

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS
DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Jaime Herrero (*)

(*) Jaime Herrero es jefe de la División de Asesoría Jurídica Contenciosa, del Departamento Jurídico del Banco de España.

La responsabilidad de los administradores y directivos de las entidades de crédito

El objetivo del presente artículo es aportar una visión general sobre el régimen sancionador aplicable a las entidades de crédito y a las demás entidades supervisadas por el Banco de España, incidiendo de forma más detallada en las previsiones específicas que regulan, desde un punto de vista administrativo, la responsabilidad de sus administradores y directivos. Bajo ese prisma se analizarán, con carácter introductorio, las razones que han llevado a la evolución de esta especial responsabilidad en el ámbito bancario, para pasar posteriormente a examinar las características generales de la potestad sancionadora sobre las entidades de crédito, los principales rasgos definitorios del régimen disciplinario aplicable a los administradores y directivos de dichas entidades, así como las singularidades de este procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, se expondrán algunas experiencias y conclusiones sobre el ejercicio de esta particular potestad disciplinaria.

Para abordar todo ello, el artículo huye voluntariamente de cualquier erudición jurídica, tratando de utilizar conceptos claros y sencillos que puedan resultar comprensibles para el lector que no está habituado a trabajar en temas relacionados con el derecho administrativo sancionador. No cabe ninguna duda de que muchas de las cuestiones analizadas contienen innumerables matices que, aisladamente considerados, darían suficientemente de sí para completar y desarrollar distintos trabajos o exposiciones con indudable trascendencia jurídica. Por tal razón, el presente artículo solo intentará examinar las líneas generales de este particular ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, haciendo primar el entendimiento de las cuestiones abordadas frente a la profundización de las mismas, aun cuando con ello no se pueda dar una visión completa de todos los aspectos que contiene esta temática.

Por otra parte, resulta conveniente precisar que, aunque este artículo lleve por título «la responsabilidad de los administradores y directivos de *las entidades de crédito*», su objetivo es analizar esa responsabilidad en el ámbito de las entidades supervisadas por el Banco de España, razón por la cual, y a efectos únicamente expositivos, este marco regulador se identificará indistintamente, a lo largo del artículo, como el que afecta a las «entidades de crédito», a las «entidades supervisadas» o al «sector bancario».

El presente artículo se estructura en cinco epígrafes y una conclusión final, en la que se resaltarán algunos de los aspectos más relevantes que se han expuesto a lo largo del mismo:

- El primer epígrafe tiene por objeto analizar cuál ha sido la evolución reciente que se ha producido en la configuración de la responsabilidad de los administradores de las empresas y sociedades, para examinar con mayor detalle las particularidades del sector bancario y la propia existencia de la Ley de Disciplina como norma de cierre regulatorio.
- En el segundo epígrafe se realiza una reseña de los principios generales que informan la potestad sancionadora, para pasar posteriormente a incidir con mayor profundidad en el régimen sancionador aplicable a las entidades de crédito, en los sujetos a los que le afecta dicho régimen, así como en las especiales garantías que contiene el mismo.
- El tercer epígrafe analiza de forma más detenida cuál es el régimen sancionador aplicable a los administradores y directivos de las entidades de crédito, resaltando

su ámbito de aplicación, la justificación de esta particular potestad sancionadora, examinando asimismo las posibles sanciones que se han de imponer y los presupuestos de imputación de responsabilidad.

- El cuarto epígrafe tiene como finalidad exponer alguna de las especialidades de este régimen sancionador, tales como la unidad del procedimiento, las vinculaciones con el orden jurisdiccional penal, la concurrencia de sanciones o las propias medidas específicas establecidas en la legislación sectorial.
- Finalmente, en el quinto epígrafe se hace referencia a algunas consideraciones emitidas por el Banco de España en el ámbito sancionador que, por su carácter general, así como por las valoraciones contenidas en las mismas, pueden tener una especial relevancia.

1 Introducción

1.1 LA EVOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

Cuando se analiza la evolución acaecida en estos últimos años en lo que hace referencia tanto a la organización de las entidades económicas o empresariales como a las reglas por las que se rigen las propias estructuras societarias, no cabe ninguna duda de que, si tuviéramos que destacar alguno de los rasgos identificativos más relevantes de dicha evolución, uno de ellos sería el de la mayor exigencia de responsabilidad a que están sometidos los administradores y directivos de las sociedades. Y en este sentido hay que poner de relieve que esta exigencia de responsabilidad es aún mayor en el ámbito de actuación de las entidades de crédito, dado que las personas que asumen el gobierno de las mismas deben salvaguardar el buen funcionamiento de un sector absolutamente esencial para el mantenimiento de la estabilidad financiera de cualquier país.

Este proceso evolutivo tiene su razón de ser en distintas circunstancias que, con una mayor o menor influencia, han incidido en la correcta definición de las funciones que deben ejercer los administradores de las sociedades y, sobre todo, en la responsabilidad que debe considerarse inherente a ese ejercicio, creándose regulaciones normativas en las que la fijación de responsabilidades sea cada vez más precisa y completa. Por tal razón, si tuviéramos que recordar cuáles han sido las circunstancias que han tenido una mayor influencia en el establecimiento de este nuevo marco regulador, podríamos señalar, sin ánimo de ser exhaustivos, las siguientes:

- En primer lugar, todas las derivadas de la actuación de los propios mercados, que, contando con estructuras societarias cada vez más desarrolladas, fomentan un adecuado nivel de competencia entre los sujetos que integran los mismos. Ello ha contribuido a la creación de regulaciones sectoriales que contemplan y ponen en práctica determinados principios básicos de la actividad empresarial, tales como el de la transparencia en las actuaciones, el del traslado de información a los accionistas e inversores o, en definitiva, la existencia de un adecuado nivel de conocimiento por parte de los sujetos intervinientes en los distintos ámbitos de la actividad económica.
- En segundo lugar, no podemos olvidar la repercusión que determinados escándalos empresariales en el ámbito internacional han podido tener en la opinión pública, no solo en cuanto a la fijación de obligaciones y deberes más exigentes en la actuación de los directivos de las empresas, sino también en lo que hace referencia a la necesidad de contar con elementos de sanción y represión más eficaces y contundentes.
- En último término, y como tercera vía de influencia, no puede dejar de hacerse referencia a todas aquellas iniciativas surgidas en el ámbito de la Unión Europea

que tienen como objetivo la búsqueda de un auténtico «mercado único». Bajo tal consideración, cabe reconocer el indudable efecto positivo que han tenido en las regulaciones nacionales todas las normas y directrices de la Unión tendentes a configurar un mercado europeo en el que los principios de transparencia y competencia actúen como auténticos elementos catalizadores.

Las anteriores reflexiones no vienen sino a plasmar un hecho que se detecta en la evolución de las legislaciones contemporáneas y que no es otro que la necesidad de adaptar los ordenamientos jurídicos a la realidad social y a las exigencias que la propia sociedad civil demanda. Esta apreciación resulta aún más acertada cuando nos referimos a economías abiertas que pretenden adecuar sus reglas a los requerimientos de los mercados, mejorando y perfeccionando todos aquellos aspectos que puedan fijar más claramente las funciones que desempeña cada uno de los sujetos intervinientes en los mismos. Y, en este sentido, no puede obviarse que los ciudadanos vienen exigiendo, desde tiempo atrás, que las personas que administran y dirigen sus empresas y sociedades cumplan, en primer término, adecuadamente sus obligaciones y, en última instancia, asuman sus responsabilidades si han incurrido en alguna irregularidad imputable a ellas.

La plasmación de esta mayor exigencia de responsabilidad de administradores y directivos se ha conjugado en estas últimas décadas mediante un doble mecanismo:

- a) Por una parte, a través de *regulaciones normativas* que recogen con mayor precisión y claridad cuáles son los deberes y obligaciones de los administradores de las sociedades, estableciendo, fundamentalmente en la legislación mercantil, un elenco tasado de deberes que, aun cuando algunas veces simplemente queden apuntados, aportan una regulación jurídica más detallada. A tal efecto, baste recordar que nuestra Ley de Sociedades Anónimas contempla expresamente para los administradores de las sociedades, deberes tales como los de diligencia, fidelidad, lealtad al interés social, secreto, etc.

Pero esta regulación carecería de plena eficacia si no contara con presupuestos específicos de exigencia de responsabilidad en el ámbito mercantil, tales como el ejercicio de las llamadas acciones sociales e individuales de responsabilidad (artículos 133 y siguientes de la LSA), y con elementos correctores tan trascendentes como son los relativos a la propia configuración como ilícitos penales de determinadas conductas en que pueden incurrir dichos administradores. En este sentido, la introducción en nuestro Código Penal de 1995 del denominado «delito societario» ha añadido a nuestro ordenamiento jurídico un nivel de responsabilidad personal particularmente exigente.

