

IE/SGR-1/2018

JMP/DPG

Providencia.- En el procedimiento sancionador incoado a la entidad Avalmadrid, Sociedad de Garantía Recíproca, a las personas que han formado parte de su Consejo de Administración y a las que han desempeñado el cargo de director general o asimilado desde enero de 2013 y durante el periodo de las posibles infracciones, a la vista de las diligencias practicadas, y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, se procede a formular la siguiente Propuesta de resolución.

Lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 89.3 de la referida Ley 39/2015, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, se notificará a los expedientados para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos e información que estimen pertinentes.

A este respecto, por aconsejarlo las circunstancias y no derivarse de ello perjuicio para los derechos de terceros, **se acuerda**, al amparo de los artículos 2.2 del RD 2119/1993 y 32.1 de la Ley 39/2015, **conceder de oficio una ampliación**, en un **periodo adicional de diez días, del plazo de veinte días hábiles establecido** para evacuar dicho trámite de audiencia, de modo que los expedientados disponen para ello de un plazo total de **treinta días hábiles**.

Madrid, 5 de julio de 2019.

Índice

1	Principales diligencias practicadas	4
2	Consideraciones previas	8
3	Hechos probados.....	11
3.1	Sobre el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de reducción de concentración de riesgos	11
3.1.1	Hechos descritos en el Pliego de cargos	11
3.1.2	Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados	16
3.2	Sobre el incumplimiento del requerimiento relativo al seguimiento del riesgo	20
3.2.1	Hechos descritos en el Pliego de cargos	20
3.2.2	Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados	26
3.3	Alegaciones formuladas respecto de ambos requerimientos: resumen y valoración	29
3.4	Conclusión	36
4	Sujetos sometidos al presente expediente sancionador.....	37
5	Fundamentos jurídicos.....	39
5.1	Sobre las alegaciones jurídicas de carácter general.....	39
5.1.1	Sobre la falta de acceso a las Circulares Internas 7/2011 y 2/2013 de procedimientos aplicados en la Dirección General de Supervisión, la naturaleza de las actuaciones inspectoras y la posible caducidad de las que condujeron al presente expediente disciplinario.....	39
5.1.2	Sobre la supuesta prescripción de la infracción imputada	50
5.1.3	Sobre la pretendida vulneración del principio de confianza legítima	60
5.1.4	Sobre las supuestas deficiencias del acuerdo de incoación y sus efectos.....	64
5.1.5	Sobre la pretendida nulidad del Pliego de cargos y otras objeciones al mismo	68
5.1.6	Sobre la pretendida ausencia de legitimación pasiva para ser parte en el presente expediente	72
5.2	Tipificación realizada en el Pliego de cargos	83
5.3	Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados en materia de tipificación.....	83
5.3.1	Primer elemento del tipo: la presencia de deficiencias en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión y control de riesgos	84
5.3.2	Resto de los elementos del tipo: que las deficiencias hayan sido objeto de un requerimiento de subsanación y establecimiento de un plazo.	94
5.4	Conclusiones	95

6	Responsabilidad de los expedientados	96
6.1	Sobre la responsabilidad de la Entidad	96
6.1.1	Consideraciones generales sobre la responsabilidad de las entidades financieras	96
6.1.2	Sobre la concreta responsabilidad de la Entidad expedientada. Análisis y valoración de sus alegaciones.....	97
6.2	Sobre la responsabilidad de los cargos de administración y dirección expedientados	101
6.2.1	Consideraciones generales sobre la responsabilidad exigible a los cargos de administración y dirección de las entidades financieras.....	101
6.2.2	Sobre la concreta responsabilidad de los consejeros y directores generales de Avalmadrid. Análisis y valoración de sus alegaciones	106
7	Determinación de las sanciones	132
7.1	Determinación legal de las sanciones que podrían imponerse a la Entidad y a sus cargos de administración y dirección	132
7.2	Graduación de las sanciones.....	133
7.3	Determinación de las sanciones que se propone imponer a los expedientados respecto de la infracción imputada	134
7.3.1	Alegaciones de la Entidad	134
7.3.2	Alegaciones de los cargos de administración y dirección	136
7.3.3	Determinación de las sanciones que se propone imponer a la Entidad	137
7.3.4	Determinación de las sanciones que se propone imponer a los cargos de administración y dirección.....	138
8	Autoridad competente y norma de atribución.....	147
9	Parte dispositiva.....	148

Expediente sancionador IE/SGR-1/2018 incoado a la entidad Avalmadrid, Sociedad de Garantía Recíproca, y a sus consejeros y directores generales o asimilados desde el 1 de enero de 2013

Propuesta de resolución

1 Principales diligencias practicadas

Las principales diligencias practicadas hasta la fecha constan incorporadas al expediente y son las que a continuación se indican:

1.1 El 21 de junio de 2018 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó incoar expediente disciplinario a la sociedad de garantía recíproca Avalmadrid, S.G.R. ("Avalmadrid" o la "Entidad") y a sus consejeros y directores generales o asimilados desde el 1 de enero de 2013, a fin de proceder al esclarecimiento de los hechos expuestos en dicho acuerdo de incoación, sin perjuicio de los que resultasen de la instrucción, y de determinar, en su caso, las responsabilidades en que se hubiera incurrido, con aplicación de las sanciones correspondientes.

Tal acuerdo fue debidamente notificado a los expedientados entre los días 19 de julio y 30 de agosto de 2018 (folios 324 a 694).

1.2 Mediante sendos escritos de fecha 17 de septiembre y 17 de octubre de 2018, la Entidad y D. Juan Pablo Lázaro, respectivamente, formularon alegaciones previas al Pliego de cargos (folios 696 a 1.039 y 1.049 a 1.181).

1.3 Por providencia de fecha 19 de octubre de 2018 (folios 1.182 y 1.183) se solicitó a la Entidad copia de las actas correspondientes a las reuniones que, entre el 1 de enero de 2013 y el 21 de junio de 2018, hubiesen celebrado su Consejo de Administración, su Comisión Ejecutiva, su Comisión de Riesgos, su Comisión Delegada de Riesgos, su Comité de Riesgos y, en su caso, cualesquiera otros órganos de Avalmadrid competentes en materia de concesión y seguimiento de riesgos de los que hayan formado parte los cargos de administración y directores generales de la Entidad.

La respuesta de Avalmadrid, con su documentación adjunta, fue recibida el 31 de octubre de 2018, quedando incorporada al expediente en los folios 1.764 a 3.702.

1.4 En virtud de escritos de fecha 22 y 29 de octubre de 2018, la Entidad y D. Jesús Martín Sanz, respectivamente, formularon alegaciones previas al Pliego de cargos (folios 1.185 a 1.532 y 1.534 a 1.763); en el caso de la Entidad complementando las previamente formuladas.

1.5 Por providencia de fecha 2 de noviembre de 2018 (folios 3.703 a 3.706) se solicitó al Departamento de Inspección III del Banco de España copia de diversa documentación, así como la precisión y aclaración de determinados extremos.

La respuesta del citado Departamento, con su documentación adjunta, fue recibida el 19 de noviembre de 2018, quedando incorporada al expediente en los folios 3.769 a 4.722. Dicha respuesta fue complementada mediante comunicación interior de ese mismo Departamento de fecha 2 de enero de 2019, que asimismo quedó incorporada al expediente en los folios 4.889 a 4.895.

1.6 En virtud de escritos presentados en fecha 16, 20 y 22 de noviembre de 2018, D. Alfonso Carcasona, D. Javier López-Belmonte y D. Fernando Rodríguez Sousa, respectivamente, formularon alegaciones previas al Pliego de cargos (folios 3.716 a 3.767; 4.724 a 4.768; y 4.770 a 4.822).

1.7 Mediante Comunicación Interior de fecha 23 de noviembre de 2018 (folios 4.824 y ss.), el Registro de Entidades del Banco de España informó de la baja del Banco Popular Español, S.A. (el “Banco Popular”) en el citado Registro tras haber sido éste absorbido por el Banco Santander, S.A., de modo que el presente expediente se sigue también frente a éste –como consejero de Avalmadrid– en su condición de sucesor universal del Banco Popular por efecto de la citada absorción.

1.8 Mediante escritos presentados en fecha 14 y 21 de diciembre de 2018, la Confederación Empresarial de Madrid – CEOE (“CEIM”) y la Cámara Oficial de Comercio, respectivamente, formularon alegaciones previas al Pliego de cargos (folios 4.856 y ss.; y 4.876 y ss.).

1.9 En fecha 18 de enero de 2019 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó ampliar en seis meses más (esto es, hasta el 21 de diciembre de 2019) el plazo común de un año para tramitar y resolver el presente expediente disciplinario (folios 5.877 a 5.886). Dicho acuerdo fue debidamente notificado a los expedientados (folios 5.922 y ss.).

1.10 En fecha 21 de enero de 2019 se formuló por la Instrucción el Pliego de Cargos (folios 4.896 a 4.929). Consta acreditada la debida notificación de dicho Pliego a los expedientados (folios 4.931 y ss.).

Por las razones en él detalladas, en el referido Pliego se acordó:

- (i) **no imputar la infracción objeto del presente expediente a los siguientes expedientados: Sres. Carrasco Reija, Ruiz Santiago, Labrador Román, Albert López-Ibor, Moreno Casas, García Martín, López-Belmonte Encina, Pérez-Mansilla y Morín Marín, así como a la sociedad Estugest, S.A.U; y**

- (ii) **sobreseer y archivar el presente procedimiento respecto de D. Pablo Abejas Suárez, D. Francisco Lobo Montalbán y D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo**, este último en su calidad de consejero delegado, prosiguiendo frente a él el expediente única y exclusivamente en su condición de director general.

Como consecuencia de dichos acuerdos de la Instrucción, **desde entonces el presente expediente sancionador ya no se sigue contra todos los expedientados frente a los que inicialmente fue incoado el mismo, sino que se sigue única y exclusivamente contra los siguientes, que son, por ello, los expedientados a los que se refiere la presente Propuesta de resolución:** Avalmadrid, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, D. Jesús Alejandro Vidart Anchía, D. José María Rotellar García, D. Manuel Beltrán Pedreira, D. Juan Iranzo Martín, D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco, D. Pedro Irigoyen Barja, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, D. Alfonso Carcasona García, CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE, D. Fernando Rodríguez Sousa, D. Jesús Martín Sanz, D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa, Accionariado y Gestión, S.A., Mediación y Diagnóstico, S.A., Valoración y Control, S.L., Participaciones y Cartera de Inversión, S.L., Banco Santander, S.A. (como sucesor universal de Banco Popular Español, S.A.), D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo (en su ya mencionada condición de director general) y D. Jorge Morán Santor.

1.11 En fecha 19 de febrero de 2019 la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la sustitución de Dña. Sara Lorente Ortuño en su función de Secretaria del presente expediente sancionador, designando a Dña. Lourdes Carrasco Laguna para tal función (folios 6.134 y ss. del expediente). Dicho acuerdo fue incorporado al expediente mediante providencia de 25 de febrero de 2019 y debidamente notificado a los expedientados (folios 6.139 y ss.).

1.12 En virtud de escritos presentados entre el 1 y el 19 de marzo de 2019, complementados, en algunos casos, mediante otros escritos posteriores, todos los expedientados formularon sus alegaciones al Pliego de cargos (folios 6.160 a 8.566). Algunos de ellos, además, propusieron prueba.

1.13 Mediante providencia de fecha 10 de mayo de 2019, la Instrucción: **(i)** denegó la prueba no documental propuesta por algunos de los expedientados por las razones en ella expuestas, al considerarla manifiestamente innecesaria e improcedente, **(ii)** acordó tener por incorporada al expediente toda la prueba documental propuesta y **(iii)** acordó de oficio la apertura de un periodo de diez días para proceder a la práctica de determinadas pruebas juzgadas pertinentes por la Instrucción. En concreto:

- 1.- Por un lado, se dirigió oficio al empleado del Banco de España que practicó la notificación al expedientado D. José María Rotellar del acuerdo de incoación del presente expediente, para que por dicho empleado se informase de si la persona que, según obra en el expediente, recibió y firmó dicha notificación, D. Juan Carlos

Sanz Torrenova, actuaba al tiempo de la referida notificación como portero/conserje de la finca o comunidad de propietarios en la que se encuentra el domicilio del Sr. Rotellar.

- 2.- Y por otro lado, se dirigió oficio al Departamento de Inspección III del Banco de España para que por dicho Departamento se informase sobre determinados extremos relativos a la concentración de riesgos y, en particular, a la reducción de dicha concentración que alegaban la Entidad y otros expedientados; así como para que por el citado Departamento se valorase lo alegado por la misma respecto de las operaciones que, a su juicio, deberían ser excluidas de las tenidas en cuenta como operaciones afectadas por las deficiencias objeto del presente expediente relativas al requerimiento de seguimiento del riesgo.

La señalada providencia de prueba fue debidamente notificada a todos los expedientados (folios 8.812 a 8.918).

La documentación resultante de la práctica de la prueba acordada quedó incorporada al expediente en los folios 8.949 a 8.955 del expediente.

1.14 Mediante providencia de fecha 24 de mayo de 2019 (folios 8.956 a 8.973) se incorporó escrito de esa misma fecha presentado por el expedientado Banco Santander, S.A. por el que se aporta copia cotejada de escritura de poder.

1.15 Mediante providencias de fecha 29 de mayo, 18 de junio y 1 de julio de 2019 (folios 8.974 a 9.046 y 9.050 a 9.204) se incorporaron tres Comunicaciones Interiores de Vicesecretaría General, Análisis de Idoneidad y Registro de Altos Cargos, informando acerca de distintas modificaciones en el Registro de Altos Cargos y escritos presentados por Avalmadrid.

2 Consideraciones previas

En sus escritos iniciales, presentados tras serles notificado el acuerdo de incoación, varios de los expedientados plantearon diversas cuestiones de índole jurídica que exigían un pronunciamiento previo sobre las mismas. En algunos casos, por referirse a pretendidas objeciones a la válida formulación del Pliego de cargos, dicho pronunciamiento previo hubo de realizarse en éste. Y, en otros casos, en los que las cuestiones planteadas no comprometían dicha válida formulación, el pronunciamiento sobre dichas cuestiones se difirió a la Propuesta de resolución, por ser este último, con carácter general, el trámite oportuno, según la normativa de aplicación, para llevar a cabo las valoraciones de alegaciones de estricto carácter jurídico, así como el juicio de responsabilidad. A las referidas cuestiones jurídicas suscitadas por los expedientados en sus escritos iniciales se añaden ahora otras nuevas planteadas en sus escritos de alegaciones al Pliego de cargos.

Pues bien, toda vez que, como se ha señalado, esas cuestiones jurídicas tienen en la Propuesta de resolución un acomodo sistemático específico, en la presente Propuesta se les dará a todas ellas un tratamiento unitario en el epígrafe 5, dedicado a los fundamentos jurídicos, abordando el juicio de responsabilidad en el epígrafe 6.

En el presente epígrafe 2 se mantiene únicamente la cuestión relativa a la normativa sancionadora que resulta de aplicación al presente procedimiento, por tratarse de una cuestión básica que, por servir de fundamento y presupuesto a lo dicho en los posteriores epígrafes, procede dejar sentada ya desde este momento. Se trata, no obstante, de una cuestión respecto a la que ninguno de los expedientados ha manifestado objeciones a lo concluido en este punto por la Instrucción en su Pliego de cargos.

