la infracción sancionada fuera imputable a la entidad bancaria.

⁴⁵ Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 16 de septiembre de 2013, Rec. 5977/2010 y Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2013, Rec. 4535/2010.

⁴⁶ Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2013, Rec. 4535/2010.

Esta cuestión debió ser atendida por la Sala a tenor de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, sometiéndola debidamente a las partes mediante Providencia y concediéndoles un plazo de diez días para la formulación de las alegaciones que estimasen convenientes, por lo que con la falta de dicho traslado no se respetaron las formas esenciales del juicio, causando indefensión.

5.- ESPECIAL REFERENCIA AL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

De cara a ampliar la perspectiva del lector, creemos interesante introducir un pequeño resumen del análisis realizado por ARAUJO y LABRADOR sobre el error de prohibición en relación con la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia⁴⁷, el cual entienden debe ser matizado y aplicado como una solución excepcional, habida cuenta de los elementos que deben confluir para proceder a su apreciación y las diferentes legislaciones, española y europea, aplicables. Su configuración responde a causas muy diversas, chocando con determinados principios ya tratados, debiendo realizar una diferenciación, entre el error de prohibición en situaciones novedosas, el error de prohibición por legislación confusa, el error de prohibición en un contexto de intervención administrativa y por último, el error de prohibición con intervención de expertos juristas.

El primero de ellos deriva de la resolución de expedientes en los que se adopten soluciones novedosas, esto es, soluciones entendidas como ausencia de pronunciamientos previos en los que se haya impuesto la correspondiente sanción, lo que unido a un contexto en el que la empresa no fuera consciente de que el comportamiento realizado pudiera estimarse contrario a las normas, hace más compleja la imposición de la sanción.

A colación de esa posible ignorancia por parte de la persona jurídica, se configura el error de prohibición por legislación confusa, achacando a la falta de claridad de la normativa la posible reprochabilidad de las conductas, resultando relativamente frecuente el reconocimiento por parte de los Tribunales españoles -el Derecho europeo no permite con carácter general la justificación basada en normas de Derecho interno- de la imposibilidad de sancionar en situaciones de error de prohibición en presencia de una situación legal confusa.

⁴⁷ ARAUJO, Marcos y LABRADOR, María Antonia (2016). “La relevancia del error de prohibición en el Derecho de defensa de la Competencia”. En M. CUERDO MIR, y J. GUILLEN CARAMES, (Dir.) *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia* (pp. 139-162), Navarra, Aranzadi.

De diversas Sentencias del Tribunal Supremo⁴⁸, se puede desprender la valoración estimatoria por parte del mismo en este tipo de supuestos, aun cuando el perfil técnico de las entidades en cuestión sea elevado (el Consejo General de la Abogacía y el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, respectivamente).

En cuanto al error de prohibición en un contexto de intervención administrativa, este difiere significativamente de la justificación por confianza legítima. A diferencia de esta, la situación de referencia es aquella en la que los poderes públicos juegan un papel determinante en el convencimiento del operador de estar actuando conforme a Derecho y, aunque concurren ambos elementos para la imposición de la sanción, objetivo y subjetivo, la activa participación de la Administración –respaldo de acuerdos adoptados- en el supuesto de hecho⁴⁹, unido a la inducción de error derivado del contexto normativo, excluye el elemento intencional en la comisión de la infracción. Habiendo planteado una situación anormal, debemos tener en cuenta que en la mayoría de ocasiones, en las que se aprecia este tipo de error, se entiende adecuado reducir la sanción impuesta, configurándose como un elemento “atenuante”.

El último y más controvertido error de prohibición, se articula en base a un respaldo jurídico de actuación de la persona jurídica por informes concluyentes solicitados a la vista de la falta de claridad de la normativa aplicable. Ciertamente, no cabe, en nuestro Derecho nacional, dejar en manos de profesionales privados la posibilidad de emitir documentos -no vinculantes para la Administración- que acrediten dicho error de prohibición, evitando así cuando sea posible, la imposición de sanciones.

No obstante, este supuesto ha sido tratado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de junio de 2013, en el asunto C681/11, reproduciendo, en lo que aquí interesa, los criterios estrictos para la obtención de este tipo de documento que pueda permitir eludir la imposición de una sanción por error de prohibición⁵⁰, contenidos en las conclusiones de la Abogada General Kokott,

⁴⁸ Sentencias a las que hacen referencia los autores op. cit., esto es, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2009/338) y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6010).

⁴⁹ Sentencia a la que hacen referencia los autores op.cit., dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 15 de octubre de 2012, Rec. 608/2011.