- b) Por otra parte, la mayor precisión regulatoria se ha completado con una generalización en la aplicación de los denominados «códigos de conducta», cuyo principal objetivo ha sido fijar y publicitar unas normas de actuación empresarial, particularmente focalizados en la actividad de los administradores, con la intención de establecer unos compromisos de obligado cumplimiento en la vida de las empresas, compromisos que nacen de la propia voluntariedad social en la adopción de esos códigos¹.

1. El cumplimiento de estos códigos y estándares por parte de los sistemas financieros, pero también por las propias instituciones encargadas de su regulación-supervisión, se considera fundamental para mantener un adecuado funcionamiento de los sistemas financieros. Baste recordar que estas normas y estándares son un elemento básico en los ejercicios de análisis de la situación de los países que lleva a cabo el FMI: el FSAP (*Financial System Assessment Program*), análisis al que ha sido sometido nuestro país recientemente y con resultados satisfactorios.

En este sentido, no está de más recordar que las anteriores iniciativas pueden enmarcarse en lo que comúnmente se denomina como «autorregulación» de las entidades, concepto que incluye la fijación voluntaria y unilateral de normas que, sin establecerse en disposiciones de carácter general dictadas por los poderes públicos, pretenden tener un nivel de cumplimiento equivalente a aquellas.

Todo lo anteriormente expuesto serviría para apuntar algunas líneas generales explicativas de la evolución de la responsabilidad de los administradores y directivos de las empresas en nuestro ordenamiento jurídico. Quedaría por reseñar la particular incidencia de estas cuestiones en el sector financiero y la enorme importancia que, en cuanto a la fijación de dichas responsabilidades, adquiere la corrección disciplinaria ejercida por el supervisor, cuestiones ambas que constituyen el objeto fundamental del presente artículo, y a las que dedicamos los restantes apartados de este epígrafe introductorio.

1.2 LAS PARTICULARIDADES INHERENTES AL SECTOR BANCARIO

Cuando se habla de las razones que han llevado a establecer en nuestra legislación unos mayores requisitos de control y supervisión sobre la actividad de las entidades de crédito, resulta habitual y, por otra parte, enormemente útil reproducir el primer párrafo de la exposición de motivos de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que no por usualmente invocado deja de tener plena validez.

Dicha exposición de motivos recuerda la necesidad de someter a las entidades financieras a un régimen de supervisión administrativa particularmente intensa, mayor que el que soportan otros sectores económicos, en la medida en que estas entidades captan recursos financieros de un público muy amplio, público que carece de conocimientos y datos suficientes para realizar una evaluación propia de la solvencia de las mismas. Por tal razón, recoge dicha exposición de motivos: «la regulación y supervisión públicas aspiran a paliar los efectos de esa carencia, y facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no solo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen esas entidades en los mecanismos de pago.»

Y son por eso motivos por los que el propio legislador dotó a los poderes públicos de un régimen sancionador específico para las entidades de crédito, régimen que no solo se circunscribe a la posibilidad de corregir, mediante la imposición de sanciones, las conductas irregulares de las entidades supervisadas, sino que extiende tal potestad a las personas que ostenten cargos de administración y dirección en las mismas.

1.3 LA LEY DE DISCIPLINA COMO NORMA DE CIERRE REGULATORIO

Con independencia de lo anterior, y probablemente como complemento a todo lo dicho, es necesario resaltar la singular importancia que ha tenido la actividad desplegada por el Banco de España en el ejercicio de la potestad sancionadora sobre los administradores y directivos de las entidades de crédito. Y ello es particularmente relevante en la medida en que es en la aplicación de las leyes, al menos tanto como en su configuración teórica, donde realmente se puede apreciar la incidencia de la legislación en el bien jurídico que se trata de proteger.

Cuando en el *Boletín Oficial del Estado* del día 30 de julio de 1988 se publicó la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, se introdujo un acertado sistema de infracciones y sanciones, ciertamente precursor del que luego se ha desarrollado en otros sectores regulados, con el objetivo de dotar a las autoridades públicas de facultades coercitivas suficientes. Se pretendía con ello cerrar, con pleno acomodo a nuestro sistema constitucional, la regulación de la potestad sancionadora sobre el ordenamiento sectorial de las entidades de crédito.

No hay que olvidar que la regulación, la supervisión y la corrección disciplinaria son los tres ámbitos de actuación en los que se asienta el completo diseño de cualquier normativa sectorial. La *regulación*, a través de la que se establecen cuáles son las normas de acceso a una actividad reglada y las normas de actuación por la que se rige la misma. La *supervisión*, mediante la que se ejercen potestades públicas tendentes a controlar el adecuado nivel de cumplimiento de la normativa aplicable, a través de un suficiente grado de información y del ejercicio de facultades de investigación. Y, finalmente, la *potestad disciplinaria*, cuyo objetivo es corregir los incumplimientos en que incurren los sujetos intervinientes en ese sector, cuando no ajustan sus actuaciones a las previsiones normativas.

Pues bien, en el presente artículo nuestra intención es tratar de explicar las razones por las que este especial grado de exigencia de responsabilidad en los administradores y directivos de las entidades (que, como hemos visto previamente, se ha convertido en un tema de indudable actualidad) ya ha tenido desde hace muchos años atrás una singular relevancia en el ámbito del sector bancario, por mor de una ley que, ya en el año 1988, estableció ese particular régimen y, fundamentalmente, por la aplicación que se ha hecho de la misma.

2 La potestad disciplinaria en el ordenamiento sectorial de las entidades de crédito

2.1 PRINCIPIOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Cuando se aborda el examen de la potestad sancionadora, parece útil detenerse, en primer lugar, en qué se entiende por tal concepto y cuáles son los principios que inspiran el mismo.

La definición de esta potestad, sus raíces históricas, su justificación y, en definitiva, su particular configuración han sido objeto de análisis por nuestra doctrina jurídica. Sin ánimo de profundizar en su estudio, sí interesa resaltar que la misma debe ser entendida como el poder jurídico de represión o corrección de determinadas conductas o actuaciones, respecto de aquellos administrados que incumplan lo dispuesto en la normativa aplicable, teniendo presente que el ejercicio de esa facultad va siempre ligado a la posibilidad de imposición de sanciones a través del correspondiente procedimiento administrativo.

La enorme extensión que ha adquirido esta facultad en las legislaciones modernas —y, en particular, en el ordenamiento jurídico español— ha hecho necesario ponderar el desarrollo de esa facultad con la asunción de ciertos principios que deben informar tanto el ejercicio de la potestad sancionadora como la tramitación del procedimiento sancionador en el que aquella se enmarca. En este sentido, resulta clarificador seguir los principios que a tal efecto se recogen en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Así, en lo que se refiere a «los criterios que informan la *potestad sancionadora*», deben destacarse los siguientes principios:

- a) *Legalidad*, entendiéndose que debe contar con la cobertura expresa de una norma con rango de ley.
- b) *Tipicidad*, que, en la misma línea que el anterior, considera infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico, previstas y delimitadas en una ley.
- c) *Responsabilidad*, de tal forma que solo podrán ser sancionadas las personas que resulten responsables de los hechos constitutivos de infracción.
- d) *Proporcionalidad*, a fin de que las sanciones impuestas resulten equitativas con la infracción cometida.

- e) *Irretroactividad*, con el objeto de que sean aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de comisión de los hechos.
- f) *Prescripción*, de tal forma que existan plazos expresos de prescripción de acciones.
- g) *Concurrencia de sanciones*, a fin de evitar la sanción de hechos tanto en vía penal como administrativa.

Del mismo modo, y por lo que se refiere a «los criterios que deben informar el *procedimiento sancionador*», procede resaltar los siguientes:

- a) *Principio de garantía del procedimiento*, mediante la existencia de un procedimiento legal o reglamentariamente establecido a tales efectos.
- b) *Principio del reconocimiento de la existencia de determinados derechos del presunto responsable*, tales como el de ser notificado de los hechos que se le imputen, formular alegaciones y utilizar medios de defensa procedentes, ser informado de las infracciones que pueden constituir tales hechos y de las sanciones que se puedan imponer, etc.
- c) *Principio de presunción de inocencia*, de tal modo que exista un derecho a no recibir sanción que no venga fundamentada en un juicio razonable de culpabilidad con la previa actividad probatoria.
- d) *Existencia de medidas cautelares*, entendiendo por ellas la adopción de medidas provisionales que aseguren la eficacia de la resolución final que pueda recaer en el procedimiento.
- e) *Motivación de la resolución* que ponga fin al procedimiento.