Así, el artículo 67 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca ("Ley 1/1994"), dispone que ***"las sociedades de garantía recíproca, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, estarán sometidos a las normas disciplinarias contenidas en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, en la medida en que éstas resulten de aplicación a las características y actividad de las sociedades de garantía recíproca."***

La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito ("LDIEC"), fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito ("Ley 10/2014"), que entró en vigor el 28 de junio de 2014. En la actualidad es, pues, esta última Ley la que contiene el régimen sancionador general de las entidades de crédito y a la que, según su disposición adicional sexta, deben hoy entenderse efectuadas las remisiones al régimen sancionador de la LDIEC.

Esa sucesión temporal de Leyes obliga a determinar cuál de las dos resulta aquí aplicable, para lo que es preciso distinguir el plano procedimental y el sustantivo, siendo distinta la solución para uno y otro.

Desde un punto de vista procedimental, la norma aquí aplicable, a tenor de lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 10/2014, es esta última Ley, dado que el presente expediente disciplinario se inició mediante acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España de fecha 21 de junio de 2018, posterior, por tanto, a la entrada en vigor de la Ley 10/2014.

La reciente modificación de dicha Ley, llevada a cabo por el Real Decreto Ley 19/2018, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera ("RDL 19/2018"), hace preciso determinar, a su vez, a qué versión de dicha Ley 10/2014 habrá de estarse procedimentalmente en el presente expediente.

Entiende esta Instrucción que ha de estarse a la versión anterior al RDL 19/2018, por ser la norma procedimental vigente en el momento de la incoación del expediente sancionador la que debe regir a lo largo de todo el procedimiento y hasta su resolución, al establecerlo así la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas ("Ley 39/2015"), que regula el régimen transitorio aplicable a los procedimientos ya iniciados. A lo anterior habría que añadir que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en similares términos, entre otras, en sus Sentencias de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10130) y de 21 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8769), declarando esta última que *"es principio fundamental del derecho transitorio que el procedimiento iniciado bajo una cierta normativa ha de tramitarse <<y resolverse>> con arreglo a ella, y así lo señala con claro valor general la disposición transitoria única de la Ley de Procedimiento Administrativo; doctrina que reiteran nuestras Sentencias de 18 de noviembre de 1991 y de 22 de enero de 1992, entre otras."*

Desde un punto de vista sustantivo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público ("Ley 40/2015"), dispone que *"[s]erán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa"*, sin perjuicio de que, además, conforme al apartado segundo de dicho artículo, *"[l]as disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición."*

Los hechos objeto del presente expediente, que se describen en el epígrafe 3 de la presente Propuesta, ponen de manifiesto la existencia en la Entidad de deficiencias de control interno cuya corrección le había sido previamente requerida por el Banco de

España. Para su debida tipificación, tales hechos se han considerado de forma global, considerándolos como constitutivos de una única infracción de carácter continuado.

Pues bien, tal y como se señala en el Acta y en el Informe de inspección (folios 34 y ss. y 3.771 y ss.), así como en el Informe a la Comisión Ejecutiva de 4 de junio de 2018 (folios 17 y ss.), buena parte de los hechos que han justificado la incoación del presente expediente tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 10/2014 (28 de junio de 2014), y, por tanto, bajo la vigencia de la LDIEC, a lo que hay que añadir que el régimen sancionador de esta última Ley resulta más favorable para los expedientados que el previsto en dicha Ley 10/2014, cualquiera que sea la versión –anterior o posterior al RDL 19/2018– que se considere de esta última Ley. Las referidas razones conducen a que esta Instrucción considere que la LDIEC es la norma sancionadora sustantiva que resulta de aplicación en el expediente que nos ocupa.



3 Hechos probados

En el año 2012 la Entidad fue objeto de una visita de inspección del Banco de España que concluyó con un escrito de éste, de fecha 6 de noviembre de 2012 (folios 41 a 44), en el que se incluían tres requerimientos dirigidos a Avalmadrid. Con fecha 28 de noviembre de 2016, el Banco de España inició una nueva inspección a la Entidad, finalizada en 2017, que es la que dio lugar a la incoación del presente expediente, y en la que el equipo inspector constató que no se cumplieron dos de esos tres requerimientos formulados en el año 2012. Al incumplimiento de esos dos requerimientos se hace referencia seguidamente.

Para ello, respecto de cada uno de esos requerimientos (**epígrafes 3.1 y 3.2**), (i) se expondrán los hechos descritos en el Pliego de cargos (**epígrafes 3.1.1 y 3.2.1**), así como (ii) el resumen de las alegaciones de carácter fáctico formuladas por los expedientados y la valoración de las mismas realizada a la vista de la prueba incorporada al presente procedimiento (**epígrafes 3.1.2 y 3.2.2**). Lo mismo se hará respecto de un tercer grupo de alegaciones, a las que, por ser comunes a ambos requerimientos, se da un tratamiento propio (**epígrafe 3.3**). Se finalizará este epígrafe 3 con un apartado de conclusiones (**epígrafe 3.4**).

3.1 Sobre el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de reducción de concentración de riesgos

3.1.1 Hechos descritos en el Pliego de cargos

1 El mencionado **escrito del Banco de España de 6 de noviembre de 2012** incluía un **requerimiento**, el **segundo**, relativo a la necesidad de **aplicar una política crediticia que disminuyese la concentración** existente en la cartera de avales con acreditados/avalados con un riesgo individual significativo; en particular, con aquéllos con un importe de riesgo individual que no reúna las condiciones para obtener reafianzamiento. En concreto, el requerimiento formulado (folio 42) fue el siguiente:

“En cuanto a la concentración de la cartera, se ha observado que el 1,7% de los acreditados/avalados cuentan con un riesgo individual superior a 1 M€ y acumulan el 30,6% de los riesgos en vigor a diciembre de 2011, disponiendo de un nivel de reafianzamiento muy reducido por la elevada cuantía de las operaciones. En concreto, dentro de este segmento de la cartera de avales, existen riesgos por 78,4 M€ (equivalente al 128% sobre recursos propios tras ajustes y el 12,4% de sus riesgos en vigor) que corresponden a acreditados/avalados cuyas operaciones no cuentan con reafianzamiento alguno.

Deberán aplicar, en lo sucesivo, una política crediticia que disminuya la concentración existente en su cartera de avales con acreditados/avalados con un riesgo individual significativo, en particular con aquéllos que cuenten con un importe de riesgo individual que no reúna las condiciones para obtener reafianzamiento.” [en negrita en el original]

2 En respuesta a dicho requerimiento, y mediante carta de fecha 19 de diciembre de 2012 (folios 52 a 54), la Entidad informó de que la concentración de riesgos estaba disminuyendo y de que su Consejo de Administración, en su sesión de fecha 18 de diciembre de 2012 (folios 42 a 51), había acordado limitar el importe máximo por operación financiera a las cantidades máximas de reaval estatal y autonómico existente en cada momento (que CERSA fijó en un millón de euros a partir del año 2013, –folios 37 y 3.793–).

En concreto, el referido acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad es del siguiente tenor (folio 48):

"En respuesta al segundo requerimiento del Banco de España, se proponen las siguientes medidas:

(...)

b) El Consejo de Administración acuerda limitar, con carácter general, el importe máximo por operaciones financieras a las cantidades máximas de reaval estatal y autonómico existente en cada momento.

c) El Consejo de Administración acuerda dar instrucciones a Presidente y Consejero Delegado de la Sociedad, para que las citadas instrucciones se incorporen al Manual de Política de Riesgos de la Entidad, para su ratificación en la próxima sesión del Consejo de Administración (...)."

Y, por su parte, en su mencionado escrito de respuesta al requerimiento, la Entidad decía lo siguiente (folio 53):

"Desde el último trimestre del ejercicio 2011 ya se está disminuyendo la concentración de riesgos mencionada (descenso del 75%, en el periodo 2011 – nov. 2012, del importe de las operaciones de mayor cuantía resueltas por la Comisión Ejecutiva de Avalmadrid).

Asimismo, en la reunión del Consejo de Administración indicada se ha acordado continuar en esta línea limitando, con carácter general, el importe máximo por operación financiera a las cantidades máximas del reaval estatal y del autonómico existente en cada momento. El acuerdo adoptado se incorporará a la Norma General de Riesgos, que recoge la Política de riesgos de Avalmadrid, para su aprobación definitiva.

Fecha de implementación: 1 de enero de 2013."

3 Sin embargo, durante la inspección, iniciada el 28 de noviembre de 2016, de la que trae causa la incoación del presente expediente, el equipo inspector constató una serie de hechos que contradicen lo manifestado por la Entidad en su mencionado escrito de diciembre de 2012.

Así, tal y como se explica en el Acta de inspección (folios 36 y ss.), en la versión 11 de la Norma General de Riesgos de Avalmadrid (folios 55 a 77), aprobada el 5 de febrero de 2013, no se recogió la limitación comprometida, sino que la regulación al respecto permanecía invariada, contraviniendo con ello el compromiso asumido por la Entidad en su referido escrito de 19 de diciembre de 2012.

En la citada versión 11 se decía al respecto lo siguiente:

"El límite interno de concentración por volumen total de riesgo de AVM por cliente/grupo, no debe superar el 1% del riesgo vivo en el momento de la concesión. Estas normas internas de carácter general son susceptibles de ser superadas por la Dirección argumentando la razón mediante un informe favorable del Comité Directivo de Riesgos."

Días después de dicha aprobación, y, en concreto, el 12 de febrero de 2013, consta en el expediente que el Consejo de Administración de Avalmadrid se reunió y debatió, en relación con el escrito de requerimientos del Banco de España, la actualización del manual de política de riesgos y del manual de seguimiento de riesgos. Según se refleja en el Acta de esa reunión del Consejo de Administración (folios 1.114 a 1.116), los consejeros allí presentes eran conscientes de que *"de acuerdo con la recomendación [sic] del Banco de España, se propone limitar el nivel de concentración de riesgo financiero por cliente/grupo, como norma general, en el importe del límite máximo de reafianzamiento en el momento de la aprobación de la operación"*. Y que eran también conscientes de que, sin embargo, a dicha fecha, *"el actual Manual de Política de Riesgos establece que <<el nivel de concentración por cliente/grupo, no debe superar el 1 % del riesgo vivo en el momento de la concesión. Estas normas internas de carácter general son susceptibles de ser superadas por la Dirección, argumentando la razón mediante un informe favorable>>"*.

Ante esa situación, los consejeros debatieron una serie de cuestiones (en esencia, si ese límite máximo podía o no superarse y los requisitos para ello) y finalmente decidieron *"posponer la aprobación de la cuestión a una ulterior sesión del Consejo de Administración"*. De esa manera, se continuaba sin adoptar el límite máximo comprometido ante el Banco de España y sin adoptar cambio alguno al respecto en la normativa interna de la Entidad.

El 28 de mayo de 2013 (por tanto, varios meses después de la fecha de implementación señalada por la Entidad en su escrito de fecha 19 de diciembre de 2012) se celebró otra reunión del Consejo de Administración de Avalmadrid. En el Acta de dicha reunión se lee (folio 1.125) que:

"el Presidente recuerda que el Banco de España, en el informe que culmina la Inspección realizada a esta entidad, propone tres recomendaciones [sic]. La segunda recomendación consiste en aplicar una política crediticia que disminuya la concentración existente en la cartera de acreditados/avalados con un riesgo individual significativo, en particular con aquellos que cuenten con un importe de riesgo que no reúna las condiciones para obtener reafianzamiento"

E igualmente se lee que al respecto se adoptaron por unanimidad los siguientes acuerdos:

"1.- Avalmadrid aplicará una política crediticia que disminuya la concentración existente en la cartera de avales con riesgo individual significativo que no disponga de refianzamiento."

2.- El importe máximo por operación financiera se determina en 1.750.000 euros, o el 75% más que el máximo de reafianzamiento existente. En todo caso siempre ha de haber cobertura de CERSA.

Este límite solo podrá excederse para el caso de novaciones, reafianzamiento, y reestructuración de operaciones financieras en vigor."

De modo que el Consejo de Administración de Avalmadrid, habiéndose comprometido ante el Banco de España a implementar el 1 de enero de 2013 un límite máximo de importe por operación correspondiente a la cantidad máxima de reaval, varios meses después de esa fecha adoptó por unanimidad un acuerdo en el que fijó dicho importe máximo, no en la cantidad máxima de reaval, sino en "el 75% más que el máximo de reafianzamiento existente" (folios 36 y 78 a 84), con lo que incrementaba en un 75% el límite que venía dado por el máximo de reafianzamiento, y, además, preveía que ese límite máximo fijado por la Entidad pudiera excederse para el caso de novaciones, reafianzamiento y reestructuración de operaciones financieras en vigor.

Más de un año después, en su reunión del 26 de junio de 2014 (folio 88), el Consejo de Administración de Avalmadrid acordó el otorgamiento de mayores facultades a la Comisión Ejecutiva, y la creación de una Comisión de Riesgos, así como la aprobación de sus correspondientes Reglamentos.

En el punto 19 del Reglamento de la Comisión Ejecutiva que fue entonces aprobado (folio 98) se indica, respecto a las competencias de la citada Comisión en materia de aprobación de operaciones, que "[d]ichas competencias les corresponden de manera directa respecto de las operaciones de avales financieros por importe superior a los 2.000.000 € por operación".

Tras ello, el 1 de julio de 2014 fue aprobada la versión 12 de la Norma General de Riesgos de la Entidad (folios 100 y ss.), a la que se incorporó el límite máximo por operación que había sido acordado por el Consejo de Administración más de un año antes, el 28 de mayo de 2013. Esa versión 12 decía al respecto lo siguiente (folio 104):

"Adicionalmente Avalmadrid aplicará una política crediticia que disminuya la concentración existente en la cartera de avales con riesgo individual significativo que no disponga de reafianzamiento; a tal fin, el importe máximo por operación financiera se determina en 1.750.000 euros, o el 75% más que el máximo de reafianzamiento existente. En todo caso siempre ha de haber cobertura de CERSA.

Este límite solo podrá excederse para el caso de novaciones, reafianzamiento, y reestructuración de operaciones financieras en vigor.

Estas normas internas de carácter general son susceptibles de ser superadas por la Dirección argumentando la razón mediante un informe favorable del Comité Directivo de Riesgos."

Poco después, el 29 de julio de 2014, fue aprobada la versión 13 de la citada Norma General de Riesgos de la Entidad (folios 123 y ss.). En dicha versión 13 se señala que:

"Como norma general, el importe máximo por operación financiera se determina en 1.000.000 euros. En todo caso no se podrán ofrecer avales financieros si no cuenta con cobertura de CERSA."

Por tanto, la **Entidad tardó más de año y medio en incorporar a su política crediticia el límite máximo por operación, cuando, en su respuesta de diciembre de 2012 al requerimiento del Banco de España se había comprometido a que el 1 de enero de 2013 tendría implementado el citado límite máximo en su Norma General de Riesgos.**

A lo anterior se añade que, según se constata en el Acta de inspección (folio 37), desde el 1 de enero de 2013 Avalmadrid **concedió varias operaciones de aval financiero por importe superior a 1 millón de euros** a siete sociedades o grupos económicos por un total de 10,7 millones de euros, de los cuales 6,4 millones de euros no tenían reafianzamiento, alcanzando en esos casos el importe por operación un máximo de 2,4 millones de euros.