⁵⁰ Si bien, se produjo la elevación al Tribunal, quien no estimó tales conclusiones al entender que “*dicha empresa no podía ignorar el carácter contrario a la competencia de ese comportamiento*”.

estableciendo cinco requisitos lógicos y coherentes para la destrucción del elemento intencional para el que está concebido:

Debe ser un consejo de abogado externo independiente (1), conocedor de la materia y como expresáramos en España, “de reconocido prestigio” recibiendo encargos de este tipo de forma habitual (2), basado en una exposición de antecedentes y supuestos de hecho exhaustivos por parte de la empresa (3), completo y en el que se pronuncie de forma expresa sobre la práctica decisoria y administrativa del ámbito correspondiente de aplicación (4) debiendo comprobar que no sea manifiestamente erróneo (5).

De este resumen del análisis realizado por ARAUJO y LABRADOR, se desprende que la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia, ha incluido de forma más prudente y respetuosa, determinadas circunstancias encaminadas a cuestionar la existencia de culpabilidad respecto de las actuaciones realizadas por la persona jurídica, esto es, determinando la manera en que el ordenamiento debe reaccionar frente a quien infringe la normativa vigente sin ser consciente de estar cometiendo un hecho prohibido.

Todo lo expuesto, no son sino ejemplos, de elementos de la culpabilidad a tener en cuenta, estructurando ciertas pautas de aplicación de un principio de culpabilidad tratado, modulado y maduro, que si bien exige de los sujetos pasivos conductas determinadas para excluir o imputar su responsabilidad, abre el horizonte hacia una posible estimación de las pretensiones de quien se vea en la situación antijurídica concreta.

En este sentido, se procede a la valoración de la actuación de las Administraciones Públicas de un modo adecuado en relación con el juicio de culpabilidad del sujeto responsable, no se imponen unas obligaciones inasumibles por ostentar un perfil claramente técnico y cualificado, y, cuanto menos, se estudia el respaldo técnico de informes expertos sobre la materia, configurándose como un desarrollo a una casuística rica, variada y moderna, que en todo caso va a evolucionar y que se concibe como relativamente beneficioso para los sujetos responsables.

En contraposición, la restrictiva normativa bancaria en el marco europeo y español, la pobre y escasa argumentación de los Jueces y Tribunales en materia sancionadora en relación con el principio de culpabilidad, la posición artificial de garantía que ostentan las entidades financieras por el mero hecho de serlo, el nivel de diligencia exigido a la propia persona física como supervisor “subordinado” de toda la actividad de la entidad, hacen de este estudio una presentación de un contexto jurídico-financiero poco alentador.

6.- CONCLUSIONES

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de culpabilidad mediante la entrada en vigor de la Ley 40/2015, culminó con la necesidad de introducir la intencionalidad o el grado de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, lo que unido al resto de principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, garantiza aun más si cabe, el procedimiento sancionador y el trato común a todos los interesados.

Las complejas estructuras de las personas jurídicas, a las cuales se deben aplicar estos principios y que tienen reconocida plena capacidad infractora, aportan una dificultad añadida al juicio de culpabilidad, juicio éste que debería verse afectado en un modo u otro por las actuaciones de las personas físicas que se integran en el seno de la persona jurídica. El volumen de operaciones diarias, las materias tratadas y la conjunción de elementos que se dan en la figura de una entidad financiera, dificultan la tarea a llevar a cabo.

No obstante, a través de una evolución legislativa notable en el ámbito financiero, resultado de una mayor concienciación en cuanto a la importancia de la materia que se ha venido regulando de una forma ineficaz, tal y como dejó patente la crisis del año 2008, se han previsto determinados mecanismos e instituciones en orden a salvaguardar la diligencia en el sector.

Dicha diligencia ha llegado a niveles insospechados en los que las personas que ejerzan cargos de administración o dirección en una entidad financiera, deben estar prevenidos en cuanto a las consecuencias previstas por la comisión de infracciones en la normativa vigente. Si, como se ha visto a lo largo del presente estudio, las consecuencias regulatorias y la toma de decisiones han sido motivadas por la rotura del sistema, lo cierto es que el panorama sancionador en el sector financiero se ha endurecido, con independencia de las causas o responsables de dicha rotura.

La gravedad de las infracciones y su correspondencia con la sanción aplicable, resulta enormemente gravosa para el sujeto responsable, quien debe soportar una exigencia preventiva sobredimensionada.

Tal y como previó la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el desarrollo del principio de culpabilidad ha recaído, y así se ha intentado plasmar, en los Jueces y Tribunales.