Obviamente, el análisis de cada uno de estos principios exigiría un mayor desarrollo expositivo, de la misma forma que lo podría exigir la explicación del por qué se aplican en el ejercicio de la potestad sancionadora determinados criterios que han nacido en el ámbito del derecho penal o la razón de la existencia de determinados principios, como alguno de los que hemos señalado, que tienen un claro entronque constitucional. Pero el examen de todos estos aspectos excede de la amplitud del presente artículo, que sí pretende, por el contrario, intentar exponer con mayor detalle el particular ejercicio de esa facultad coercitiva en un sector (como el de las entidades de crédito), y en lo que hace referencia a determinados sujetos (los administradores o directivos de las mismas).

2.2 LA POTESTAD SANCIONADORA EN LA LEY 26/1988, DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La promulgación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante, Ley de Disciplina o Ley 26/1988), supuso, por una parte, la correcta aplicación de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad en el ejercicio de la potestad sancionadora sobre las entidades de crédito y, por otra, la agrupación en una única norma de regulaciones específicas que se encontraban enormemente dispersas.

El título primero de la Ley consagra la aplicación de un régimen sancionador específico para las entidades de crédito y para quienes ostenten cargos de administración en las mismas, fijando de este modo un elemento diferenciador frente a otras regulaciones sectoriales: se considerarán responsables de las infracciones administrativas no solo las personas jurídicas que tengan la condición de entidad de crédito, sino también sus administradores y directivos.

Esa responsabilidad alcanzará a quienes infrinjan «normas de ordenación y disciplina», adquiriendo dicha consideración las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas, incluyendo expresamente entre dichas disposiciones las circulares aprobadas por el Banco de España.

La clasificación de las infracciones de esas normas de ordenación y disciplina responde al esquema clásico que las agrupa en infracciones *muy graves*, *graves* y *leves*, atendiendo, claramente, a la mayor relevancia del incumplimiento cometido y a la incidencia que pueda tener el mismo sobre el esencial bien jurídico que se encomienda al supervisor bancario: promover el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero. Para conseguir ese fin es necesario contar con elementos suficientes que permitan valorar la solvencia, liquidez y estabilidad de las entidades supervisadas que integran ese sistema financiero, valoración que solo se puede llevar a efecto a través de un suministro de información suficiente por parte de las entidades, del ejercicio de labores de inspección sobre las actividades de las mismas y, en definitiva, del correcto cumplimiento por parte de las propias entidades de las exigencias establecidas por la normativa específica.

Es por esa razón por la que la fijación en la relevancia de las infracciones y su clasificación en *muy graves* o *graves* (dado que las *leves* tienen un carácter más residual) se llevan a cabo atendiendo a su incidencia en ese especial bien jurídico protegido, de tal forma que adquieren la mayor calificación infractora —entre otras, y a título de ejemplo— las que guardan relación con aquellos hechos que tienen que ver con el incumplimiento en las exigencias de recursos propios; con el incumplimiento de los requisitos contables o con la remisión de información al supervisor, si con ello se impide conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad; o cuando concurre una conducta o actuación que supone incumplimientos de normas legales y las mismas no tienen un carácter ocasional o aislado. Se trata, por tanto, de infracciones que merecen una mayor calificación y consiguiente represión, por afectar a la solvencia o estabilidad de las propias entidades o al conocimiento de la misma por parte del supervisor.

Y prueba de esta particular diferenciación es el hecho de que, como tendremos oportunidad de analizar en detalle más adelante, mientras a las entidades de crédito se les puede imputar la comisión de cualquier tipo de infracción (muy grave, grave o leve), a sus administradores y directivos solo se les puede sancionar por las dos primeras (muy grave o grave), sin que quepa atribución de responsabilidad por la comisión de las infracciones leves.

La comisión de las anteriores infracciones trae, en lógica consecuencia, la aplicación de las correspondientes sanciones, completando con ello la doble cara de la potestad sancionadora que antes hemos reseñado, esto es, en primer lugar, la configuración de los ilícitos administrativos y, en último término, la imposición de medidas tendentes a corregir y sancionar esos incumplimientos.

Indudablemente, el elenco de sanciones administrativas se estructura atendiendo a la propia clasificación de las infracciones y a la gravedad de las mismas, pudiendo ir, en el caso de las entidades, desde multas pecuniarias (la sanción más habitual) hasta la imposición de amonestaciones privadas o públicas, publicándose estas últimas en el *Boletín Oficial del Estado*. Del mismo modo, debe recordarse que las sanciones más elevadas, en el supuesto de comisión de infracciones muy graves, pueden llegar a la imposición de multas de hasta el 1% de los recursos propios de la entidad o, incluso, a la propia revocación de la autorización para operar.

2.3 SUJETOS SOMETIDOS
A LA POTESTAD DISCIPLINARIA
DE LA LEY 26/1988

Por lo que respecta a la competencia para el ejercicio de esta potestad disciplinaria en el ámbito de las entidades de crédito, cabe decir que la incoación del procedimiento y la instrucción del mismo corresponden al Banco de España, al que también compete la imposición de sanciones por infracciones graves y leves. La imposición de sanciones por infracciones muy graves corresponde al ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España, salvo la de revocación de la autorización, que se impondrá por el Consejo de Ministros.

Como ya se ha apuntado en anteriores epígrafes, la Ley 26/1988 se configuró, en su origen, como la ley sancionadora aplicable a las denominadas entidades de crédito: bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito, así como a algunas otras que, a estos efectos, tenían idéntico carácter, tales como, por ejemplo, el Instituto de Crédito Oficial o la Confederación Española de Cajas de Ahorro. A ellas deben añadirse los establecimientos financieros de crédito y las entidades de dinero electrónico, que también tienen tal condición en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio.

Del mismo modo, también hay que poner de relieve que la propia Ley 26/1988 fue más allá, en lo que respecta al ámbito de aplicación, extendiéndose el mismo a los titulares de participaciones significativas, en los términos previstos en título VI de la propia Ley, a aquellos otros titulares que teniendo nacionalidad española controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea y, finalmente, a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras.

Posteriormente han sido otras normas legales las que han sometido a otras entidades financieras al ámbito de aplicación de la Ley 26/1988, bien en su integridad o bien únicamente en determinados aspectos. Entre estas interesa destacar las siguientes: i) las sociedades de garantía recíproca, tal y como prevé el artículo 67 de la Ley 1/1994; ii) las sociedades de tasación, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 3/1994, y iii) los establecimientos de cambio de moneda extranjera, tal y como prevé el artículo 178 de la Ley 13/1996.

Como se puede observar, aunque la Ley 26/1988 nació como una ley de referencia para las entidades de crédito, su aplicación no se circunscribió únicamente a las mismas, ampliándose en un primer momento a las personas físicas o jurídicas que podían llegar a considerarse sujetos infractores y, estableciéndose, a través de otras normas de rango legal, la remisión a su régimen sancionador, creándose de esta forma una regulación común de referencia que afecta a un importante elenco de entidades que integran nuestro sector financiero.

La anterior consideración, unida al hecho de la aplicación de ese ámbito sancionador a los administradores y directivos de las entidades, lleva a la configuración de esa potestad sancionadora como una potestad que podríamos denominar «disciplinaria», en el entendimiento de esta última como aquella que se ejerce cuando entre la Administración y los administrados concurren las conceptuadas como «relaciones de sujeción especial».

En efecto, las relaciones especiales de sujeción son aquellas que se producen entre la Administración y aquellos administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de los ciudadanos. Tanto el concepto de «derecho administrativo disciplinario» como el de «sanción disciplinaria» giran en torno a este tipo especial de relación jurídica. Y es dentro de este tipo de especiales relaciones donde puede encuadrarse el ejercicio de esa potestad disciplinaria del Banco de España sobre las entidades (así como sus administradores) que integran este particular ordenamiento sectorial, aplicándose para ello la Ley 26/1988, que tiene por título «Ley de Disciplina e Intervención sobre las Entidades de Crédito».

Previamente, al hablar de los principios que deben informar cualquier procedimiento sancionador, ya se ha aludido al principio de garantía del procedimiento. En las siguientes líneas intentaremos desarrollar este principio con mayor grado de detalle, exponiendo los aspectos fundamentales y más esenciales del mismo, en la medida en que constituye uno de los pilares básicos en los que se asienta el equilibrio de un procedimiento que puede imponer no solo sanciones pecuniarias, sino también sanciones restrictivas del ejercicio de derechos.