Las referidas operaciones figuran relacionadas en el Anexo nº 8 del Acta de inspección (folio 141 del expediente). La última de dichas operaciones se formalizó el 3 de octubre de 2014 (folios 37 y 141), pero, atendiendo a la documental aportada por Avalmadrid (folios 711 y 1.016 a 1.019), la aprobación de dicha operación por parte del órgano correspondiente (Comisión Ejecutiva) de la Entidad se produjo el 22 de abril de 2014, sin que, con posterioridad a esta última fecha, haya constancia en el expediente de que por ningún otro órgano de la Entidad se adoptase ningún acuerdo en relación con la aprobación de la mencionada operación.

A la luz de todo lo anterior, cabe precisar que el ámbito temporal al que se circunscriben los hechos relativos al incumplimiento del requerimiento relativo a la política de reducción de concentración de riesgos abarca **desde el 1 de enero de 2013** (momento a partir del cual la Entidad comunicó que tendría implementado en su política interna de riesgos el límite representado por la cantidad máxima de reaval estatal y autonómico existente en cada momento) **hasta el 29 de julio de 2014** (momento que en se produjo efectivamente dicha implementación) **para todos los expedientados, a excepción de Avalmadrid, para quien el periodo infractor debe terminar**, a juicio de esta Instrucción, **el 3 de octubre de 2014**, por ser este el momento en el que la Entidad formaliza la última operación que vulnera la política de reducción de riesgos que Avalmadrid se había comprometido a tener implementada el 1 de enero de 2013, sin que conste en el expediente que hayan tenido intervención alguna en dicha formalización los cargos de administración y dirección de la Entidad.

4 Puede, pues, **concluirse** que, a pesar de que por la Entidad se comunicó al Banco de España que el 1 de enero de 2013 implementaría las medidas para dar cumplimiento al señalado requerimiento, estableciendo con carácter general que el límite máximo por operación financiera sería el de las cantidades máximas de reaval estatal y autonómico

en cada momento (que CERSA fijó en un millón de euros a partir de 2013); sin embargo: (i) con posterioridad a esa fecha se adoptaron acuerdos contradictorios con ese límite, (ii) se adoptó el acuerdo comprometido con gran dilación respecto de la fecha de implementación indicada por la Entidad, y (iii) no se trasladó dicho acuerdo a la Norma General de Riesgos de la Entidad hasta casi 19 meses después, resultando, además, (iv) que durante todo ese tiempo se realizaron varias operaciones superando el límite máximo por operación a que se había comprometido la Entidad con el Banco de España.

3.1.2 Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados

a. Resumen de las alegaciones

En relación con este requerimiento, se formulan alegaciones relativas a la naturaleza de dicho requerimiento y a su pretendido cumplimiento.

Así, varios de los expedientados¹ sostienen que el requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos tenía un carácter puramente finalista, es decir, imponía exclusivamente una obligación de resultado (disminuir la concentración del riesgo), de modo que lo único relevante ahora a efectos punitivos sería determinar si esa concentración del riesgo se redujo efectivamente, y no si hubo algún incumplimiento de los compromisos que, para la disminución de dicha concentración, fueron asumidos por el Consejo de Administración de Avalmadrid el 18 de diciembre de 2012.

Sobre esta base, los referidos expedientados continúan su argumentación señalando que Avalmadrid redujo su concentración de riesgos y que, por tanto, dio cumplimiento al citado requerimiento. En concreto, se hace alusión por esos expedientados al Informe de Inspección (folio 3.795), en el que se dice que hasta diciembre de 2014 Avalmadrid continuó concediendo avales por importe superior a un millón de euros pero *“a un nivel mucho menor que en años anteriores”*. En el mismo sentido, se hace alusión a diversos datos y cuadros con determinada información con la que se pretende acreditar esa reducción (*vid.*, por ejemplo, folios 803 y 7.215).

b. Valoración de las alegaciones

No se acogen las alegaciones.

¹ Avalmadrid (folios 6.175 y 6.176); Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.924 y ss.); D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo (folios 6.982 y ss.); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.137 y ss.); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.151 y ss.); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.215 y ss.); D. Jesús Martín Sanz (folios 7.475 y ss.); D. José María Rotellar García (folios 7.955 y ss.); D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.985 y ss.) y, por remisión a los escritos de Avalmadrid, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, D. Alfonso Carcasona García, D. Manuel Beltrán Pedreira, D. Jesús Alejandro Vidart Anchía, Banco Santander, S.A., Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. y Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (Mediación y Diagnósticos, S.A.U.) (folios 6.800, 6.845, 7.021, 7.059, 7.279, 7.371, 7.372 y 7.433).

1 En lo que aquí interesa, los términos en que fue requerida la Entidad por el Banco de España en noviembre de 2012 fueron los siguientes: ***“Deberán aplicar, en lo sucesivo, una política crediticia que disminuya la concentración existente en su cartera de avales con acreditados/avalados con un riesgo individual significativo, en particular con aquéllos que cuenten con un importe de riesgo individual que no reúna las condiciones para obtener refianzamiento.”***

Ese requerimiento exigía, por tanto, **dos cosas**: **1)** una disminución de la concentración de riesgos existente; y **2)** que esa disminución fuese consecuencia de la aplicación de la oportuna política crediticia, para lo que era preciso que, con carácter previo, la Entidad aprobase e implantase la política crediticia que le permitiese alcanzar ese objetivo de disminución de la concentración de riesgos.

De modo que no sólo se le requería a la Entidad que disminuyese la concentración de riesgos; se le requería también que aprobase e implantase la consecuente política crediticia. O dicho de otro modo: el requerimiento no sólo imponía a la Entidad una obligación de resultado (que efectivamente disminuyera la concentración de riesgos), sino, además, como bien señalan algunos de los expedientados², una obligación de medios para alcanzar dicho resultado: la aprobación e implantación de la correspondiente política crediticia.

Así pues, el tenor literal del requerimiento desmiente la posición sostenida en este punto por los expedientados. Como también la desmiente el sentido y finalidad de dicho tenor literal. Así, la posición de los expedientados supondría tanto como admitir que al supervisor (y, en última instancia, al legislador que elabora la normativa de ordenación y disciplina por cuya observancia aquél vela) le resulta indiferente cómo se alcance la disminución de la concentración de riesgos. Bastaría que ese resultado se alcanzase, aun cuando la política crediticia de la Entidad no cumpliese con las exigencias de la citada normativa y dicha disminución de la concentración se produjera de manera puramente casual o coyuntural (por ejemplo, por la particular evolución del negocio de la Entidad en un determinado periodo). Sin embargo, no es ese el propósito al que responde nuestra normativa –y, con ella, el requerimiento analizado–, que persigue que a la disminución de la concentración de riesgos se llegue como consecuencia de una previa política coherente y respetuosa con la norma que garantice, de manera objetiva, racional y generalizada, la segura obtención, en lo sucesivo, del citado resultado en materia de riesgos. Hay que tener en cuenta en este sentido, la relevancia que la normativa de supervisión prudencial atribuye, ya desde hace años, a la existencia en las entidades de políticas y

² Así, en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 6.598) el Sr. Morán Santor dice que “la lectura de los requerimientos de subsanación es expresiva, a estas alturas de la exposición, de que la obligación de la entidad era la de aplicar en lo sucesivo una política de reducción para el primer requerimiento”. En el mismo sentido, en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 7.957) el Sr. Rotellar García señala que “el requerimiento cuyo incumplimiento se imputa a este administrado se refería a la conducta de <<aplicar>> una cierta política de riesgos”.

procedimientos internos adecuados para cumplir las obligaciones que en materia, por ejemplo, de solvencia, requiere esa misma normativa.

Por tanto, del contenido del requerimiento que le fue dirigido a la Entidad formaba parte también la aprobación e implantación de una política crediticia que condujese a la reducción de la concentración de riesgos. De modo que la aprobación e implantación de dicha política crediticia era condición necesaria para que pudiese entenderse cumplido el citado requerimiento. O dicho de otro modo: contrariamente a lo que alegan los expedientados, una disminución de la concentración de riesgos –que, como se ha expuesto, podría deberse simplemente a causas externas a la propia entidad, derivadas por ejemplo del contexto económico– en ningún caso podía equivaler por sí sola al efectivo cumplimiento del requerimiento. Para ello era precisa, además, la aprobación e implementación de una nueva política crediticia. Cosa que, según ha resultado probado en el expediente, no sucedió hasta el 29 de julio de 2014.

A mayor abundamiento cabe indicar que, más allá de que el tenor del requerimiento resultase claro y taxativo en este sentido, fue la propia respuesta dada al mismo por la Entidad el 19 de diciembre de 2012, la que informó de que se llevaría a cabo una modificación de la política de la misma (en concreto de la Norma General de Riesgos de la Política de Riesgos), con lo que Avalmadrid reconocía que esa era la forma de cumplir con dicho requerimiento y quedaba claramente concretada la obligación que la Entidad asumía, como en más detalle se explicará en el epígrafe 5.3.1 de la presente Propuesta.

Lo expuesto haría innecesaria mayor argumentación para desestimar las expuestas alegaciones de los expedientados. Sin perjuicio de ello, cabe realizar algunas consideraciones adicionales por lo que respecta a esa alegada disminución de la concentración de riesgos.

2 A este respecto, debe partirse de la concentración de riesgos relevante para el requerimiento en cuestión, que atendía tanto (i) al porcentaje que los acreditados/avalados con un riesgo individual superior a 1 millón de euros representaban respecto del total de riesgos en vigor, como (ii) al porcentaje correspondiente a acreditados/avalados cuyas operaciones no contaban con reafianzamiento alguno, circunstancia, esta última, particularmente acusada en el citado segmento de avales de elevado importe.

Así, como en él literalmente se hace constar, sirve de base al requerimiento formulado la siguiente constatación de la Inspección:

"En cuanto a la concentración de la cartera, se ha observado que el 1,7% de los acreditados/avalados cuentan con un riesgo individual superior a 1 M€ y acumulan el 30,6% de los riesgos en vigor a diciembre de 2011, disponiendo de un nivel de reafianzamiento muy reducido por la elevada cuantía de las operaciones. En concreto, dentro de este segmento de la cartera de avales, existen riesgos por 78,4 M€ (equivalente al 128% sobre recursos propios tras ajustes y el

12,4% de sus riesgos en vigor) que corresponden a acreditados/avalados cuyas operaciones no cuentan con reafianzamiento alguno."

Delimitada en estos términos la concentración de riesgos aquí relevante, procede subrayar en este punto dos cosas, que resultan de la prueba obrante en el expediente³: **1) por un lado**, que, efectivamente, considerando en su globalidad el periodo posterior al requerimiento, ha tenido lugar una muy significativa disminución de la concentración de riesgos; y **2) por otro lado**, que, no obstante lo anterior, esa tendencia de disminución en la concentración del riesgo puede constatarse de manera constante e ininterrumpida respecto de todos los indicadores relevantes según el transcrito tenor del requerimiento sólo a partir del ejercicio 2014.

A este último respecto, cabe señalar, por ejemplo, que:

- (a) En relación con el primer criterio a considerar, esto es, el de los *avalados/acreditados con un riesgo individual igual o superior a 1 millón de euros*, (i) el porcentaje, respecto al total de riesgos formalizados anualmente, representado por este tipo de acreditados subió de manera significativa en el ejercicio 2013 respecto al ejercicio 2012, pasando del 5% al 12% (folios 3.795 y 6.177); y (ii) el porcentaje de este tipo de acreditados respecto al total de riesgos en vigor, no bajó en el ejercicio 2013 respecto al ejercicio 2012, sino que se mantuvo en el 24%, y, respecto al total de riesgos en vigor sin reaval, el porcentaje subió ligeramente, pasando del 35% (en 2012) al 36% (en 2013) –folio 803–;
- (b) En relación con el segundo criterio, esto es, el de los acreditados/avalados cuyas operaciones no contaban con reafianzamiento alguno, (i) el porcentaje, respecto al total de riesgos formalizados anualmente, correspondiente a estos acreditados subió, también de manera significativa, en el ejercicio 2014 respecto al ejercicio 2013, pasando del 3% al 6% (folios 3.795 y 6.177); y (ii) el porcentaje del riesgo sin reafianzamiento sobre el riesgo en vigor se incrementó en el ejercicio 2013 respecto al ejercicio 2012, pasando del 11,8% en este último al 12,7% en el 2013 (folio 6.177).

Así pues, habiéndose producido una disminución de la concentración del riesgo, ésta se produjo de manera constante e ininterrumpida respecto de todos los indicadores aquí relevantes únicamente a partir del ejercicio de 2014. Y cabe recordar, a este respecto, que la política de riesgos requerida por el Banco de España fue incorporada a la Norma General de Riesgos de la Entidad precisamente en julio de 2014.

³ Vid. el Informe de Inspección (folios 3.794 a 3.796), el pormenorizado análisis que realiza la Entidad en sus escritos de alegaciones (folios 803 y 6.175 a 6.179) y las actas del Consejo de Administración de Avalmadrid (folios 1.879, 1.884, 2.135, 2.136, 2.243, 2.274, 2.311, 2.346, 2.359, 2.386, 2.425, 2.457 y 2.516).

3.2 Sobre el incumplimiento del requerimiento relativo al seguimiento del riesgo

3.2.1 Hechos descritos en el Pliego de cargos

1 Además del referido en el epígrafe 3.1.1 anterior, el mencionado escrito del Banco de España de 6 de noviembre de 2012 incluía otro requerimiento, el tercero, relativo al control del riesgo de crédito, en el que señalaba la necesidad de mejorar los procedimientos de seguimiento y registro del riesgo, requiriendo expresamente (i) un procedimiento de reclasificación de riesgos que garantizase la correspondiente clasificación contable tan pronto como se tuviese conocimiento de que se daban en ellos las condiciones previstas en el Anejo IX de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, así como (ii) un sistema de control de cumplimiento de los plazos previstos para llevar a cabo el seguimiento de los riesgos sometidos a seguimiento especial, y (iii) la mejora del modelo de informe periódico diseñado para los riesgos en seguimiento especial, haciéndolo extensivo a los riesgos dudosos por razones ajenas a la morosidad.