Conceptos como “tráfico empresarial ordinario”, “leal administrador de recursos ajenos”, “posición de garante”, “pasividad”, entre otros, se han venido sucediendo como construcciones complejas y estandarizadas, siendo una tarea cuasi imposible para el sujeto responsable, ya sea persona jurídica o física, la acreditación de su correcta actuación. A este respecto, resulta incomprensible no haber dado con una sola Sentencia en la que se haya estimado la pretensión de la persona física a la que se le impuso la correspondiente sanción, estimando sus pretensiones y obteniendo la anulación de la misma.

Del estudio de la jurisprudencia sobre la materia analizada, se desprende la dificultad añadida de encontrar un patrón lógico de actuación en la actividad judicial, siendo en muchas ocasiones más reveladoras las alegaciones contenidas en los recursos presentados. A este respecto, cabe destacar la falta de certeza soportada por quien se encuentra legitimado pasivamente en un procedimiento sancionador bancario.

Sin embargo, dejando de lado cuestiones formales, competenciales y/o procedimentales, las Sentencias analizadas son merecedoras del más amplio reconocimiento, en tanto en cuanto, han podido suplir con mayor o menor acierto, el proceso de enjuiciamiento de la culpabilidad. En este sentido, al igual que sucede con la omisión intencionada de determinados conceptos en los cuerpos legales estudiados, dichas Resoluciones judiciales claman la necesidad de contar con un principio de culpabilidad como el vigente en la actualidad.

En contraposición, el Derecho de la Competencia -ámbito del derecho elegido por su profundidad en cuanto a la materia- ha procedido a la ponderación de determinadas circunstancias de supuestos concretos, para nada extrapolables al Derecho sancionador bancario pero cuya comparativa pone de manifiesto las exigencias sociales

al operador financiero y la falta de ese ejercicio de confianza en cuanto a la aplicabilidad del Derecho sancionador bancario.

Como reflexión final, se ha materializado la posibilidad de aplicación por parte de Jueces y Tribunales de un principio cuya omisión en la Ley se prolongó durante más de veinte años, principio de culpabilidad explicitado por fin y que en nuestra humilde opinión, abre la puerta a una aplicación modulada y garantista del mismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- .-NIETO GARCÍA, Alejandro (2012), “Derecho Administrativo Sancionador”, 5ª ed. Tecnos.
- .-DE PALMA DEL TESO, Ángeles, (1996). “El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos.
- .-SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2014). “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”. En: *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Navarra, Aranzadi.
- .-PELLEGRINO, Diego (2014). “La potestad sancionadora en el sector bancario. Aproximación jurisprudencial”. En M.A. SALVADOR ARMENDARIZ, (Dir.) *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho* (pp. 397-425), Navarra, Aranzadi.
- .-CHINCHILLA MARIN, Carmen (2015), “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 102.
- .-CANO CAMPOS, Tomás (2018), “Sanciones Administrativas”, Madrid, Francis Lefebvre.
- .-GÓMEZ TOMILLO, Manuel, (2017). “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”. *Revista de Administración Pública*, 203, pp. 57-88.
- .-GARCIA-ANDRADE GOMEZ, Jorge (2014), “La garantía del Estado frente a la crisis económica”, *Revista de Administración Pública*, 201, pp. 101-129.
- .-ESTEBAN RIOS, Javier (2019) “La imposición de sanciones por parte del Banco Central Europeo y de las autoridades nacionales en el marco del Mecanismo Único de Supervisión: un enrevesado reparto competencial”. En BELANDO GARIN, B., (Dir.) *Potestad sancionadora y MIFID II* (pp. 145-156), Navarra, Aranzadi.
- .-FERNANDEZ-ESPINAR, Luis Carlos (2009), “La potestad sancionadora de la Administración financiera”, *Documentación Administrativa*, pp. 241-290.

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 16 de septiembre de 2013, Rec. 5977/2010.

Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2013, Rec. 4535/2010.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 25 de mayo de 2010, Rec. 398/2009.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 19 de mayo de 2010, Rec. 399/2009.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 20 de marzo de 2019, Rec. 825/2017.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de noviembre de 2013, Rec. 176/2012.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 22 de febrero de 2013, Rec. 717/2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional número 172/2005, de 20 de junio.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 11 de enero de 2008, Rec. 386/2006.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2019, Rec. 356/2017.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 15 de noviembre de 2004, Rec. 119/2002.

Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008, Rec. 4057/2005.

Sentencia dictada por Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 2005, Rec. 40/2002.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 1 de diciembre de 2004, Rec. 122/2002.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 7 de diciembre de 2004, Rec. 94/2002.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 19 de junio de 2019, Rec. 193/2018.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 29 de mayo de 2019, Rec. 912/2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 76/1990, de 26 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 219/1988, de 22 de noviembre.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de noviembre de 2013, Rec. 176/2012.

Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 22 de febrero de 2013, Rec. 717/2012.