En este sentido, es importante poner de relieve que, al margen de la normativa general de aplicación, el procedimiento sancionador sobre este ordenamiento sectorial cuenta con diversa normativa específica: por una parte, la que se contiene en los artículos 19 a 27 de la Ley de Disciplina y, por otra, la que se recoge en los dos reglamentos que regulan tanto el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora como el especial aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, aprobados por los reales decretos n.ºs 1398/1993 y 2119/1993, respectivamente.

Una de las primeras características que cabe resaltar, en cuanto a la garantía que informa este procedimiento, es el absoluto respeto al derecho de defensa, principalmente a través de la opción de formular alegaciones frente a dos de los trámites esenciales del procedimiento, a saber, el pliego de cargos y la propuesta de resolución, elaborados por el instructor del mismo. Este reconocimiento a la audiencia previa, esto es, a la facultad de aportar sus consideraciones y valoraciones sobre los hechos puestos en cuestión, completando las mismas con la remisión de documentación si así se estima procedente, viene a completarse, desde el punto de vista de las garantías del expedientado, con la posibilidad de acceso al procedimiento y respetando, en todo caso, las previsiones establecidas en la normativa vigente.

Todo lo anterior, que viene a refrendar la presencia del principio de transparencia que debe imperar en su tramitación, se completa con dos previsiones concretas de la normativa, que no solo tienen una trascendencia práctica, sino que guardan una directa influencia con la aplicación de la equidad y eficacia del procedimiento. Estas previsiones son las siguientes: i) la designación de un instructor del procedimiento, que, junto con el secretario del mismo, tiene como función su impulso, a través de aquellos actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos objeto de imputación, que deben servir para la correcta incardinación jurídica de las infracciones administrativas y para la proposición de las consiguientes sanciones, y ii) el establecimiento de la debida separación entre la fijación de los hechos que motivan la incoación del expediente y, fundamentalmente, entre la fase instructora y sancionadora, encomendándose el ejercicio de estas dos últimas a personas u órganos distintos.

Pero no solo las anteriores exigencias procedimentales informan este principio garantista, puesto que, además, la propia Ley de Disciplina recoge un artículo expreso (su artículo 14), en el que se fijan unos criterios específicos que sirven para determinar la sanción que se ha de aplicar por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves, eliminando con ello cualquier riesgo de discrecionalidad en su aplicación. Estos criterios suponen, de acuerdo con lo dispuesto en las distintas previsiones del artículo 14, apartado 1, de la Ley:

- a) Un ejercicio específico de valoración de la infracción cometida, de tal forma que se tengan en cuenta:
 - La naturaleza y entidad de la misma.
 - La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.

- Las ganancias obtenidas con esa infracción.
- b) Una valoración del propio expedientado y sus actuaciones, teniendo presentes los siguientes aspectos:
- La importancia de la entidad, medida en función de su balance.
 - Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.
 - Su conducta anterior, atendiendo a las sanciones firmes impuestas en los últimos cinco años.
- c) Una valoración de posibles circunstancias atenuantes, tales como:
- Haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
 - En el expreso caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.

3 El régimen sancionador aplicable a administradores y directivos de las entidades de crédito

3.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

En primer lugar, cabe decir que el principio de responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del derecho administrativo sancionador se ha venido consagrando en nuestro ordenamiento jurídico desde largo tiempo atrás. El propio artículo 130 de la Ley 30/1992 reconoce la responsabilidad en vía administrativa de las *personas físicas y jurídicas* que resulten responsables de los hechos constitutivos de infracciones administrativas.

Es cierto, como se ha ocupado de reflejar nuestro Tribunal Constitucional en diferentes sentencias (por todas, la ST 246/1991, de 19 de diciembre), que en las personas jurídicas falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a que están sometidas. «Capacidad de infracción y, por ende, responsabilidad directa [tal y como recoge nuestro alto Tribunal], que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.»

Por tal razón, debe fijarse con claridad que la consideración de las entidades de crédito (y, en general, de las entidades supervisadas a las que se aplica la Ley 26/1988) como centro de imputación jurídica de una actividad disciplinada por normas de obligado cumplimiento hace que las infracciones de dicha normativa sean aplicables a la entidad con carácter general. Las entidades son responsables en el ámbito administrativo de aquellos hechos y conductas que conculquen las normas de ordenación y disciplina, debiendo responder, a título directo, de aquellas sanciones que se impongan como consecuencia de la comisión de distintas infracciones.

Pero, como ya se ha señalado con anterioridad, el ámbito de aplicación de la Ley de Disciplina también se extiende a quienes ostentan cargos de administración o dirección en las entidades de crédito, estableciendo el artículo 1.º, 4, de dicha Ley que ostentan dichos cargos de administración «sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito extranjeras en España».

Este principio general de determinación de los administradores y directivos como sujetos pasivos de la potestad sancionadora, siempre que concorra responsabilidad en su actuación, supone uno de los rasgos definitorios, y sin duda de mayor calado, de esta regulación sectorial. Y ello es así porque, a diferencia de otras muchas normas administrativas sancionadoras, en este caso no solo se hacen responsables a los sujetos infractores primarios, esto es, a las entidades que, dotadas de personalidad jurídica, han infringido una determinada previsión normativa, sino que la represión sancionadora se extiende en particular a quienes ejerzan en aquellas cargos de administración, dirección o control.

Como complemento de lo anterior, únicamente cabe añadir en este punto otras consideraciones:

- Los administradores y directivos de las entidades de crédito solo son responsables de la comisión de infracciones *muy graves y graves*, pero no de las leves, dado que el legislador ha entendido que estas no reúnan entidad suficiente para imponer una responsabilidad derivada.
- El concepto de sujetos pasivos de este particular ámbito de la potestad sancionadora se extiende, por previsión normativa expresa (artículos 12 y 13 de la Ley 26/1988), a quienes ejerzan cargos de administración *de hecho o de derecho* en la entidad, evitando con esto la elusión de las normas sancionadoras mediante la creación de estructuras o personas ficticias que impidan la aplicación de la sanción a quienes realmente son responsables del ilícito administrativo.
- Aunque generalmente tienen la consideración de personas que ostentan cargos de administración en la entidad aquellos administradores y directivos que las propias entidades declaran al *Registro de Altos Cargos* del Banco de España, ello no impide que quienes ejerzan alguno de los cargos o posiciones enmarcables en el artículo 1.º, 4, de la Ley 26/1988 antes citado, y sean responsables de la comisión de una infracción, puedan resultar sancionados con arreglo a lo previsto en la propia Ley de Disciplina.

3.2 LA JUSTIFICACIÓN DE ESTA PARTICULAR POTESTAD SANCIONADORA

El acceso a una actividad económica regulada tiene su razón de ser en el bien jurídico que se intenta proteger mediante la ordenación de dicha actividad. En el caso del sector bancario, está claro que la justificación deviene de las especiales características de ese sector, en la medida en que, como hemos visto, todos los sujetos intervinientes en una economía moderna (ciudadanos, empresas u organismos públicos) canalizan y confían sus ahorros o sus recursos a las entidades integrantes del mismo.

Es por ello por lo que esta actividad se somete a un especial régimen de intervención administrativa, que incluye el sometimiento a autorización previa del acceso a la actividad mediante el cumplimiento de una serie de requisitos objetivamente establecidos, que van desde la posible exigencia de requisitos societarios o de capital, hasta la especificación de las condiciones que deben reunir sus administradores.

Y es aquí donde nos interesa detenernos, a fin de resaltar la necesidad de contar con administradores o directivos que reúnan determinados requisitos; entre ellos, fundamentalmente, los siguientes:

- Honorabilidad comercial y profesional, entendiendo que la misma concurre en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes

mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. A este respecto, debe resaltarse que la normativa entiende que, en todo caso, carecen de tal requisito quienes, entre otros, tengan antecedentes penales por delitos dolosos, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o en entidades financieras, o estén inhabilitados conforme a la legislación concursal.

- En determinados supuestos, o al menos de forma mayoritaria, los órganos de gobierno de la entidad deben contar con personas con conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones.

Con ello queremos traer a colación que, ya desde el acceso a la actividad, los administradores y directivos del sector bancario deben contar con un plus añadido, puesto que deben reunir específicas condiciones, entendiéndose que ejercerán sus funciones en un sector particularmente relevante y sensible, que supone el núcleo mismo del sistema financiero, razón que justifica la creación de un sistema punitivo especial, frente al que podría operar en otros ámbitos de la actividad económica.