En concreto, en el referido escrito del Banco de España se decía al respecto lo siguiente (folios 42 y 43):

“La revisión del riesgo de crédito se ha extendido, además de al mencionado análisis individualizado de acreditados/avalados, a los procedimientos establecidos para la concesión, seguimiento y registro de las operaciones, habiéndose puesto de manifiesto lo siguiente:

- *La información de gestión facilitada al Consejo de Administración y a la Comisión Ejecutiva, no incorpora los datos relativos al volumen de riesgos que se encuentran catalogados como en seguimiento especial.*
- *Pese a tenerse constancia, a través de la función de seguimiento, de la existencia de situaciones de deterioro del riesgo de crédito no se procede, de modo inmediato, a su reflejo en la contabilidad.*
- *Respecto a los riesgos marcados como en seguimiento especial, su revisión no siempre se efectúa con la periodicidad establecida en los manuales de procedimiento, y en los informes realizados al efecto se han observado las siguientes carencias: no se consigna la fecha de emisión ni la fecha contable a la que están referidos; no se recogen todos los aspectos relevantes para concluir sobre la capacidad de pago del socio, tales como comparación entre los flujos de caja generados y previstos con los pagos por el servicio de su deuda bancaria total; y en sus conclusiones no especifican los aspectos a vigilar.*
- *En relación con los riesgos clasificados como dudosos por razones ajenas a la morosidad, no se elabora un informe de seguimiento específico, sino que sólo se efectúa una sucinta referencia a su situación en el informe que el Departamento de Seguimiento y Recuperaciones presenta mensualmente al Comité de Seguimiento y Morosidad.*

Por todo ello, respecto al control del riesgo de crédito, es necesario que mejoren los procedimientos de seguimiento y registro del riesgo. En consecuencia, para resolver las deficiencias señaladas deberán adoptar medidas concretas que contemplen:

- **Que la información de gestión que se facilite al Consejo de Administración y la Comisión Ejecutiva contenga información detallada de los riesgos existentes en la entidad catalogados en seguimiento especial.**
- **Un procedimiento de reclasificación de riesgos que garantice la correspondiente clasificación contable de los riesgos tan pronto como se tenga conocimiento de que se dan en ellos las condiciones previstas en el Anejo IX de la CBE 4/2004. A tal fin, en el manual de seguimiento de riesgos se establecerá una periodicidad concreta para que la Unidad de Seguimiento eleve al Comité de Seguimiento y Morosidad las propuestas de clasificación de riesgos como dudosos por razones ajenas a la morosidad.**
- **Un sistema de control del cumplimiento de los plazos previstos para llevar a cabo el seguimiento de los riesgos sometidos a seguimiento especial y la mejora del modelo de informe periódico diseñado para los riesgos en seguimiento especial, haciéndolo extensivo a los riesgos dudosos por razones ajenas a la morosidad.”** [en negrita en el original]

2 En respuesta a dicho requerimiento, y mediante su mencionada carta de fecha 19 de diciembre de 2012 (folios 52 a 54), la Entidad informó de que, en su reunión del 18 de diciembre de 2012, el Consejo de Administración de Avalmadrid había acordado incorporar al “Manual de Seguimiento de Riesgos” que con periodicidad mensual el “Departamento de Seguimiento del Riesgo” elevaría al “Comité de Seguimiento y Morosidad de Avalmadrid” las propuestas de clasificación de riesgos como dudosos por razones ajenas a la morosidad. Igualmente, informó de que dicho Consejo de Administración había acordado en esa misma sesión revisar el plan de Auditoría Interna para que verificase el cumplimiento de los plazos previstos para el seguimiento de los riesgos en seguimiento especial, haciendo extensivo el modelo de informe periódico a los dudosos no morosos, incluyendo dicho modelo de informe todos los aspectos relevantes para concluir la capacidad de pago del socio.

En efecto, según resulta del Acta de dicha sesión de 18 de diciembre de 2012 (folios 48 y 49), en ella el Consejo de Administración trató y acordó lo siguiente:

“En respuesta al tercer requerimiento del Banco de España, se propone:

- a) *El Consejo de Administración acuerda que debe ser informado, en cada una de sus sesiones a celebrar, de los riesgos existentes en la Entidad catalogados en Seguimiento Especial como ya se viene realizando desde el Consejo de Administración celebrado el pasado 30 de octubre de 2012. En cuanto a la Comisión Ejecutiva de la Sociedad, se le procederá igualmente a informar mensualmente en detalle del riesgo en Seguimiento Especial.*
- b) *El Consejo de Administración acuerda que en el Manual de Seguimiento de Riesgos se incorporará una periodicidad concreta para que el Departamento de Seguimiento del Riesgo eleve al Comité de Seguimiento y Morosidad de Avalmadrid las propuestas de clasificación de riesgos como Dudosos por Razones Ajenas a la Morosidad. Dicha periodicidad será mensual.*

No obstante, podrán ser clasificados riesgos como Dudosos por Razones Ajenas tan pronto como se tenga conocimiento de que deban ser clasificados en esta categoría, elevando al Comité de Seguimiento y Morosidad los mismos para su ratificación.

- c) *El Consejo de Administración acuerda dar instrucciones para que el Plan de Auditoría Interna sea revisado para que se verifique el cumplimiento de los plazos previstos para el seguimiento*

de los riesgos sometidos a Seguimiento Especial. En cuanto al modelo de informe periódico, éste se hará extensivo a los riesgos clasificados como Dudosos por Razones Ajenas a la Morosidad e incluirán, con mayor detalle, todos los aspectos relevantes para concluir la capacidad de pago del socio.

Asimismo, se trasladarán a los modelos desde el Sistema de Gestión G3, donde ya vienen recogidas, las fechas de emisión y contables a que están referidos, especificando concretamente los aspectos a vigilar.

- d) *El Consejo de Administración acuerda dar instrucciones a Presidente y Consejero Delegado de la Sociedad, para que las citadas instrucciones se incorporen al Manual de Política de Riesgos de la Entidad, para su ratificación en la próxima sesión del Consejo de Administración.*

El Consejo de Administración aprobó, por unanimidad, los citados acuerdos.

Así mismo, y de conformidad con los citados acuerdos, el Consejo aprobó por igual unanimidad la propuesta de contestación al Banco de España, la cual se incorpora como anexo al presente acta."

En su referida contestación al requerimiento, la Entidad trasladó al Banco de España casi literalmente el contenido de las precedentes letras "a)" a "c)", añadiendo al final: **"Fecha de implementación: 1 de enero de 2013"**.

Tras ello, el Consejo de Administración de Avalmadrid en su sesión de 12 de febrero de 2013 (folio 1.777) acordó aprobar, en ejecución del referido requerimiento del Banco de España, las modificaciones del Manual de Seguimiento de Riesgos a las que se había referido en la anterior sesión de dicho órgano de 18 de diciembre de 2012 y en su mencionado escrito al Banco de España del siguiente 19 de diciembre.

3 Sin embargo, durante la inspección, iniciada el 28 de noviembre de 2016, de la que trae causa la incoación del presente expediente, el equipo inspector constató, entre otras, una serie de deficiencias ya señaladas en el escrito de requerimientos del Banco de España de 6 de noviembre de 2012 y que impiden considerar plenamente atendido el mencionado tercer requerimiento a que venimos haciendo referencia.

Así, tal y como se señala en el Informe, de fecha 4 de junio de 2018, que la Dirección General de Supervisión del Banco de España elevó a la Comisión Ejecutiva de éste proponiendo la incoación del presente expediente sancionador (folios 21 y ss.), por el equipo inspector fueron constatadas las siguientes deficiencias:

- La revisión de los riesgos no siempre se efectúa con la periodicidad establecida en el "Manual de Seguimiento de Riesgos", esto es, anualmente para riesgos a partir de 200.000 euros, semestralmente para riesgos superiores a 1 millón de euros, y, al menos semestralmente, para riesgos en seguimiento especial.

Esta incidencia afecta a 46 operaciones, a cuyo detalle se hace referencia mediante nota al pie⁴.

- Con frecuencia los informes de seguimiento son deficientes para explicar la situación actual y evolución del negocio avalado, limitándose a la actualización del rating interno –el cual presenta un calibrado deficiente–, a la actualización de las partidas contables más importantes sin realizar ningún análisis de las mismas, y a la revisión de alertas externas; no se recogen aspectos relevantes para concluir sobre la capacidad de pago del socio, tales como comparación detallada entre los flujos de caja generados y previstos con los pagos a los que ha de hacer frente. Además, en los informes de seguimiento no hay decisiones y conclusiones claras, incluso en los casos en que se constata un deterioro evidente del avalado.

Esta incidencia afecta a 64 operaciones, a cuyo detalle se hace referencia mediante nota al pie⁵.

⁴ Según resulta de los folios 3.957, 3.958 y 4.889 a 4.895, se trata de las operaciones relativas a:

(i) Máscara Films, S.L. (número de aval 280000028610 y 280000030920);

(ii) Grupo Cercal de Alimentación, S.L. (número de aval 280000032484, 280000032639, 280000032979, 280000035103, 280000036973 y 280000036974);

(iii) Clalu Restauración, S.L. (número de aval 280000031499, 280000031559 y 280000033161);

(iv) Gold Bridge, S.L. (número de aval 280000034561, 280000035696 y 280000039226);

(v) Piman, S.A. (número de aval 280000032994 y 280000035838);

(vi) Gestora Comercial Internacional, S.L.U. (número de aval 280000037910 y 280000041855);

(vii) Afianza Telecomunicaciones, S.L. (número de aval 280000031719)

(viii) Club Social Santo Domingo, S.L. (número de aval 280000038292);

(ix) Grupo Marsans (número de aval 281000034804, 281000034805, 281000034806, 281000034817, 281000034818, 281000034819, 281000034867 y 281000034947); y

(x) Grupo Bionostra (número de aval 280000034271, 281000031324, 280000032104, 280000032372, 280000033099, 280000033522, 280000034727, 281000032836, 280000033095, 281000030593, 281000031323, 281000031640, 280000033098, 280000033516, 280000033520, 280000034725, 280000034726 y 281000031325).

⁵ Según resulta de los folios 3.957, 3.958 y 4.889 a 4.895, se trata de las operaciones relativas a:

(i) Grupo Cantoblanco (número de aval 280000029963, 280000039893, 281000040425, 281000040500, 280000040287 y 280000040091);

(ii) Máscara Films, S.L. (número de aval 280000028610 y 280000030920);

(iii) Grupo Cercal de Alimentación, S.L. (número de aval 280000032484, 280000032639, 280000032979, 280000035103, 280000036973 y 280000036974);

(iv) Clalu Restauración, S.L. (número de aval 280000031499, 280000031559 y 280000033161);

(v) Gold Bridge, S.L. (número de aval 280000034561, 280000035696 y 280000039226);

En particular, y como muestra de la referida insuficiencia de los informes de seguimiento, en uno de los casos el avalado⁶ entró en concurso, sin que en el informe de seguimiento de 3 semanas antes se reflejara ninguna incidencia en su situación, cuando a esa fecha existían indicios suficientes sobre las dificultades financieras del avalado.

- En la mayoría de los informes que se elevan al “Comité de Seguimiento y Morosidad” de Avalmadrid sólo se hace referencia al incumplimiento de los pagos y a la dificultad de su recuperación, sin apenas aportar más información sobre la posibilidad de obtener o ejecutar garantías. En los casos en que se mencionan propuestas de negociación con el socio, no se aporta información detallada o análisis de las mismas.

En concreto, esta incidencia afecta a 52 operaciones, a cuyo detalle se hace referencia mediante nota al pie⁷.

(vi) Piman, S.A. (número de aval 280000032994 y 280000035838);

(vii) Gestora Comercial Internacional, S.L.U. (número de aval 280000037910 y 280000041855);

(viii) Club Social Santo Domingo, S.L. (número de aval 280000038292);

(ix) Grupo Novissima (número de aval 280000031781 y 280000031782);

(x) Cavali, S.L. (número de aval 280000031126, 280000033960 y 280000038343);

(xi) Asociación de Empresarios del Henares (número de aval 280000037441);

(xii) Grupo Casbar (número de aval 280000031249, 280000031877, 280000032672, 280000035000, 280000038143, 280000039828 y 280000039845);

(xiii) Grupo Marsans (número de aval 281000034804, 281000034805, 281000034806, 281000034817, 281000034818, 281000034819, 281000034867 y 281000034947); y

(xiv) Grupo Bionostra (número de aval 280000034271, 281000031324, 280000032104, 280000032372, 280000033099, 280000033522, 280000034727, 281000032836, 280000033095, 281000030593, 281000031323, 281000031640, 280000033098, 280000033516, 280000033520, 280000034725, 280000034726 y 281000031325).

⁶ Se trata de Grupo Cantoblanco (número de aval 280000029963, 280000039893, 281000040425, 281000040500, 280000040287 y 280000040091), según resulta de los folios 3.957 y 4.893.

⁷ Según resulta de los folios 3.957, 3.958 y 4.889 a 4.895, se trata de las operaciones relativas a:

(i) Grupo Cantoblanco (número de aval 280000029963, 280000039893, 281000040425, 281000040500, 280000040287 y 280000040091);

(ii) Energía Ercam, S.A. (número de aval 280000041230 y 280000043166);

(iii) Máscara Films, S.L. (número de aval 280000028610 y 280000030920);

(iv) Grupo Cercal de Alimentación, S.L. (número de aval 280000032484, 280000032639, 280000032979, 280000035103, 280000036973 y 280000036974);

(v) Clalu Restauración, S.L. (número de aval 280000031499, 280000031559 y 280000033161);

(vi) Gold Bridge, S.L. (número de aval 280000034561, 280000035696 y 280000039226);

- En ocasiones la clasificación crediticia se realiza con mucho retraso y en algún caso a instancias de la auditoría externa.

Esta incidencia afecta a 12 operaciones, a cuyo detalle se hace referencia mediante nota al pie⁸.

A la luz de todo lo anterior, cabe precisar que el ámbito temporal al que se circunscriben los hechos relativos al incumplimiento del requerimiento relativo al control del riesgo de crédito abarca de manera continuada desde el **1 de enero de 2013**, momento en el que la propia Entidad se comprometió a que estarían implementadas las medidas encaminadas a la subsanación de las deficiencias detectadas, hasta, al menos, la incoación del presente expediente sancionador, **21 de junio de 2018**, pues al tiempo de dicha incoación todavía no habían sido implementadas íntegramente, tal y como revela el escrito de Avalmadrid de fecha 27 de julio de 2018 (folios 785 a 909) de respuesta a los requerimientos que le fueron dirigidos por el Banco de España paralelamente a la incoación del presente expediente, poniendo de manifiesto dicho escrito de la Entidad que a la fecha del mismo Avalmadrid estaba todavía implementando o tenía aún pendientes de implementar medidas oportunas para corregir las deficiencias detectadas.

4 Puede, pues, concluirse que, a pesar de que por la Entidad se comunicó al Banco de España que el 1 de enero de 2013 tendría implementadas las medidas para dar cumplimiento a este tercer requerimiento, se ha constatado que, al tiempo de la incoación del presente expediente, las medidas requeridas todavía no habían sido íntegramente implementadas, habiendo sido detectadas por la Inspección deficiencias que motivaron el citado requerimiento, que, por ello, no se puede considerar atendido.

(vii) Grupo Novissima (número de aval 280000031781 y 280000031782);

(viii) Accuore Inversiones, S.L. (número de aval 280000041676 y 280000043642);

(ix) Grupo Marsans (número de aval 281000034804, 281000034805, 281000034806, 281000034817, 281000034818, 281000034819, 281000034867 y 281000034947); y

(x) Grupo Bionostra (número de aval 280000034271, 281000031324, 280000032104, 280000032372, 280000033099, 280000033522, 280000034727, 281000032836, 280000033095, 281000030593, 281000031323, 281000031640, 280000033098, 280000033516, 280000033520, 280000034725, 280000034726 y 281000031325).

⁸ Según resulta de los folios 3.957, 3.958 y 4.889 a 4.895, se trata de las operaciones relativas a:

(i) Grupo Cercal de Alimentación, S.L. (número de aval 280000032484, 280000032639, 280000032979, 280000035103, 280000036973 y 280000036974);

(ii) Grupo Novissima (número de aval 280000031781 y 280000031782);

(iii) Cavali, S.L. (número de aval 280000031126, 280000033960 y 280000038343); y

(iv) Asociación de Empresarios del Henares (número de aval 280000037441).

3.2.2 Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados

a. Resumen de las alegaciones

A este respecto, las alegaciones de los expedientados versan sobre la delimitación y la acreditación de las operaciones afectadas por las deficiencias imputadas en cuanto al requerimiento relativo al control de seguimiento de riesgos.

En cuanto a la delimitación de dichas operaciones, la Entidad aduce (folios 6.191 a 6.196) que de las 167 operaciones que en el Pliego de cargos se identifican como afectadas por dichas deficiencias deberían excluirse aquellas operaciones que, a fecha 1 de enero de 2013: (i) se encontraban en situación de morosidad y, por tanto, de recuperación, situación que es distinta a la de seguimiento, rigiéndose ambas situaciones por normativas diferentes; o (ii) estaban ya canceladas. Con esos criterios de exclusión, el listado de operaciones afectadas se reduciría, según la Entidad, a un total de 87 operaciones (folios 6.568 y 6.569).

Por lo que se refiere a la acreditación documental de las citadas operaciones, el expedientado Sr. Pedro Irigoyen alega (folios 8.016 y 8.017) que no existe tal acreditación y que, en general, ni siquiera se identifican esas operaciones.

Admite que en ocasiones sí se alude a concretas operaciones, “pero sólo se ofrece un número de referencia que este administrado no es capaz de identificar”, añadiendo que “en cualquier caso, tampoco se conoce el elemento probatorio que las acreditaría”. Hace alusión a que uno de los documentos incorporados al expediente es “una tabla con numerosos datos de origen desconocido” y que “otra de tales referencias está constituida por una comunicación interior del propio Banco de España”, documentos que son meras apreciaciones valorativas efectuadas por el inspector y que no pueden constituir prueba de cargo, porque resulta necesario probar hechos concretos, no bastando la mera apreciación del resultado de la calificación por un inspector. Además dice que los inspectores del Banco de España carecen de presunción de veracidad, por lo que un documento elaborado por un inspector en el que se recogen conclusiones en vez de hechos en ningún caso puede hacer prueba. En todo caso, continúa diciendo, aun cuando se apreciara que el inspector tiene presunción de acierto en sus valoraciones, el expedientado, para no incurrir, de otro modo, en una situación de indefensión, debe poder tener acceso a los elementos de juicio en que se fundan tales valoraciones, a fin de estar en condiciones de poder contradecirlas, lo que, a su juicio, no sucedería en el caso que nos ocupa.

b. Valoración de las alegaciones

b.1 Sobre la delimitación de las operaciones

Se acogen las alegaciones.

El Pliego de cargos se basaba en este punto en la información que, a petición de esta Instrucción, fue facilitada por la Inspección en sus Informes de 19 de noviembre de 2018 (folios 3.769 a 4.722) y 2 de enero de 2019 (4.889 a 4.895). Sin embargo, en su posterior Informe de fecha 24 de mayo de 2019 (folios 8.951 a 8.955) emitido en respuesta al oficio que le fue dirigido por la Instrucción en virtud de la providencia de prueba del anterior 10 de mayo, la Inspección señaló que:

“dicha información correspondía al perímetro de tiempo de la inspección realizada (desde 2008 al 30/09/2016), no estaba limitado al periodo 07/11/2012 a 30/09/2016. Así, en efecto, a dicha fecha, había avales que ya no estaban en fase de seguimiento porque ya habían sido calificados como morosos y habían entrado en fase de recuperación (mientras que otras habían sido refinanciadas a través de nuevos avales).”

Aclara, pues, la Inspección que, respecto a la primera información remitida, es preciso excluir todas aquellas operaciones que a la fecha del requerimiento habían entrado ya en morosidad. Lo que conduce a la Inspección a reducir el número de operaciones afectadas a 38.

Esta Instrucción acoge dicho criterio de la Inspección, con las siguientes dos matizaciones, que resultan ambas en favor de los expedientados.

Por un lado, si bien la fecha que toma en cuenta la Inspección es la del requerimiento (6 de noviembre de 2012) o la del día siguiente a éste, a efectos sancionadores, tal y como con más detalle se explicará en el epígrafe 3.3, la fecha relevante es el 1 de enero de 2013. De todos modos, esta precisión no tiene mayor incidencia práctica, toda vez que, atendiendo al anexo que acompaña al citado Informe de Inspección de 24 de mayo, el número de operaciones afectadas permanece inalterado tomando esa fecha del 1 de enero de 2013.

Y, por otro lado, una de las operaciones que en dicho anexo aparece marcada (en verde) como afectada por la deficiencia relativa a la periodicidad del seguimiento (la operación de Afianza Telecomunicaciones, nº de aval 280000031719), debería también estar excluida en atención a que, según consta en ese mismo anexo (6ª columna), la fecha de entrada en morosidad de dicho aval fue el 31 de agosto de 2012, antes, por tanto, del requerimiento, como confirma, además, la documentación que sobre esa operación obra en el expediente en los folios 4.340 a 4.342. Consecuencia de ello es que el número total de operaciones afectadas por las deficiencias en materia de seguimiento de riesgo es de **37 operaciones**, con el desglose y los datos identificativos que, por lo demás, figuran en el referido Informe de Inspección y su anexo.

b.2 Sobre la acreditación de las operaciones

No se acogen las alegaciones.

En primer lugar, debe subrayarse que todas y cada una de las operaciones afectadas por las deficiencias relativas al requerimiento concerniente al seguimiento del riesgo están perfectamente identificadas en el expediente (folios 4.915 a 4.917), y no sólo por el número de aval, sino también por el acreditado que las protagonizó.

Además, obran en el expediente numerosos documentos de esas concretas operaciones afectadas. Así, por ejemplo, y entre otros muchos documentos, constan solicitudes de avales, análisis de acreditados, informes de operaciones, análisis de riesgos, informes de seguimiento, solicitudes de novaciones, extractos de morosidad, correos electrónicos, actas de reuniones, propuestas, hojas de incidencias, etc.⁹ Hasta el punto de que ningún otro de los veintiún expedientados (y, señaladamente, tampoco la Entidad) ha cuestionado que las referidas operaciones estén suficientemente identificadas y documentadas.

Respecto de los documentos elaborados por la Inspección y que el expedientado califica como meras apreciaciones valorativas sin relevancia probatoria, ha de señalarse que, como evidencia su lectura, tales documentos (*vid.* folios 3.769, 3.770, 3.957, 3.958 y 4.889 a 4.895) contienen descripciones de hechos y juicios técnicos y objetivos, emitidos por profesionales con una preparación técnica especialmente cualificada y sustentados en la documentación soporte aportada al procedimiento que anteriormente se ha aludido. A ello se suma que, contrariamente a lo que alega el expedientado, los documentos emitidos por los inspectores del Banco de España sí tienen presunción de certeza, en el sentido explicado reiteradamente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 15 de noviembre de 2013 (JUR 2013\358418) y 14 de diciembre de 2016 (RJ 2017\162). Así, en la última de ellas dicho Tribunal sostiene que:

"5.- La invocación por parte de la actora en el sentido de que no puede otorgarse a los informes de los inspectores del Banco de España valor probatorio conforme al artículo 6 bis de la ley 13/1994 de 1 de junio (RCL 1994, 1554) también ha de decaer. Dicho precepto proviene de la aprobación de la enmienda 663 del Grupo Popular en el Senado, y que dio origen al art.58 bis primero, y luego al art.63 de la Ley de Medidas Fiscales, administrativa y de orden social de 30 de diciembre. Dicha enmienda pretendía equiparar el tratamiento de ese personal con el de otros órganos reguladores en el ámbito de la economía. Bajo esta perspectiva ha de entenderse que, con independencia del carácter laboral o funcional de dichos inspectores no cabe negar a los informes evacuados una presunción de certeza no tanto por su carácter o no de autoridad como ocurre con las actas, y aunque no se hayan ratificado, sino por la especial preparación técnica y objetividad que preside sus actuaciones, por lo que el motivo expuesto carece de fuerza enervante de las conclusiones expuestas tanto en el informe de inspección de 23 y 24 de abril de 2009 como de los demás informes evacuados a lo largo del expediente disciplinario. Por otro lado, las STS citadas de fecha 13.6.2005 (RJ 2005, 5512) (recurso 7096/00 y 18.9.2008 (RJ 2008, 6877), recurso 317/2004) que invoca el actor se refieren al ámbito tributario. Pero sí hay una clara Jurisprudencia del Tribunal Supremo que otorga un claro valor probatorio a los informes de los Inspectores del Banco de España (sentencias de 18 de

⁹ Véase, *in extenso*, folios 3.959 a 4.718.

octubre de 2.006, recursos 198/04 (RJ 2006, 6679) y 199/04 (RJ 2007, 518), en concreto, se indica que dicho valor deriva del art. 17.5 del RD 1398/1993, de 4 de agosto [que se corresponde con el actual artículo 77.5 de la Ley 39/2015], y ello incluso aunque el recurrente, como en el caso presente alegue que no ha existido acta, sino tan sólo un informe (STS de 14.3.2006 (RJ 2006, 1637), recurso 624/02)."

En todo caso, y al margen de lo anterior, el expedientado tiene pleno acceso a los elementos de juicio en los que se basan las deficiencias imputadas, pues las mismas están claramente explicitadas en el expediente y obra en las actuaciones, según se ha dicho, documentación soporte de las operaciones afectadas por las incidencias. No cabe, pues, apreciar motivo alguno de indefensión.

A todo lo anterior se añade, además, que obran en el expediente todas y cada una de las actas de las reuniones que el Consejo de Administración, la Comisión Ejecutiva, la Comisión Delegada de Riesgos y la Comisión de Riesgos de la Entidad han celebrado entre el 1 de enero de 2013 y el 21 de junio de 2018¹⁰, donde se analizan, aprueban y novan multitud de operaciones, entre ellas, varias de las afectadas por las incidencias aquí detectadas.

A la luz de lo expuesto, carece de virtualidad aducir genéricamente, como hace el expedientado, que no existe prueba de cargo y que no hay concreción en los hechos imputados. Obra abundante prueba en las actuaciones para valorar si concurren, o no, las deficiencias imputadas en materia de seguimiento de riesgos.

3.3 Alegaciones formuladas respecto de ambos requerimientos: resumen y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Se refieren (i) al contenido del plan estratégico de KPMG aportado al expediente por la Entidad, así como (ii) al periodo temporal de la conducta infractora imputada.

a.1 Sobre el plan estratégico de KPMG

Como un anexo a sus alegaciones al Pliego de cargos, Avalmadrid aportó al expediente (folios 6.213 a 6.346) un plan estratégico elaborado por la consultora KPMG a petición de la Entidad y que se presentó a los consejeros de ésta en la reunión de su Consejo de Administración de 28 de mayo de 2013 (folios 1.121 a 1.123).

Dice Avalmadrid que el valor de dicho documento es "capital, pues su emisión fue encomendada a un tercero, que desde su independencia procedió a valorar la situación, para tranquilidad de la entidad y sus consejeros", y que "Avalmadrid consideró, con

¹⁰ Véanse los folios 1.767 a 3.701.

fundamento, que o bien se habían cumplido, o bien se estaba cumpliendo con los requerimientos del Banco de España”.

A lo que añade que *“en atención a los hechos la convicción de la entidad a propósito del cumplimiento de los requerimientos era plena, tras la presentación del plan estratégico”* y que en dicho informe se dejó *“claro a los miembros del consejo de administración que se había dado cumplimiento a los requerimientos”* (folio 713). En análogo sentido se expresan otros expedientados¹¹.

a.2 Sobre el periodo temporal de la conducta infractora imputada

Avalmadrid aduce en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos que *“los requerimientos de subsanación no fijaron plazo para su cumplimiento”* y que *“en el presente supuesto no hubo plazo otorgado en el requerimiento, sino que la entidad se comprometió a implantar la política a partir del 1 de enero de 2013”* (folio 6.198). En análogo sentido alegan otros expedientados¹².

Más específicamente, en lo que se refiere a la fecha de finalización de los incumplimientos imputados, la Entidad distingue entre los dos requerimientos objeto del presente expediente.

Así, en cuanto al requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos, Avalmadrid alega (folio 6.199) que no puede admitirse, como hace el Pliego, una diferente fecha de finalización del incumplimiento para la Entidad (3 de octubre de 2014) y para el resto de expedientados (29 de julio de 2014), porque, una vez acordada la realización de una operación, la formalización de ésta no es más que un acto debido, siendo la aprobación de la operación lo que produce efectos jurídicos, de modo que *“procede considerar que tanto para la entidad, como para el resto de expedientados debe aplicarse la misma fecha, el 29 de julio de 2014”*, que es la fecha en que el Consejo de

¹¹ Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.818 y ss.), D. Alfonso Carcasona García (folios 6.877 y ss.), Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.915 y ss.), D. Manuel Beltrán Pedreira (folios 7.037 y ss.), D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.082 y ss.), D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.121 y ss.), CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.151 y ss.), D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.215 y ss.), Banco Santander, S.A. (folios 7.305 y ss.), Valoración y Control, S.L. (folios 7.345 y ss.), Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.403 y ss.), Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. -Mediación y Diagnósticos, S.A.U.- (folios 7.451 y ss.), D. Jesús Martín Sanz (folios 7.475 y ss.), D. José María Rotellar García (folios 7.962 y ss.), D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.996 y ss.), y D. Pedro Irigoyen (folios 8.025 y ss.).

¹² Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folio 6.836); D. Jorge Morán Santor (folio 6.599); D. Alfonso Carcasona García (folios 6.893 y 6.894); Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folio 6.948); D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo (folios 6.981 y ss.); D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.086 y ss.); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.131 y ss.); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.201 y ss.); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.266 y ss.); Valoración y Control, S.L. (folios 7.368 y ss.); D. Jesús Martín Sanz (folios 7.510 y ss.); D. José María Rotellar García (folio 7.954); D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.983 y 7.984); D. Pedro Irigoyen (folios 8.013 y 8.014) y, por remisión a los escritos de Avalmadrid, D. Manuel Beltrán Pedreira, Banco Santander, S.A., Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. y Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (Mediación y Diagnósticos, S.A.U.) (folios 7.021, 7.279, 7.371, 7.372 y 7.433).

Administración de Avalmadrid aprobó la política de riesgos que era conforme con lo requerido por el Banco de España.

En relación con este mismo requerimiento, otros expedientados (D. José María Rotellar y D. Valentín Bote) aducen (folios 7.946, 7.947, 7.976 y 7.977) que no puede situarse temporalmente la finalización del incumplimiento, ya que se desconoce cuándo se aprobó la versión 13ª de la Norma General de Riesgos de la Entidad que incorporó el límite máximo por operación de un millón de euros, y ello en la medida en que *“no consta en el expediente ningún acta de ninguna sesión de un órgano de Avalmadrid que indique que aprueba dicha versión 13, ni tampoco que contenga un anejo consistente en tal aludida versión”*.