3.3 LAS POSIBLES SANCIONES QUE SE HAYAN DE IMPONER A ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

Como hemos señalado previamente, con independencia de las sanciones que corresponda imponer a la entidad infractora, los administradores y directivos de las entidades pueden ser sancionados con arreglo a lo previsto en la Ley de Disciplina, si son considerados responsables de la comisión de infracciones muy graves o graves.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Disciplina, por la comisión de *infracciones muy graves*, podrán imponerse las siguientes sanciones:

- Multa por importe no superior a 150.000 euros.
- Suspensión del cargo por un plazo no superior a tres años.
- Inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación del cargo, por un plazo no superior a diez años.

En el caso de las *infracciones graves*, según el artículo 13 de la Ley de Disciplina, las sanciones que se impondrán son las siguientes:

- Amonestación privada.
- Amonestación pública.
- Multa no superior a 90.000 euros.
- Inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación del cargo, por plazo no superior a un año.

Por tanto, el elenco de sanciones es profuso y variado, permitiéndose la simultaneidad de alguna de ellas, pudiendo ir desde multas económicas hasta sanciones que restringen la posibilidad de ejercer cargos de administración en la misma o en otras entidades. Y, en este último supuesto, no cabe ninguna duda de que esta sanción de inhabilitación para ejercer car-

gos de administración o dirección es particularmente relevante, en la medida en que puede llegar a impedir el ejercicio de esas profesiones por un elevado período de tiempo, incluso, en todo el sector financiero. Y ello teniendo en cuenta que esta sanción, además de la consecuencia práctica que lleva aparejada, incide aún más, como algunas otras (por ejemplo, la de amonestación pública), en el propio concepto de riesgo reputacional, configuración conceptual que tiene una enorme trascendencia en el sector bancario, dado que la confianza depositada en quienes gestionan el mismo representa uno de los ejes fundamentales en los que se sustenta ese sector.

Obviamente, la imposición de una u otra sanción se deberá realizar ponderando adecuadamente la importancia de cada una de las infracciones cometidas y valorando detenidamente los criterios recogidos en el artículo 14, apartado 1, de la Ley de Disciplina, y que antes hemos detallado (véase epígrafe 2.4), que también resultan aplicables en las sanciones que se hayan de imponer a administradores y directivos.

Pero, en estos supuestos, el legislador, en ese mismo artículo 14, apartado 2, ha querido incluir, además, unos criterios específicos para los administradores o directivos que cometan infracciones muy graves o graves, entendiéndose que, para la particular determinación de la sanción que se haya de aplicar, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- Su grado de responsabilidad en los hechos.
- El carácter de la representación que ostente el interesado.
- La conducta anterior del interesado, tomando en consideración las sanciones firmes que se le hubieran impuesto en los últimos cinco años.

3.4 PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ALTOS CARGOS

El artículo 15 de la Ley de Disciplina recoge que las personas que ejerzan cargos de administración o de dirección serán responsables de las infracciones muy graves o graves cuando estas sean imputables a su «conducta dolosa o negligente». Con ello, el legislador ha querido establecer que la imputación de responsabilidad a los administradores o directivos de las entidades lo será, al menos, cuando concorra una conducta dolosa o culposa en sus actuaciones.

Es conocida la diferencia entre el dolo o la culpa en lo que se refiere a su concepción clásica. Quien actúa con dolo aúna conocimiento y voluntad a la hora de conseguir un resultado, de tal forma que su conducta dolosa pasa por conocer los elementos esenciales de su acción, saber que la misma es injusta y contraria a la normativa, pero a pesar de ello buscar ese resultado. Sin embargo, quien actúa con culpa, aunque sin reunir los requisitos de una conducta dolosa, también provoca un resultado injusto y contrario a la normativa, derivado de su actuación, en la que no se ha operado con el cuidado exigido para evitar esa concreta consecuencia, merecedora de ser calificada como infracción. Por lo tanto, en el dolo existe una decidida voluntad infractora hacia el objetivo predeterminado, mientras que en la culpa no se previó o evitó lo que objetivamente pudo y debió preverse.

Pero, en este particular examen de responsabilidad, dolo o culpa no influyen directamente para la calificación sustantiva de las infracciones, puesto que lo que nuestra legislación establece es que los administradores y directivos de las entidades de crédito serán responsables de las infracciones muy graves o graves cuando en esa actuación haya concurrido al menos una actuación dolosa o negligente. Sin embargo, dolo y negligencia sí serán elementos esenciales para valorar cuál es la sanción que se ha de imponer, en la medida en que parece

procedente imponer una pena distinta a quien actuó con plena voluntad de infringir la norma, de la que se impondría a quien no puso los medios suficientes para evitar la infracción.

Asimismo, es importante resaltar que, como complemento al asentamiento del anterior principio de culpabilidad, el apartado 2 del citado artículo 15 señala que serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos:

- 1 «a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones.»

En este supuesto, la exención de responsabilidad va ligada a una circunstancia concreta, como es la no asistencia «por causa justificada» a las reuniones correspondientes que guarden relación con los hechos constitutivos de la infracción, debiendo quedar dicha causa de exención, para que pueda surtir plenos efectos, conveniente y debidamente acreditada. Del mismo modo, la segunda circunstancia eximente de responsabilidad, esto es, el haber salvado el voto o votado en contra en relación con el acuerdo o decisión que hubiese dado lugar a las infracciones, también requiere similar carga probatoria y acreditativa.

- 2 «b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad.»

Como se observa, el anterior párrafo establece la exención de responsabilidad cuando las infracciones cometidas sean imputables «exclusivamente» a determinados administradores u órganos. Pero ello no implica que la atribución de facultades ejecutivas a un órgano o administrador desplace automáticamente la responsabilidad del resto. La apreciación de dicha exclusividad requiere, por el contrario, un análisis de la naturaleza y entidad de la conducta infractora para determinar si la misma es efectivamente imputable, con carácter excluyente, a determinados cargos o si, por el contrario, y por formar parte del haz de facultades de los administradores, ha de ser también imputada a los restantes.

Del mismo modo, en la aplicación del citado apartado 15.2.b) de la Ley de Disciplina, adquiere particular relevancia la configuración de la «culpa in vigilando», entendiendo esta como la negligencia en la vigilancia, de tal forma que, por ejemplo, no puede invocarse la exención de responsabilidad cuando se haya delegado en algún cargo en particular algunas funciones atribuidas a un órgano de administración, pues el correcto ejercicio de las facultades exige que la vigilancia se extienda sobre el uso que se está haciendo de esas facultades delegadas.

4 Algunas especialidades del régimen sancionador aplicable a los administradores y directivos

Como se ha indicado a lo largo del presente artículo, la singularidad de los sujetos pasivos del régimen infractor de la Ley de Disciplina, que engloba tanto a las entidades de crédito como a sus cargos de administración, la aplicación de las normas procedimentales de esa Ley, así como de las que tienen un carácter general (Ley 30/1992 y reales decretos 1398/1993 y 2119/1993, respectivamente), dotan a este régimen sancionador de determinadas especialidades que merecen un mínimo detenimiento.

4.1 LA UNIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Resulta relativamente habitual encontrarnos en el ámbito de la corrección administrativa, enmarcada en el régimen sancionador común, con expedientes abiertos a una sola persona, por la comisión de una o más infracciones. En estos últimos supuestos, los de la comisión de más de una infracción por el mismo sujeto, los principios de economía procesal y de unidad de actuaciones hacen aconsejable que, cuando se trate de hechos cuya responsabilidad se sustancia con arreglo al mismo ordenamiento sancionador, este último se lleve a cabo a través de un único procedimiento administrativo.

Tampoco es inhabitual que sea más de una persona la presunta responsable de la comisión de infracciones administrativas. Por el contrario, quizás no sea tan común encontrarse, como sí ocurre en el ordenamiento sectorial que ahora estamos analizando, con que entre los sujetos responsables figuren tanto personas jurídicas como personas físicas, que ostentan cargos de administración en aquellas. Tal configuración hizo que el legislador, en la regulación de la Ley de Disciplina, tuviera que prever específicamente esta circunstancia para así tratar de ordenar un procedimiento ya de por sí complicado.

Por tal razón, el artículo 21 de la Ley de Disciplina recoge expresamente que «las sanciones a las entidades de crédito y a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en ellas que deriven de una misma infracción se impondrán en una única resolución, resultado de un mismo procedimiento».