Por lo que respecta al requerimiento relativo al seguimiento de riesgos, Avalmadrid esgrime (folios 6.200 a 6.202) que el Pliego de cargos fundamenta la fecha de finalización de la infracción (que se fija en, al menos, el 21 de junio de 2018) en un supuesto reconocimiento por parte de la Entidad contenido en el escrito de ésta de 27 de julio de 2018 (folios 785 a 909), cuando, dice Avalmadrid, tal reconocimiento no existe, sino que, al contrario, en dicho escrito la Entidad afirma haber dado cumplimiento a los requerimientos. Explica Avalmadrid que, como ya alegó en su escrito de alegaciones previas al Pliego de cargos, la fecha del incumplimiento no puede extenderse más allá del 30 de septiembre de 2016, fecha de los estados contables a los que se refería la inspección que detectó las deficiencias.

En análogo sentido alegan otros expedientados¹³, añadiendo en algún caso que el reconocimiento de la Entidad, de existir, no les resultaría oponible a ellos, y, en otros casos, que la infracción se habría producido en 2013, bien el 1 de enero de 2013 (al haber transcurrido el plazo para atender el requerimiento sin haberlo hecho) o bien al haberse incumplido el plazo interno de 6 meses que el Banco de España tendría para comprobar el cumplimiento de los requerimientos, sin que en ningún caso haya una conducta antijurídica permanente que se prolongue hasta 2018.

b. Valoración de las alegaciones

b.1 Relativas al plan estratégico de KPMG

No se acogen las alegaciones.

¹³ D. Jorge Morán Santor (folios 6.600 a 6.603), la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.800 y ss.), D. Alfonso Carcasona García (folios 6.845 y ss.), la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.950 y ss.), D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo (folio 6.966), D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.064 y ss.), D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.102 y ss.), CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.153 y ss.), D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.217 y ss.), Banco Santander, S.A. (folios 7.286 y ss.), Valoración y Control, S.L. (folios 7.320 y ss.), Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.378 y ss.), Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. -Mediación y Diagnósticos, S.A.U.- (folios 7.434 y ss.), D. Jesús Martín Sanz (folios 7.476 y ss.), y D. Pedro Irigoyen (folios 8.003 y ss.).

Una lectura del plan estratégico aportado no permite razonablemente obtener la “convicción plena” –como dice la Entidad– de que los requerimientos estaban cumplidos¹⁴, toda vez que en dicho plan se menciona varias veces que aún no ha finalizado la implantación de los requerimientos o que existen deficiencias en esa implementación.

Es cierto que en dicho plan estratégico se contienen afirmaciones que, aisladamente consideradas, son susceptibles de generar en el lector la idea de que podrían haberse cumplido los requerimientos (*vid.*, por ejemplo, los folios 6.218 y 6.291). Así, en este último folio citado, al analizar el estado de situación del requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos, se dice que “*dicha modificación [la relativa al límite máximo por operación] se ha trasladado a la Norma General de Riesgos*”. Y, asimismo, se explica que “*los niveles de concentración del riesgo, en avalados con riesgo >1M€, se están reduciendo como resultado de la modificación de la Política de Riesgos de Avalmadrid*”.

Sin embargo, como decimos, no puede soslayarse que el citado documento –que tiene fecha de abril de 2013– identifica como iniciativas que debe tomar la Entidad las de “[f]inalizar la implantación de las recomendaciones del Banco de España” (folios 6.221 y 6.272), o “[t]erminar de implantar los requerimientos reflejados en el acuerdo adoptado por la Comisión Ejecutiva del Banco de España de fecha 6 de noviembre de 2012, tras la inspección practicada a Avalmadrid con resultado favorable, emprendiendo y vigilando las acciones acordadas ante los requerimientos del Banco de España” (folio 6.224).

En el mismo sentido, se dice que:

“[l]as acciones correctivas documentales se han realizado, pero algunas, especialmente las del tercer requerimiento, están en proceso de implantación. Actualmente siguen sin cumplirse totalmente los plazos previstos para el seguimiento de los riesgos sometidos a seguimiento especial, aunque se está corrigiendo y minimizándose los plazos” (folio 6.238).

Y, en relación con la mejora de los procesos operativos, se prevé “establecer mecanismos de alerta para poder cumplir con los plazos de revisión de socios en seguimiento especial” (folios 6.268 y 6.283).

Asimismo, bajo el epígrafe “*Recomendaciones del Banco de España*” (folio 6.288 del expediente), se consigna como iniciativa para que la Entidad lleve a cabo la de “[t]erminar de implantar las mejoras necesarias derivadas del informe del BdE”. Ahí se dice, en cuanto al requerimiento relativo a la concentración de riesgos, que está “*en implantación con resultados positivos*”, y, por lo que respecta al requerimiento relativo al seguimiento, se dice “*implantado*”, “*en implantación con resultados positivos*” o “*con problemas de implantación en el cumplimiento de plazos*”, según el aspecto concreto de dicho

¹⁴ Análoga consideración puede hacerse respecto de los informes de auditoría interna que cita la Entidad en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 6.169), *vid.* por ejemplo folios 6.466, 6.523, 6.526, 6.527 y 6.530.

requerimiento de que se trate¹⁵. Y, en particular, por lo que se refiere a este último aspecto del cumplimiento de plazos, en la página 82 del informe de KPMG (folio 6.295 del expediente) se dice lo siguiente, bajo el apartado de verificación del plan de acción de Avalmadrid:

"Se ha realizado un muestreo de seguimientos realizados a socios marcados como "seguimiento especial" y se han evidenciado casos con retrasos de 3 meses en los plazos marcados por el procedimiento para realizar dichos seguimientos. Estos casos suelen suceder por falta de información del cliente. Es necesario continuar potenciando las actividades de seguimiento y en especial el cumplimiento de plazos y la toma de decisiones aunque falte información (salvo que sea especialmente relevante)."

Así pues, la lectura de los pasajes mencionados no permite razonablemente alcanzar la "convicción plena" de que los requerimientos se habían cumplido. Antes al contrario, se apunta en ese plan estratégico, como se ha visto, que todavía había que continuar trabajando en la implantación de los requerimientos y se hace referencia a deficiencias en dicha implantación. Conclusión que se ve también corroborada por el hecho de que en el acta de la reunión del Consejo de Administración de 28 de mayo de 2013 (la inmediatamente posterior al citado plan estratégico y en la que se analizaba éste, folios 1.787 a 1.793) no consta que se dijese nada sobre esa supuesta "convicción plena"¹⁶.

Todo ello por no hablar de que ciertos pasajes del plan estratégico que apuntan al cumplimiento de los requerimientos resultan desmentidos por la restante prueba obrante en el expediente, y, singularmente, por la resultante de las actuaciones inspectoras. Atiéndase, por ejemplo, al anteriormente mencionado pasaje del plan estratégico en el que se afirma que a fecha de elaboración del documento (abril de 2013) se ha incorporado a la Norma General de Riesgos el límite máximo de operaciones al máximo de refinanzamiento (folio 6.291), cuando, sin embargo, tal incorporación a la Norma General de Riesgos tuvo lugar el 29 de julio de 2014 (folios 123 y ss.). Como ha quedado acreditado, los requerimientos han resultado incumplidos, sin que en cualquier caso el plan estratégico analizado desmienta esa realidad fáctica, más allá de la representación mental que haya podido provocar en los expedientados.

En cualquier caso, el referido plan estratégico habrá de ser también objeto de consideración a la hora de realizar el juicio de responsabilidad (epígrafe 6 de la presente Propuesta).

¹⁵ En el informe de KPMG se alude al requerimiento sobre concentración de riesgos como "requerimiento 2" y al requerimiento sobre seguimiento como "requerimiento 3", especificándose, respecto de este último, tres aspectos distintos objeto de consideración propia, identificados con las letras "a" a "c". Así consta en la página 25 del citado informe (folio 6.238 del expediente).

¹⁶ De hecho, antes al contrario y según se ha indicado en el apartado 3.1.1, en esa reunión en la que el Consejo de Administración de Avalmadrid "el Presidente recuerda que el Banco de España, en el Informe que culmina la Inspección realizada a esta entidad, propone tres recomendaciones. La segunda recomendación consiste en aplicar una política crediticia que disminuya la concentración existente en la cartera de acreditados/avalados con un riesgo individual significativo, en particular con aquellos que cuenten con un importe de riesgo que no reúna las condiciones para obtener refinanzamiento", y tras ello el Consejo de Administración terminó esa reunión fijando el importe máximo por operación en el 75% más que el máximo de refinanzamiento existente.

b.2 Relativas al periodo temporal de la conducta infractora imputada

Se acogen parcialmente, según lo que a continuación se explica.

Han de rechazarse las alegaciones de los expedientados que vienen a sostener que no existe como tal una **fecha de inicio del incumplimiento** en la medida en que el requerimiento no impuso expresamente un plazo concreto para proceder al cumplimiento del requerimiento.

Como es conocido y se ha explicado en el apartado 3.1 anterior, tras la inspección efectuada, el Banco de España formuló un requerimiento en fecha 6 de noviembre de 2012, que fue respondido por la Entidad mediante carta del posterior 19 de diciembre. En ese requerimiento remitido por el Banco de España (folios 41 a 44), que iba dirigido al presidente de la Entidad, se relacionaban las deficiencias detectadas y se exponían las medidas que debía acometer por Avalmadrid para resolverlas, terminándose dicho escrito con el siguiente párrafo:

*"Le ruego entregue una copia del presente escrito al Director General de la entidad y dé cuenta integra de su contenido al Consejo de Administración. Asimismo, **debe informar a la Dirección General de Supervisión, Departamento de Inspección I**, de los acuerdos adoptados para su cumplimiento y **del plazo de ejecución**."*

Es decir, que, en su requerimiento, el Banco de España permitió que fuese la propia Entidad la que fijase el plazo de ejecución de las medidas que habían sido requeridas¹⁷, lo que Avalmadrid procedió a hacer mediante la precitada carta de 19 de diciembre de 2012 (folios 52 a 54). En dicha comunicación, y según se ha comprobado, la Entidad impuso como fecha de implementación de las medidas requeridas el 1 de enero de 2013, fecha que el Banco de España dio por buena.

Pues bien, la integración de ambos documentos y su contenido permite llegar a la natural conclusión de que el plazo en que tenían que quedar implementadas las medidas de subsanación de las deficiencias advertidas era el 1 de enero de 2013, siendo esa fecha, por tanto, la de inicio del incumplimiento objeto del presente expediente.

Por lo que respecta a la **fecha de finalización del incumplimiento relativo al requerimiento sobre la política de disminución de la concentración de riesgos, debe aceptarse la alegación de Avalmadrid** relativa a que la fecha de finalización de dicho incumplimiento debe ser, respecto de la Entidad, el 29 de julio de 2014, en vez del 3 de

¹⁷ Frente a la imposición unilateral de un plazo por parte del Banco de España, la forma de proceder descrita trata de facilitar, cuando las circunstancias lo permiten, a la Entidad la adopción de las medidas requeridas, en la medida en que es la propia Entidad la única que puede conocer en detalle su disponibilidad y carga de trabajo interna.

octubre de dicho año. Y ello no por los argumentos que esgrime la Entidad con ocasión de esa alegación, sino porque, como también señala Avalmadrid en otras partes de su escrito de alegaciones, la política que debía implantarse lo era con carácter general, y, por tanto, no excluía completamente que pudieran hacerse operaciones puntuales que superasen el límite máximo fijado, de modo que tales operaciones puntuales no implican necesariamente una vulneración de la política que se debía implantar.

En efecto, Avalmadrid esgrime en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 6.181) que el hecho de que se hayan realizado esas operaciones no implica en sí mismo un incumplimiento del requerimiento efectuado, en la medida en que el mismo impuso una obligación de limitar con carácter general (y por tanto, con la posibilidad de realizar excepciones puntuales) el importe máximo de las operaciones e incorporar esa política a la normativa interna de la Entidad¹⁸.

Siendo ello así, ciertamente esas operaciones no revelan necesariamente un incumplimiento del requerimiento, de lo que se deriva también la consecuencia que la fecha de cese del incumplimiento es, en todo caso y para todos los expedientados a los que se les imputa el mismo (incluido Avalmadrid), el 29 de julio de 2014.

Deben, sin embargo, rechazarse las alegaciones de los expedientados D. José María Rotellar García y D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco por las que se pretende sostener la existencia de incertidumbre acerca de cuándo se incorpora a la Norma General de Riesgos de la Entidad el límite máximo por operación de un millón de euros. Y ello porque en el Acta de inspección (folio 37) consta que la versión 13ª de la Norma General de Riesgos que incorporó dicho límite se aprobó el 29 de julio de 2014, dato corroborado por la propia Avalmadrid (folios 711 y 6.199) y que, además, concuerda temporalmente con la propuesta que a tal efecto hizo la Comisión Delegada de Riesgos de la Entidad en fecha 4 de julio de 2014 (folio 2.926 y 2.927). Con esa prueba cualificada, y en ausencia de cualquier otro dato contradictorio con ese, esta Instrucción tiene por acreditado que efectivamente fue el 29 de julio de 2014 cuando se incorporó a la Norma General de Riesgos el límite máximo, por lo que no hay incertidumbre alguna respecto de la fecha en que finalizó el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos.

En lo que respecta al requerimiento relativo al seguimiento del riesgo, debe mantenerse la fecha de finalización del incumplimiento que se señaló en el Pliego de cargos. No se trata de que la Entidad hiciese ningún reconocimiento en su escrito de 27 de julio de 2018, sino simplemente de que de ese escrito se desprende que Avalmadrid, a fecha de la incoación del presente expediente, continuaba implementando medidas para el cumplimiento del requerimiento formulado en 2012.

¹⁸ Ello sin perjuicio de que, con posterioridad, según ha informado la Entidad, Avalmadrid ha decidido eliminar el carácter general de esa política para reforzar la política de disminución de la concentración de riesgos (folios 804 y 805).

Así, en dicho escrito se observa, por ejemplo, que, en relación con la deficiencia relativa a los informes que se elevan al Comité de Seguimiento y Morosidad, se dice que *“la Entidad está revisando en conjunto la gestión interna de los riesgos”*, que *“en el nuevo informe de recuperaciones se incluirán las actuaciones realizadas por el gestor de recuperaciones y las respuestas del socio/cliente (trazabilidad del contacto mantenido con el socio), así como la evolución del volumen de riesgo y operaciones que cuentan con garantía personal, real y sin garantía”* (folio 814), incluyéndose a continuación un cuadro en el que se dice que la implementación de ese nuevo modelo se producirá el 31 de diciembre de 2018.

Respecto de la deficiencia relativa a la insuficiencia de los informes de seguimiento, se dice (folios 811 y 812) que determinadas *“consideraciones de este apartado están relacionadas con la mejora del informe de seguimiento de riesgos donde se incorpora un nuevo modelo de informe”*, cuya implementación preveía hacer el escrito de Avalmadrid el 31 de diciembre de 2018. Igualmente, en relación con la deficiencia relativa a la periodicidad con la que se revisan los riesgos, se explica en el escrito de Avalmadrid (folios 810 y 811) que esas revisiones se habrían comenzado a realizar con la periodicidad correcta a partir de octubre de 2016, no obstante lo cual al momento del escrito (julio de 2018) se iba a adoptar una medida para garantizar que se cumpliese con esa periodicidad (análisis anual por parte de auditoría interna).

Al margen de todo lo anterior, habrá de resultar evidente que si en el año 2012 se dirige un requerimiento a la Entidad y en 2018, tras una inspección en la que se ha verificado la existencia de deficiencias, se tiene que dirigir un nuevo requerimiento a la Entidad para que cumpla con el que se le formuló anteriormente, la infracción ha llegado hasta nuestros días¹⁹, pues, de otro modo, no habría sido necesario formular un nuevo requerimiento.

En consecuencia, deben, por tanto, confirmarse las fechas de inicio y finalización de la conducta infractora que fueron señaladas en el Pliego de cargos, con la precisión, no obstante, de que la fecha de finalización del incumplimiento por parte de Avalmadrid del requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos fue la del 29 de julio de 2014, al igual que para los demás expedientados.

3.4 Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto, **se mantiene el relato fáctico del Pliego de cargos, con estas dos únicas modificaciones: (i) la fecha de finalización del incumplimiento por parte de la Entidad en relación con el requerimiento relativo a la concentración de riesgos es, al igual que para los demás expedientados, el 29 de julio de 2014; y (ii) el número de operaciones afectadas por las deficiencias relativas al seguimiento de riesgos es de 37 operaciones, con el desglose y los datos identificativos que figuran en el Informe de Inspección de 24 de mayo de 2019 y su anexo.**

¹⁹ Véase en este sentido, por ejemplo, los folios 6.527 y 6.530 en materia de periodicidad del seguimiento.

4 Sujetos sometidos al presente expediente sancionador

Antes de entrar en la exposición de los fundamentos jurídicos de la presente Propuesta, procede, a la vista de lo acordado por esta Instrucción en el Pliego de cargos, señalar quiénes son las personas distintas de Avalmadrid frente a las que actualmente se está siguiendo el presente procedimiento y, por tanto, a las que va dirigida esta Propuesta. Dichas personas son las que figuran relacionadas en el siguiente cuadro-resumen.

NOMBRE	CARGO AVALMADRID	DESIGNACIÓN	CESE
Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid	Presidenta del Consejo de Administración	01/01/2011	-
D. Jesús Alejandro Vidart Anchía	Consejero	21/10/2015	31/12/2018 ²⁰
D. José María Rotellar García	Consejero	11/09/2008	21/10/2014
D. Manuel Beltrán Pedreira	Consejero	18/12/2012	21/10/2014
D. Juan Irazo Martín	Consejero	17/06/2014	21/10/2014
D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco	Consejero	17/06/2014	19/06/2015 ²¹
D. Pedro Irigoyen Barja	Consejero	21/10/2014	21/10/2015 ²²
Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid	Consejero	14/12/2010	-

²⁰ De acuerdo con la información recibida de la División de Análisis de Idoneidad y Registro de Altos Cargos del Banco de España (folio 8.975).

²¹ De conformidad con lo indicado por Avalmadrid en su escrito de fecha 22 de octubre de 2018 (folio 1.187).

²² En el Pliego de cargos, debido a un mero error material, no se hacía constar la fecha de cese del Sr. Irigoyen, a pesar de haber sido ésta tenida en cuenta en las consideraciones contenidas en dicho Pliego relevantes respecto del citado expedientado.

NOMBRE	CARGO AVALMADRID	DESIGNACIÓN	CESE
D. Alfonso Carcasona García	Consejero	26/03/1998 ²³	04/07/2018 ²⁴
CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE	Consejero	14/12/2010	-
D. Fernando Rodríguez Sousa	Consejero	15/06/2012	25/07/2018 ²⁵
D. Jesús Martín Sanz	Consejero	13/12/2002	23/02/2016
D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa	Consejero	20/11/2006	21/10/2014
Accionariado y Gestión, S.A.	Consejero	15/06/2012	24/03/2015
Mediación y Diagnósticos, S.A. (ahora Gesmare Sociedad Gestora, S.L.)	Consejero	29/09/2009	-
Valoración y Control, S.L.	Consejero	25/03/2010	-
Participaciones y Cartera de Inversión, S.L.	Consejero	24/03/2015	-
Banco Santander, S.A. (como sucesor universal de Banco Popular Español, S.A.)	Consejero	24/03/2015	04/07/2018 ²⁶
D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo	Director general	20/02/2014	23/02/2016
D. Jorge Morán Santor	Director general	08/06/2016	09/02/2018

²³ De conformidad con lo indicado por Avalmadrid en su escrito de fecha 22 de octubre de 2018 (folio 1.186).

²⁴ De acuerdo con la información recibida de la División de Análisis de Idoneidad y Registro de Altos Cargos del Banco de España (folio 318).

²⁵ De acuerdo con la información recibida de la División de Análisis de Idoneidad y Registro de Altos Cargos (folio 4.828).

²⁶ Atendiendo a la información recibida de la División de Análisis de Idoneidad y Registro de Altos Cargos (folio 318).

5 Fundamentos jurídicos

En el presente epígrafe se recogen los fundamentos jurídicos correspondientes al único cargo que se imputa en este expediente: presentar la Entidad deficiencias en sus mecanismos de control interno tras haber transcurrido el plazo concedido para su subsanación.

Partiendo de los hechos probados anteriormente descritos, en el presente epígrafe, en primer lugar, se expondrán y valorarán (**epígrafe 5.1**) todas las alegaciones jurídicas formuladas por los expedientados, con la sola excepción de aquellas que tienen un acomodo sistemático específico en otros lugares de esta Propuesta (así, las relativas a la tipificación –epígrafe 5.3–, a la responsabilidad –epígrafe 6– y a la determinación de la sanciones –epígrafe 7–). A continuación se reproducirá la tipificación realizada en el Pliego de cargos (**epígrafe 5.2**), para, posteriormente, resumir y valorar, según se ha adelantado, las alegaciones formuladas por los expedientados respecto de dicha tipificación (**epígrafe 5.3**). Se finalizará con una recapitulación de las conclusiones alcanzadas (**epígrafe 5.4**).

5.1 Sobre las alegaciones jurídicas de carácter general

En el presente epígrafe se abordará el análisis y valoración de las alegaciones jurídicas de los expedientados relativas a: (i) la falta de acceso a las Circulares Internas 7/2011 y 2/2013, la naturaleza de las actuaciones inspectoras y la posible caducidad de las que condujeron al presente expediente disciplinario; (ii) la supuesta prescripción de la infracción imputada; (iii) la pretendida vulneración del principio de confianza legítima; (iv) las supuestas deficiencias del Acuerdo de incoación y sus efectos; (v) la pretendida nulidad del Pliego de cargos y otras objeciones al mismo; y (vi) la pretendida ausencia de legitimación pasiva para ser parte en el presente expediente.

5.1.1 Sobre la falta de acceso a las Circulares Internas 7/2011 y 2/2013 de procedimientos aplicados en la Dirección General de Supervisión, la naturaleza de las actuaciones inspectoras y la posible caducidad de las que condujeron al presente expediente disciplinario

a. Resumen de las alegaciones

Avalmadrid (folios 6.160 y ss.) denuncia una pretendida vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por no haber tenido acceso a las Circulares Internas 7/2011 y 2/2013 (en adelante, “las Circulares Internas”). En este sentido, señala la Entidad que, en buena medida, su argumentación parte de considerar que habrían sido vulneradas las normas reguladoras del ejercicio de las facultades de supervisión, en concreto las relativas a la inspección y al seguimiento del cumplimiento de los requerimientos, de modo que, al negársele acceso a esas Circulares Internas, se le está negando el

conocimiento de la regulación que dice vulnerada y que considera un “*elemento necesario para su defensa en el procedimiento sancionador*”.

Además, la Entidad apoya la procedencia de tener acceso a las Circulares Internas aduciendo que, de otro modo, se vulnera también el principio de transparencia, porque en un documento de acceso público difundido por el Banco de España, de fecha 16 de octubre de 2012, titulado “Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma”, se “*recoge como compromiso del Banco de España*”, dice Avalmadrid, publicar la Circular Interna 7/2011. Respecto de este documento, la citada expedientada dice también que:

“Basta una lectura del informe para concluir, sin duda alguna, que gran parte de las facultades de supervisión, se sujetan a procedimientos. En el mencionado informe reconoce que sí existen procedimientos administrativos al decirse, con ocasión de la estructura de la Circular 7/2011, que: <<En octubre de 2011 la Comisión Ejecutiva del BdE aprobó la Circular interna 7/2011, de marco general de procedimientos aplicados en la DGS. Esta Circular sistematiza los procedimientos que aplica la DGS en el desarrollo de sus actuaciones, en la emisión de informes y en la toma de decisiones, en relación a las siguientes áreas: a) metodología e informes de valoración supervisora de las entidades; b) planificación de las actuaciones supervisoras; c) inspección y seguimiento de las entidades; d) revisión horizontal de determinados riesgos; e) actuaciones posteriores y f) procedimientos administrativos.>>”

Añade que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (“Ley 19/2013”), obliga al Banco de España a dar publicidad a sus normas y a garantizar el acceso a las mismas.

Alega también la Entidad que no comparte la posición sentada en el Pliego de cargos relativa a que las actuaciones inspectoras no deben sujetarse a un procedimiento y que las Circulares Internas no producen efectos frente a terceros. Esgrime que el Banco de España, en el ejercicio de la potestad administrativa de supervisión, debe actuar con sometimiento pleno a las normas administrativas de procedimiento por exigencia de los artículos 1.2 y 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España (“Ley 13/1994”), y que el artículo 50 de la Ley 10/2014, citado en el Pliego de cargos, no señala que la facultad supervisora no deba sujetarse a un procedimiento. A este respecto, cita, en apoyo de su tesis, una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2016 (RJ 2017\162).

Avalmadrid se remite también a determinadas partes de su escrito de alegaciones previas al Pliego de cargos, entre las que se encuentran las de: (i) “Ausencia del procedimiento especial de verificación de cumplimiento de requerimientos” (folio 701, donde se denuncia, en esencia, la imposibilidad de incoar expediente sancionador por no haber seguido el procedimiento de verificación de cumplimiento de requerimientos); (ii) “Vulneración del plazo máximo de duración, caducidad de lo actuado” (folio 702, donde se aduce que, al haberse excedido el plazo máximo de seis meses del referido procedimiento de verificación, ha de entenderse caducado todo lo actuado); y (iii) “Alcance limitado del procedimiento de inspección, no verificación del cumplimiento de

requerimientos previos" (folio 702, donde se esgrime que la verificación del cumplimiento de requerimientos previos no era objeto de la inspección que se realizó y que condujo al presente expediente disciplinario).

En sentido análogo, otros expedientados²⁷ aducen también que las actuaciones inspectoras se someten a las normas del procedimiento administrativo y que las circulares internas son normas jurídicas que regulan el procedimiento de supervisión.

b. Valoración de las alegaciones

Se rechazan las alegaciones.

Ha de partirse de lo dicho al respecto en el Pliego de cargos, complementando lo allí dicho para dar respuesta a las nuevas cuestiones ahora suscitadas por los expedientados.

b.1. Actuaciones inspectoras y procedimiento administrativo: las actuaciones inspectoras del Banco de España no son un procedimiento administrativo.

Pues bien, se explicaba en el Pliego de cargos que **no puede compartirse** la premisa misma de la que parten las alegaciones de los expedientados: a saber, **que las actuaciones inspectoras están sujetas a las normas del procedimiento administrativo**.

A este respecto, es evidente –y así se desprende de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 13/1994– que el Banco de España está sujeto al derecho administrativo cuando ejerce potestades administrativas y que, desde luego, su actuación está sometida al control de los Tribunales. Ahora bien, cosa distinta a esa es que ello necesariamente deba implicar que las actuaciones inspectoras supongan la tramitación de un procedimiento administrativo con fases sucesivas que deban sujetarse a la regulación de las leyes procedimentales. Como es sabido, y ha sido señalado por la doctrina²⁸, la realización de

²⁷ Así, la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.804 a 6.815); D. Jorge Morán Santor (folios 6.572 a 6.577 y 6.581 y 6.582); D. Alfonso Carcasón García (folio 6.850 a 6.865); la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.906 a 6.911 y 6.914 a 6.915); D. Juan Luis Fernández-Rubíes Lillo (folios 6.963 a 6.968); D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.067 a 7.078); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.105 a 7.117); la CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.157 a 7.173); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.221 a 7.238); el Banco Santander, S.A. (folios 7.290 a 7.300); Valoración y Control, S.L. (folios 7.324 a 7.340); Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.382 a 7.398); Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. -Mediación y Diagnósticos, S.A.U.- (folios 7.437 a 7.448); D. Jesús Martín Sanz (folios 7.480 a 7.492); D. José María Rotellar García (folio 7.944); D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.975 y 7.976); D. Pedro Irigoyen (folio 8.005); y, por remisión a los escritos de Avalmadrid, D. Manuel Beltrán Pedreira (folio 7.021).

²⁸ Que, con carácter general, las actuaciones inspectoras no se someten a las reglas de los procedimientos administrativos es algo que ha sido ya analizado por varios autores. Por todos, cabe citar a REBOLLO PUIG, M., en su obra *"La actividad inspectora"*, accesible públicamente en Internet. Puede consultarse en el siguiente enlace:

actuaciones materiales en el ámbito supervisor –tendientes, en general, a obtener información o investigar hechos para comprobar el cumplimiento de determinada normativa– no suponen la tramitación de un procedimiento administrativo. Así se deduce de la propia normativa sectorial aplicable, que en ningún momento hace tal equiparación.

Para conocer el **marco jurídico** a que quedan sometidas las actuaciones inspectoras en cada caso, hay que atender a lo previsto en la regulación correspondiente, resultando que en la mayoría de los sectores –con algunas excepciones, como el ámbito tributario, como reconocen los expedientados²⁹– dichas normas no sujetan el ejercicio de la función supervisora a los trámites propios de un procedimiento administrativo. Y eso es precisamente lo que sucede en el caso de las actuaciones supervisoras del Banco de España.

En efecto, la regulación general de la “función supervisora” del Banco de España viene establecida por el **artículo 50 de la Ley 10/2014**, que enumera las facultades que puede ejercer al amparo de la misma y su finalidad, que –en consonancia con la definición clásica de inspección administrativa– se circunscribe a conocer una determinada realidad fáctica de cara a comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina. Pero dicha regulación en ningún caso establece una “procedimentalización” de esas facultades o actuaciones que conforman la función supervisora, en el sentido de requerir que las mismas deban sujetarse a un procedimiento reglado de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2015.

A este respecto, como se ha indicado, Avalmadrid rebate la idea anterior considerando que el hecho de que el referido artículo 50 de la Ley 10/2014 guarde silencio acerca de la naturaleza de las actuaciones inspectoras no implica que las mismas no constituyan un procedimiento administrativo. Sin embargo, precisamente lo relevante es que ese precepto, habiendo podido hacerlo, no establece que las actuaciones inspectoras se sujeten a un procedimiento administrativo reglado, al contrario de lo que ocurre en otros ámbitos administrativos, como hemos visto. De hecho, en la propia Ley 10/2014 se regulan ciertas actuaciones de cuya regulación se infiere sin lugar a dudas su naturaleza de procedimiento administrativo, en la medida en que se detallan cuestiones como los distintos trámites que las componen, sus requisitos y el plazo máximo para resolverlos³⁰. En el caso de las actuaciones inspectoras, en cambio, no se regulan cuestiones similares, lo que refuerza la idea de que las mismas no constituyen un procedimiento administrativo como tal.

http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiCiaGHI_jhAhURmBQKHb1fCxAQFJAAGQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.aepda.es%2FAEPDAAdjunto-512-Ponencia-Prof-Rebollo-Puig.aspx&usg=AOvVaw0JWQmn4T76GuuZ34R6ekx5.