Ello equivale, por la conjunción de esta previsión normativa con los principios anteriormente reseñados, a que, en la práctica, se seguirá un procedimiento único cuando se incoe un expediente a una entidad de crédito y a algunos de sus administradores o directivos. Tal diseño parece lógico, en la medida en que se trata del análisis, valoración y configuración jurídica de los mismos hechos constitutivos de la misma infracción, aun cuando la responsabilidad en que puedan haber incurrido unos u otros sea distinta y, por tanto, llegue a ser necesaria una diferente corrección disciplinaria.

Del mismo modo, esta unidad del procedimiento asegura el principio de contradicción entre los expedientados, lo que permite el acceso de los mismos a toda la documentación que forme parte del expediente, a las alegaciones formuladas por cada uno de ellos, así como a las distintas pruebas que puedan aportarse, garantizándose de esta forma la transparencia del procedimiento.

Y, en el mismo sentido, dicha unidad del procedimiento coadyuvará a que la decisión que corresponda adoptar en su día al órgano administrativo competente para la imposición de la sanción se determine teniendo en cuenta, en una visión común y coherente, todos los documentos y alegatos que los expedientados puedan haber aportado a lo largo del proceso.

No obstante, la anterior previsión tiene también algún otro efecto, en la medida en que precisamente esa multiplicidad de sujetos infractores, que, obviamente, lleva aparejada una multiplicidad de actuaciones, convierte, en algunos supuestos concretos, estos expedientes en macroprocedimientos, con posibles líneas de defensa separadas y con un número tan elevado de documentación y de interesados que hacen de los mismos, procedimientos indudablemente complejos.

4.2 VINCULACIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CON EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

Es sabido que rige un principio en el derecho administrativo sancionador de inhibición de actuaciones a favor de la jurisdicción penal, cuando los mismos hechos que puedan ser constitutivos de una infracción administrativa, puedan ser asimismo potencialmente constitutivos de un ilícito penal. Este criterio lo que establece es que, en cualquier momento en

que los órganos administrativos competentes estimen que los hechos también pueden ser constitutivos de un ilícito penal, o bien tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre esos mismos hechos, deben relacionarse con las autoridades penales, a efectos de conocer los extremos sobre los que versa el mismo. Todo ello con el objetivo de conocer si existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, pues ello conllevaría la suspensión del expediente administrativo hasta que recayera la correspondiente resolución judicial, respetándose en todo caso los hechos declarados probados en esa resolución judicial firme.

Pero este requisito de concurrencia de la triple identidad no opera de la misma forma en el ámbito sancionador de la Ley de Disciplina, puesto que el artículo 2 de la Ley 26/1988 establece que «cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial, respetándose en todo caso la apreciación de los hechos que contenga el pronunciamiento judicial. Reanudado, en su caso, el expediente, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho procedimiento».

Como puede observarse, frente al principio general de la prejudicialidad penal plena (es decir, identidad de sujetos, hechos y fundamentos) previsto en el artículo 7.2 del Real Decreto 1398/1993, impera en este ámbito el principio recogido en el artículo 2 de la Ley de Disciplina, que se circunscribe a la identidad de hechos o imposibilidad de racional separación de los mismos. Obviamente, la fijación de esta norma especial obedece a la existencia de una pluralidad de sujetos sobre los que gravitan, en buena medida, las responsabilidades que pueden acontecer (sobre los mismos hechos), bien en el orden penal, bien en el administrativo. Y, fundamentalmente, esa especial previsión normativa obedece a que entre los sujetos afectados se encuentran unos (administradores y directivos) que, como personas físicas, pueden ser considerados responsables directos tanto en el orden administrativo como en el penal, mientras que otros (entidades de crédito) no cuentan con esa directa represión en el orden penal. Bajo tal consideración, en estos particulares supuestos no puede darse el presupuesto completo de la existencia de la triple identidad o de la prejudicialidad penal plena, aunque sí se establezca claramente como criterio preferente que la apreciación de los hechos que se efectúe en la vía penal es la que también debe aplicarse en el orden administrativo. Es por ello por lo que nuestro ordenamiento jurídico bancario establece una norma específica, mediante la que extiende la vis atractiva de la jurisdicción penal sobre la administrativa, no solo cuando se produzca la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento, sino incluso cuando solo se dé la identidad de hechos o cuando guarden tal relación con aquellos, que sea racionalmente imposible su separación.

Indudablemente, la anterior consideración, añadida al ya reseñado principio de unidad de las actuaciones, también tiene una consecuencia práctica. En efecto, como quiera que los expedientes administrativos a entidades y administradores deben tramitarse y resolverse de manera conjunta, cualquier proceso penal seguido contra alguna de las personas físicas (administradores y directivos) que se encuentren incluidas entre los expedientados en el ámbito administrativo conllevaría la suspensión de ese procedimiento, si en ambos procesos existen hechos comunes o de imposible separación racional. Ello implicaría la suspensión de la corrección administrativa de las entidades o de los administradores no imputados en el proceso penal, hasta tanto se dicte una resolución penal firme que fije la apreciación de esos hechos.

Existe un principio en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado «non bis in idem», que tiene por finalidad evitar la duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que concurra identidad de *sujetos*, *hechos* y *fundamento*. Este principio goza de un evidente refrendo constitucional, de acuerdo con la previsión establecida en el artículo 25 de nuestra Carta Magna, y tal y como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en distintos pronunciamientos (por todas, la STC 2/1981, de 30 de enero). Tal principio busca no solo impedir el previsto resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de los procedimientos —penal y administrativo sancionador—, atribuidos a autoridades de distintos ámbitos.

De acuerdo con esta regulación, recogida con carácter general en el artículo 133 de la Ley 30/1992 y desarrollada en el artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, si bien es cierto que con carácter general puede afirmarse que la aplicación del principio «non bis in idem» podría resultar afectada cuando, como consecuencia de la comisión de un único hecho ilícito, se imponen a la persona responsable distintas sanciones, no lo es menos que el presupuesto necesario para la aplicación de dicha prohibición requiere apreciar, en las sanciones cuya aplicación simultánea se pretende, una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Analizando con mayor detalle las anteriores consideraciones, podría reseñarse lo siguiente:

- a) En cuanto al requisito de la «identidad subjetiva», debe tenerse presente que el sujeto pasivo implicado ha de ser el mismo en todos los procedimientos, sea cual fuera su naturaleza o la autoridad judicial o administrativa concedora de los mismos.
- b) Por lo que respecta a la «identidad fáctica», deben tenerse en cuenta los hechos constitutivos de la respectiva infracción, es decir, únicamente los contemplados en el tipo penal o administrativo cuya comisión sea sancionable, y no los restantes hechos que puedan rodear la perpetración concreta del ilícito.
- c) Mayor dificultad puede llegar a entrañar la determinación del tercer presupuesto en el que se sustenta el citado principio, esto es, la «identidad causal o de fundamento», en la medida en que ya no se trata de analizar únicamente elementos identificables objetivamente (como son los «hechos» o los «sujetos» intervinientes en un procedimiento), sino que se trata de apreciar la identidad entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas. Esta consideración implica la no aplicación del «non bis in idem» cuando los bienes jurídicos protegidos por los ordenamientos penal y administrativo sean distintos.

En efecto, el hecho de que el análisis de la identidad causal o de fundamento desde la perspectiva del «interés jurídicamente protegido» requiera la identificación individualizada de dicho bien en cada concreto tipo infractor, tanto en el orden penal como en el administrativo, no es obstáculo para poder afirmar que, desde una perspectiva general, los intereses jurídicos protegidos, por un lado, por la normativa penal y, por otro, por la normativa administrativa de carácter sancionador en el marco de la Ley de 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, pueden ser diversos.

Frente al ordenamiento general, el ordenamiento crediticio y bancario constituye un ordenamiento sectorial que presenta una serie de singularidades que, a su vez, responden a la exis-

tencia de una serie de intereses o bienes jurídicos particulares de dicho sector, susceptibles de protección, diferenciada de los meros intereses corporativos. Dichos intereses, cuya protección se instrumenta a través del régimen sancionador de la Ley de 26/1988, se dirigen fundamentalmente a salvaguardar la estabilidad, solvencia y liquidez del sistema financiero, que es un bien público de general reconocimiento. Es por esta razón por la que la legislación sectorial bancaria contiene una serie de normas y exigencias, con la doble finalidad de facilitar a la autoridad supervisora una completa información sobre la situación y evolución de las entidades supervisadas y de limitar o prohibir la actuación de estas últimas en operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o de minoración de los recursos propios de las mismas, poniendo en peligro capitales ajenos, y en particular los depósitos del público en general.

Ya hemos señalado en este artículo cómo las relaciones entre la autoridad supervisora, en cuanto Administración Pública, y las entidades sometidas a su supervisión pueden calificarse como relaciones de sujeción especial, lo que incardina la compatibilidad entre sanción penal y sanción disciplinaria administrativa, entendida como la posibilidad de que una conducta, al vulnerar preceptos penales y preceptos pertenecientes al ordenamiento disciplinario de la Administración, pueda ser doblemente reprimida.

En cualquier caso, no puede desconocerse que la admisión de la duplicidad sancionadora en materia de relaciones especiales de sujeción requiere, por un lado, que el bien jurídico protegido (fundamento) entre las normas penales y las disciplinarias sea distinto y, por otro, que las sanciones impuestas sean proporcionadas a dicha protección.

En este sentido, no puede dejar de advertirse de que la Ley de 26/1988, en atención, precisamente, al respeto a ese principio de proporcionalidad en la sanción, implícito en todo ordenamiento disciplinario, derivado, como hemos visto, del específico marco en el que resulta de aplicación, ha incorporado una serie de sanciones que se consideran adecuadas a la concreta finalidad represora que se persigue, pero que resultan difícilmente aplicables, o simplemente incomprensibles, fuera del ordenamiento sectorial del crédito. Así, pueden citarse ejemplos tales como las sanciones de inhabilitación, suspensión o separación en los cargos de administración o dirección de las entidades de crédito o en el sistema financiero, o como las amonestaciones públicas o privadas a las personas que ocupan esos cargos, sanciones todas ellas que encuentran su verdadero sentido únicamente en este sector del ordenamiento jurídico. Son precisamente estas sanciones las que, en último término, dotan de coherencia y proporcionalidad en este sector del ordenamiento a la imposición de la doble sanción penal y administrativa por unos mismos hechos.

4.4 MEDIDAS ESPECIALES DE LA LEY 26/1988

Tal y como hemos señalado con anterioridad, la singular trascendencia que representa la posición de los administradores y directivos de las entidades de crédito y su consiguiente grado de responsabilidad llevaron a que el legislador incluyera la separación e inhabilitación en el cargo como una de las posibles sanciones que cabía aplicar. La justificación de tal medida quedaba amparada en la propia salvaguarda del sistema, que debe impedir que entre sus integrantes se encuentren actores que han incumplido flagrantemente sus normas de actuación.

Pero, incluso con carácter previo a la finalización de un expediente y a la promulgación de la consiguiente sanción, la propia Ley de Disciplina (artículo 24) también contempla la posibilidad de que en el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador o durante la tramitación del mismo se pueda disponer la suspensión provisional de las personas que ostentan cargos de administración o dirección en la entidad.

Ahora bien, la puesta en marcha de tal medida se somete a una doble condición: i) que los administradores o directivos expedientados aparezcan como presuntos responsables de infracciones muy graves, y ii) que ello resulte aconsejable para la protección del sistema financiero o de los intereses económicos afectados.

No obstante, la previsión normativa intenta recoger todo tipo de garantías, al objeto de ponderar los efectos en la aplicación de esa suspensión, estableciendo expresamente un período máximo de duración de tal medida de seis meses y la posibilidad de que la misma sea levantada en cualquier momento, bien de oficio, bien a petición del afectado. De la misma forma, a fin de evitar efectos excesivamente severos, y en línea con los principios que informan el ejercicio de la potestad sancionadora, el tiempo que dure esa suspensión provisional computará a efectos del cumplimiento de la posterior sanción de suspensión.

De todos modos, no hay que confundir el ejercicio de esta medida con el supuesto de «sustitución provisional de los órganos de administración o dirección de una entidad de crédito» (que no es objeto de la presente exposición) y que, como la medida de intervención de la propia entidad, se regula con carácter expreso en el título III de la Ley de Disciplina (artículos 31 y siguientes). Estas últimas medidas, que responden a circunstancias excepcionales, están al margen del procedimiento sancionador, puesto que no tienen tal carácter, y solo pueden llevarse a efecto cuando la entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia.

5 Algunas consideraciones emitidas por el Banco de España en el ámbito sancionador

Una de las ideas que hemos intentado reflejar a lo largo de este artículo es la que se refiere a la importancia de contar en nuestro ordenamiento no solo con normas coherentes con los bienes jurídicos que se intenta proteger, sino también con una aplicación práctica y consecuente de las mismas. En el particular ámbito de actuación que estamos analizando, tal ejercicio de desarrollo se encuentra en las distintas resoluciones sancionadoras recaídas desde la entrada en vigor de la Ley de Disciplina, resoluciones que se han adoptado directamente por los órganos de gobierno del Banco de España o incluso que, de acuerdo con la correspondiente esfera procedimental y competencial, se han trasladado por parte de esta Institución, bien al ministro de Economía y Hacienda, bien al propio Consejo de Ministros, que las han refrendado en su integridad.

Por tal razón, y aunque el objetivo de este artículo sea precisamente intentar exponer de una forma sencilla cuál ha sido la línea institucional de interpretación y aplicación normativa de la Ley 26/1988, cuestión que se ha abordado en los anteriores epígrafes, parece también oportuno reseñar algunas breves ideas y consideraciones sobre la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos de las entidades de crédito, extraídos de las resoluciones sancionadoras adoptadas por el Banco de España.

Por ello, pasamos a exponer, de forma muy concisa, algunos de los pronunciamientos o consideraciones contenidas en las citadas resoluciones sancionadoras adoptadas por el Banco de España a la luz de la Ley de Disciplina, haciendo primar la exposición de las que puedan tener una visión o configuración más general, por resultar de mayor interés para el lector, frente a aquellas otras que respondan a circunstancias singulares o a situaciones que se han producido de forma excepcional.

A tal efecto, pasamos a reproducir, de forma resumida, algunos de los mencionados pronunciamientos, realizando una referencia previa a la idea que informa cada pronunciamiento, para posteriormente transponer algunas de las consideraciones incluidas en las mencionadas resoluciones.

Algunos de los citados pronunciamientos serían los siguientes:

- a) La responsabilidad de los administradores y directivos de las entidades de crédito guarda relación con la trascendencia de la posición que ocupan esas entidades en el sistema financiero

Así, cabe decir que la diligencia exigible a los altos cargos de las entidades de crédito es la general de los administradores de las sociedades mercantiles y, adicionalmente, la especial y más exigente del sector del crédito. En relación con la diligencia genéricamente exigible de los consejeros de las sociedades anónimas, conviene recordar que deberán desempeñar su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal» (artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), siendo responsables del incumplimiento de tal deber de diligencia, incluso cuando este sea culposo o negligente.

Tan exigente deber general de diligencia de los consejeros de cualquier sociedad anónima contiene un *plus* en el caso de administradores de entidades de crédito. Las especiales características del negocio bancario, que es una actividad privada sometida a un fuerte régimen de intervención administrativa (lo que se ha dado en llamar modernamente *actividad regulada*), con los riesgos que implica su ejercicio y los delicados intereses jurídicos a él expuestos, han llevado a los distintos legisladores a requerir de los administradores de las entidades de crédito unos niveles de exigencia especialmente rigurosos.

- b) La trascendencia y repercusiones del riesgo sistémico en el sistema bancario

Para completar los elementos que configuran la responsabilidad de los administradores bancarios y de los propios bancos, es preciso tener en cuenta los intereses jurídicamente protegidos en el negocio bancario. En primer lugar, debe citarse a la propia clientela de las entidades de crédito. La singularidad de la posición jurídica de los depositantes de fondos en los bancos deriva de que las entidades de crédito son los sujetos legalmente habilitados para captar depósitos del público. Estas entidades están excepcionalmente habilitadas para invertirlos a su vez en nombre y por cuenta propia.

La singularidad del negocio bancario también exige proteger al resto del sistema crediticio frente al *riesgo sistémico* o *riesgo en cadena*, ante la eventual insolvencia o falta de liquidez de una de las entidades de crédito operantes. La intensa imbricación de unas entidades de crédito con otras, a través de los instrumentos anteriormente enunciados, puede suponer que las dificultades de un banco ocasionen muy graves perjuicios a las demás entidades crediticias, e incluso a otras entidades financieras con las que mantengan estrecha relación. Así, las restantes entidades de crédito pueden verse seriamente afectadas en su negocio por las repercusiones de una de ellas en dificultades, también por razón de las aportaciones que los fondos de garantía de depósitos pueden exigirles para hacer frente a las indemnizaciones nacidas con tal ocasión y, sobre todo, por el peligro de que la ciudadanía pierda la confianza en el sistema bancario y proceda a una retirada masiva de depósitos.

En lógica atención a las características que acaban de ser expuestas, la responsabilidad exigible a las entidades y a sus consejeros es correlativa a la enorme

confianza que la sociedad deposita en el sistema bancario. El grado de diligencia, profesionalidad y exigencia de las personas que asumen el gobierno de las entidades de crédito, integrándose en sus consejos de administración, o ejerciendo altos cargos en la mismas, es, por tanto, superior al requerido en la generalidad de las sociedades anónimas, ya de por sí riguroso.

- c) Los administradores de una entidad son los responsables de su funcionamiento y actuación

Debe, asimismo, recordarse una característica elemental de todo el derecho de sociedades y que no es exclusiva de la regulación bancaria. Se trata de que el cometido de los consejeros de una sociedad mercantil no se agota con que queden enterados de la información que les transmiten los ejecutivos, ni tampoco en el deber de vigilancia sobre la entidad de que se trate. Antes al contrario, como expresa el artículo 9, letra h), de la Ley de Sociedades Anónimas, al Consejo «se confía la administración de la sociedad». Esto es, un banco o una sociedad anónima cualquiera no funcionan bien o mal, legal o ilegalmente, por sí solos, sino que su marcha es responsabilidad del Consejo de Administración que se ha puesto al frente de ellos, dirigiéndolos, gobernándolos, que no solo vigilándolos.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo ha venido a confirmar el régimen de especial responsabilidad en que incurren las entidades financieras supervisadas y sus administradores, afirmando que la singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata, lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollen, haciéndolas responsables, tanto si aceptan la producción de tales consecuencias como si no adoptan las prevenciones necesarias para evitarlas, en el caso de que tales prácticas sean objetivamente idóneas para producirlas.

- d) La delegación de facultades también implica vigilar el uso de las mismas

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario supone para los consejeros, en caso de delegación de funciones en uno de ellos, la obligación de controlar, el deber de vigilar los negocios sociales a través de su participación en las reuniones del Consejo, obligación que les corresponde tanto por la función legalmente encomendada al Consejo de Administración como por el deber que personalmente pesa sobre ellos de actuar con la diligencia de un ordenado empresario. El deber de vigilancia es la obligación típica de los administradores no delegados en la sociedad anónima. Se trata de una vigilancia activa, que exige, también en el caso de delegación de facultades, además de la información continuada, una conducta positiva, consistente en hacer lo posible para evitar el daño.

- e) La pertenencia a un órgano de administración implica ejercer el deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad

Resulta obligado recordar que la mera pertenencia al órgano de administración de una entidad de crédito impone a quienes ostentan tal condición un haz preciso de obligaciones de cuyo correcto cumplimiento dependerá, en última instan-

cia, que cada uno de ellos haya de considerarse responsable o no de una determinada infracción. Como es evidente, el citado ámbito de obligaciones ha de ponerse en relación con el mayor o menor grado de facultades ejecutivas o de gestión directa que correspondan a cada consejero. No obstante, si ello es relevante a la hora de ponderar el grado de participación en una determinada infracción y, por lo tanto, en la sanción que se debe imponer en cada caso, no debe serlo para entender que solo quienes gozan de facultades ejecutivas delegadas pueden ser objeto de imputación, ya que el resto de los vocales mantiene indudablemente una obligación esencial de diligencia a la hora de fiscalizar el ejercicio de aquellas facultades que ellos mismos acordaron delegar.

Las normas administrativas no admiten una responsabilidad objetiva o automática, sino que exigen, para que pueda ser impuesta una sanción, un elemento personal de culpa. Pero también aparece establecido que ese elemento puede inducirse de la mera objetividad de la pertenencia a un órgano de administración o control de la entidad, que obliga a prevenir y vigilar el incumplimiento de la normativa dirigida a evitar situaciones irregulares. Ese deber de vigilancia y control, cuyo incumplimiento puede ser reprochado al sujeto a título de imprudencia, es, además, general y permanente, pues, como exige la propia jurisprudencia, es un deber de vigilancia, control e inspección sobre los medios personales, materiales y técnicos con que cuenta la entidad que dirigen, que han de ejercer permanentemente.

- f) La experiencia y conocimiento profesional inherentes a la condición de administrador

Por otra parte, y como ya se apunta asimismo por la jurisprudencia, la pertenencia a un órgano de administración de una sociedad, y en especial al de una entidad de crédito, impide alegar ignorancia de las normas aplicables o de cuáles sean las obligaciones de control inherentes al cargo, en cuanto es presumible que se deben poseer para desempeñarlo «especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional».

- g) La actividad de las entidades depende de la actuación de sus órganos de administración

En una economía de mercado, y muy especialmente en la empresa bancaria, existe la propia noción de riesgo implícita en toda actividad mercantil sometida a los efectos de la competencia. La supervisión prudencial en modo alguno sustituye a la gestión de los administradores de las mismas, puesto que la actividad supervisora no decide las operaciones que se realizan o se dejan de realizar, o cómo se emplean los recursos de la entidad; en definitiva, el supervisor no administra y gestiona las entidades supervisadas. La actividad de una entidad depende, en última instancia, de la actitud y actuación de sus administradores, como últimos responsables de la empresa bancaria.

6 Conclusión

Uno de los rasgos característicos más resaltables que se han producido en la evolución de las sociedades o empresas que integran los distintos sectores de la actividad económica se circunscribe a la mayor exigencia de responsabilidad a que se encuentran sometidos los administradores y directivos de esas entidades. Esta apreciación adquiere aún más relevancia en el particular ámbito de las entidades de crédito, en la medida en que se trata de un sector que

ocupa una posición central en nuestra economía y que, además, capta recursos financieros y fondos de un público que abarca a la inmensa mayoría de la población, razón por la cual la exigencia de responsabilidad hacia los administradores y directivos que integran este ordenamiento sectorial es aún mayor.

La responsabilidad administrativa de las entidades de crédito, así como de las personas que ostentan cargos de administración y dirección en las mismas, se articula a través de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, norma reguladora de singular trascendencia que, a través de la fijación de un sistema de infracciones y consiguientes sanciones, ha creado un marco regulador adecuado para depurar las responsabilidades administrativas en que hayan incurrido los altos cargos de las entidades supervisadas por el Banco de España.

La aplicación de la potestad sancionadora por parte del supervisor bancario, refrendada posteriormente por los tribunales de justicia, tramitado todo ello con arreglo a un procedimiento administrativo particularmente garantista con los derechos de los expedientados, ha establecido una serie de criterios, singularmente relevantes, sobre la posición y actuación de los administradores y directivos de las entidades de crédito. Así, cabe destacar, entre otros, distintos pronunciamientos relativos a la adecuada diligencia con que deben actuar los responsables de las entidades de crédito, dadas las especiales características del negocio bancario y su sometimiento a un fuerte régimen de intervención administrativa; la necesidad de que los administradores y directivos de las entidades ejerzan adecuadamente su función, para la que se encuentran especialmente capacitados por su experiencia y conocimiento profesional, desde la consideración de que es a ellos a quienes corresponde administrar y gestionar correctamente la entidad; la exigencia en lo que se refiere al ejercicio de sus facultades de vigilancia y control sobre la actividad de las entidades; o, finalmente, la responsabilidad en que incurren cuando se haya cometido alguna infracción administrativa, tanto si han contribuido con su conducta a la búsqueda de ese resultado contrario a las normas como si no han actuado con el cuidado exigido o puesto los medios necesarios para evitar esa acción.

Aunque, indudablemente, la corrección disciplinaria ejercida a través de los mecanismos previstos para la aplicación de la potestad sancionadora constituya un elemento esencial en el establecimiento de un marco regulatorio adecuado sobre el ordenamiento sectorial de las entidades de crédito, es el correcto cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina por parte de las entidades el que otorga plena estabilidad al sector. Y, en este sentido, deben resaltarse todas las iniciativas llevadas a cabo por las propias entidades a través, por ejemplo, de la adopción de códigos de conducta internos o las que traen su causa en la futura puesta en práctica de los criterios derivados de Basilea II, bien mediante el establecimiento de distintos procedimientos de gestión o control interno, bien a través de la plasmación del principio de disciplina de mercado, uno de los pilares básicos de dicha regulación.

Por todo ello, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es importante destacar la conveniencia de incidir en la adopción de todas aquellas acciones que puedan perfeccionar la autorregulación del sector integrado por las entidades de crédito, en la medida en que aportan una mayor credibilidad al mismo, fomentando con ello la consolidación del sistema financiero español y contribuyendo al pleno asentamiento que se ha alcanzado en nuestro sistema bancario desde tiempo atrás.