²⁹ Por ejemplo, la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid en sus alegaciones al Pliego de cargos (folio 6.807).

³⁰ Por ejemplo, véase el procedimiento de autorizaciones, arts. 6 y ss. de la Ley 10/2014 y arts. 3 y ss. 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.

La anterior es una cuestión sobre la que, además, han tenido ocasión de pronunciarse **los Tribunales**. Así, la propia Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2016 (RJ 2017\162), invocada por Avalmadrid, explica en su Fundamento de Derecho Séptimo que:

"Por otra parte, el recurrente otorga a las visitas de inspección un carácter de procedimiento administrativo autosuficiente del que carece. Así, tal como explica la Sala de instancia en el fundamento de derecho tercero, el Banco de España posee varios mecanismos para cumplir su función de supervisión de las entidades financieras y de ahorro. Puede, por ejemplo, acordar y efectuar visitas de inspección que, sin embargo, no den lugar a procedimientos sancionadores: esto es, el acuerdo de efectuar una visita de inspección no equivale o no ha de ser equiparado necesariamente a un procedimiento administrativo propiamente tal, en cuanto una serie de actuaciones inspectoras sucesivas y ordenadas que deba producirse en un plazo determinado de tiempo. Lo que no obsta a que, producida una actuación inspectora, la misma pueda dar lugar a un procedimiento sancionador y su documentación integrar el acervo probatorio del mismo, como ha sido el caso. En consecuencia, una defectuosa o inexistente notificación de una determinada actuación inspectora (una visita de inspección) carece por sí misma de ese carácter invalidante, puesto que lo relevante en definitiva es que dicha actuación de inspección no haya causado indefensión o cualquier vulneración sustantiva de derechos fundamentales. De esta manera, una hipotética irregularidad en la notificación de una visita no supone por sí sola y necesariamente que se haya producido indefensión, lesión que no es de carácter formal, como parece entender la parte recurrente, sino de naturaleza material. En ese sentido, la regularidad de la inspección no depende tanto de la cuestión formal de su notificación cuanto de su desarrollo conforme a derecho. Y toda la argumentación de ambos motivos no evidencia que se produjera indefensión a lo largo de las actividades inspectoras ni ninguna otra lesión de derechos fundamentales de la entidad inspeccionada ni del recurrente en particular que invalidasen tales actuaciones, sino que se limita a denunciar la supuesta notificación defectuosa de las visitas de inspección llevadas a cabo por el Banco de España."

En análogo sentido, esa es también la interpretación sostenida por muchos autores, que coinciden en señalar que, en general, y con contadas excepciones, la potestad inspectora en España no suele configurarse como un procedimiento administrativo, señalando en particular, como ejemplo de esto último, el caso del Banco de España³¹.

Las actuaciones inspectoras del Banco de España no han de conducirse, por tanto, a través de un procedimiento administrativo. Y se insiste aquí que ello no implica que no deban respetarse determinadas garantías, ni que los administrados objeto de inspección no tengan derechos, ni que la función supervisora del Banco de España quede al margen

³¹ Puede señalarse al respecto la opinión de REBOLLO PUIG, quien afirma que "las actuaciones inspectoras (...) no están sometidas necesariamente a las reglas y principios del procedimiento administrativo propiamente dicho, en especial el principio de contradicción, ni los derechos que sí les asisten en él. (...) En general, tampoco la inspección está sometida a las reglas sobre duración máxima de los procedimientos ni, en general, esto tendría sentido porque en general cada actuación inspectora es una unidad en sí misma" (REBOLLO PUIG, M.: "La actividad inspectora", pág. 16). Y a la misma conclusión llega respecto a la inspección del Banco de España CHINCHILLA MARÍN, C., quien afirma que "salvo que el legislador haya querido establecer otra cosa para un sector concreto, como ocurre respecto de algunos ámbitos, como por ejemplo, el tributario, la actividad inspectora se realiza normalmente con escasos formalismos y con pocas o nulas garantías para el sujeto inspeccionado, siendo en suma, una actuación administrativa <<poco procedimentalizada>>" (en "El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014", Revista Vasca de Administración Pública, N° 102, 2015).

de la legalidad, ni que el Banco de España pueda actuar al margen del debido control judicial.

Simplemente, el legislador ha optado por no dar a las actuaciones inspectoras del Banco de España forma de procedimiento administrativo, porque en nuestro Derecho las actuaciones inspectoras que desempeña el Banco de España se configuran como actuaciones cuya finalidad es la de conocer o comprobar una determinada realidad fáctica que pueda ser relevante para la supervisión de una entidad, de modo que se recabe la información necesaria para adoptar la medida supervisora más adecuada. Así, y con independencia del mayor o menor nivel de interlocución que, en la práctica, se mantenga con el inspeccionado, las actuaciones inspectoras del Banco de España no exigen la existencia de una contradicción formal entre ambos. En definitiva, siendo el objeto de la inspección la apreciación directa de la situación de una Entidad, no se prevén en el marco de tales actuaciones trámites propios de un procedimiento administrativo (como lo sería el trámite de audiencia al inspeccionado para que éste formule alegaciones y proponga prueba, o la previsión de un periodo para, en su caso, proceder a la práctica de prueba), sencillamente porque –como decimos– por la naturaleza de las actuaciones inspectoras del Banco de España, tales trámites –y, por tanto, la existencia de un procedimiento administrativo– no se han configurado durante las mismas.

b.2. Inexistencia en el presente procedimiento de vicio de nulidad alguno

Como consecuencia de lo anterior, se explicaba en el Pliego de cargos que **ningún vicio de nulidad por inadecuación del procedimiento se aprecia en las actuaciones inspectoras efectuadas**, pues, como se acaba de exponer, dichas actuaciones inspectoras no han de sustanciarse con sujeción a las normas de un procedimiento administrativo.

Esa falta de procedimentalización de las actuaciones inspectoras del Banco de España –que deriva, se insiste, de la configuración de su función supervisora que ha establecido el propio legislador– no impide, por supuesto, que en su ámbito interno el Banco de España pueda establecer en normas internas dirigidas a sus empleados –y dentro de su potestad de autoorganización–, reglas, metodologías o directrices sobre el ejercicio de sus funciones. Pero ello no supone en absoluto que previsiones de ese tipo puedan alterar la naturaleza de las funciones ejercidas, ni que –en el caso concreto de las actuaciones de inspección– eso suponga que dichas actuaciones se lleven a cabo siguiendo un procedimiento administrativo.

Para empezar, porque, como no puede ser de otra manera, dichas **normas internas no pueden contravenir lo dispuesto en la legislación general**, que, como se ha expuesto, no ha dispuesto la sujeción de las actuaciones inspectoras del Banco de España a los trámites propios de un procedimiento administrativo. Y, además, porque dichas normas internas, como claramente se desprende de los artículos 10 y siguientes del Reglamento

Interno ("RI") del Banco de España (Resolución de 28 de marzo de 2000, del Consejo de Gobierno del Banco de España; BOE de 6 de abril de 2000), **no son** auténticas **normas jurídicas ad extra** que puedan afectar a los derechos de los ciudadanos, sino únicamente "*normas internas dirigidas a los servicios del Banco de España*" (artículo 10 del RI), lo que justifica que no exista un deber de hacerlas públicas, bastando su conocimiento por parte de los empleados del Banco de España a quienes van dirigidas. Si no se contempla por la normativa que los inspeccionados puedan conocer el contenido de esas directrices o metodologías a que varios de los aquí expedientados se refieren en sus escritos es porque éstas no afectan a los derechos de los ciudadanos, ni pueden, por tanto, regular un procedimiento administrativo –que, por definición, sí afectaría a esos derechos–, y, en consecuencia, no resultan invocables por los sujetos supervisados para hacer valer pretendidos derechos a su favor resultantes de tales directrices o metodologías.

Los expedientados aducen que esas Circulares Internas desarrollan el procedimiento de inspección. Ya se ha explicado que no existe como tal un procedimiento administrativo de inspección y, por tanto, es imposible que ninguna norma lo desarrolle, lo que haría decaer la alegación sin mayores consideraciones. Pero es que, además, en el supuesto hipotético de que tal procedimiento existiese, el mismo jamás podría ser regulado directa y autónomamente por una Circular Interna del Banco de España. Y ello no sólo por la razón ya apuntada de que semejante regulación tendría que hacerse en una norma de carácter público, sino porque **para que el Banco de España pueda dictar una Circular con efectos ad extra** para regular una concreta cuestión es **preciso que exista una habilitación legal que lo permita**, habilitación que **no se prevé en la legislación vigente**.

Algunos expedientados³² citan en este sentido una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de marzo de 2007 que explica que el Banco de España no precisa de habilitación legal expresa para su autoordenación, porque esa habilitación es inherente a su independencia (artículo 1.1 de la Ley 13/1994).

Aunque los expedientados que invocan esa Sentencia no lo mencionen, debe puntualizarse que se trata de una Sentencia dictada por la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, y, por tanto, su doctrina no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, competente para conocer de las materias que aquí nos ocupan. En todo caso, lo que dice esa Sentencia está perfectamente alineado con lo dicho en el Pliego de cargos y en la presente Propuesta de resolución, porque, efectivamente, las Circulares Internas son, según se ha dicho, una metodología interna que el Banco de España dicta en desarrollo de su potestad autoorganizativa dirigida a sus servicios internos, sin necesidad, por ello, de habilitación legal expresa. De lo que se sigue que no son normas jurídicas con efectos *ad extra* dictadas en desarrollo de una – inexistente– habilitación normativa para procedimentalizar las actuaciones de inspección.

³² Por ejemplo, la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folio 6.808).

Y en nada obsta a ello el hecho de que, como apunta Avalmadrid (folio 6.163), en el documento de 16 de octubre de 2012 divulgado por el Banco de España y titulado “Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma” se utilice la expresión “procedimientos supervisores” y se diga que la Circular Interna 7/2011 “sistematiza los procedimientos que aplica la Dirección General de Supervisión en el desarrollo de sus actuaciones (...) en relación a las siguientes áreas: (...) f) procedimientos administrativos”. Como es obvio y se infiere de una lectura completa del referido documento, en el mismo se hace referencia a “procedimientos supervisores” y a “procedimientos administrativos” no en sentido técnico-jurídico, sino en el sentido organizativo (procedimiento –en el sentido de metodología– para llevar a cabo el trabajo y las tareas administrativas – de nuevo en sentido organizativo, no jurídico–)³³.

Así pues, de lo expuesto resulta que las actuaciones inspectoras que desarrolla el Banco de España no constituyen un procedimiento administrativo, y que, en cualquier caso, en nada obstaría a ello que en un documento sin valor normativo *ad extra* se dijese otra cosa –que, se insiste, no es el caso– porque, en última instancia, se trata de una cuestión de configuración legal que determina el legislador. Como tampoco una Circular Interna podría, por su propia naturaleza, variar dicha configuración legal ni regular ningún procedimiento administrativo, sin que, por tanto, ningún vicio procedimental pueda alegarse derivado de supuestas vulneraciones de dichas Circulares Internas.

También insisten los expedientados en señalar que el eventual incumplimiento de esas Circulares Internas tiene efectos directos sobre ellos y que su incumplimiento tiene efectos más allá del ámbito interno del Banco de España. Sin embargo, ello en modo alguno es así. **Un eventual incumplimiento de las Circulares Internas supondría, en su caso, el incumplimiento de una metodología interna de trabajo que podría dar lugar a consecuencias disciplinarias internas, pero que en modo alguno afectaría a la validez de la inspección frente al administrado.**

³³ Así, por ejemplo, en el referido documento “Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma”, se habla constantemente de “procedimientos supervisores” en el sentido de procedimientos de trabajo (*vid.*, por ejemplo, página 13 de dicho documento), y, en concreta referencia a la Circular Interna 7/2011, se dice que “la Circular establece que las distintas áreas de actividad de la DGS [Dirección General de Supervisión] deben contar con protocolos de actuación y **procedimientos de trabajo** detallados, que aseguren la homogeneidad y la consistencia de las actuaciones supervisoras”. En el mismo sentido, se dice también respecto de la referida Circular que “conviene elaborar un procedimiento específico para la elaboración del marco de supervisión y del plan anual de actuaciones” (página 16 del documento). Y, al hablar de concretas recomendaciones, se dice en la página 31 de dicho documento que “se recomienda fortalecer los métodos y **procedimientos de trabajo** de la DGS con las siguientes reformas”.

Igualmente, en la nota de prensa de 1 de octubre de 2013 mediante la que el Banco de España informó de la aprobación de la Circular Interna 2/2013 (comunicación invocada por Avalmadrid, folio 701) se habla de “procedimiento” en el sentido de metodología de trabajo, como bien indica ya el título de dicha nota de prensa (“Actualización de los procedimientos de la Dirección General de Supervisión”) y su contenido.

De todo lo anterior se sigue, en fin, que cuando en esos documentos se habla de “procedimiento supervisor” no se está haciendo alusión a un procedimiento administrativo sometido a la Ley 39/2015, sino simplemente a una metodología interna de trabajo en el ámbito supervisor, y, en particular, en relación con las actuaciones inspectoras.

Lo que sí afectaría al administrado es que, durante las actuaciones inspectoras, se hubiesen vulnerado sus derechos, pero, según se ha analizado ya, las Circulares Internas no establecen (ni pueden establecer) ningún derecho en favor de los administrados.

b.3. Ausencia de derechos individuales atribuidos por las Circulares Internas; en cualquier caso, inexistencia de incumplimiento del plazo de 6 meses para el seguimiento de los requerimientos

Pero es que, **además, en todo caso, no puede considerarse incumplido ese tan repetido plazo de 6 meses establecido para el seguimiento de los requerimientos.**

En efecto, en la nota de prensa que el Banco de España publicó el 1 de octubre de 2013, titulada *"Actualización de los procedimientos de la Dirección General de Supervisión"*³⁴ (invocada por Avalmadrid –folio 701–) se explica que la Comisión Ejecutiva aprobó la Circular Interna 2/2013 (que actualiza la Circular Interna 7/2011) en su reunión del 20 de septiembre de 2013, que en esa Circular 2/2013 se establece un plazo límite de seis meses para la verificación del cumplimiento de los requerimientos, y que esos procedimientos serán de obligado cumplimiento en las actuaciones supervisoras que se realicen a partir de 2014. Como es lógico, exigir la aplicación de este límite temporal a la comprobación de requerimientos previos (como el que aquí nos ocupa, de fecha 6 de noviembre de 2012) carece de sentido y sería de imposible cumplimiento, pues supondría la aplicación retroactiva de una Circular Interna cuya finalidad no es esta, sino la de procedimentalizar las actuaciones supervisoras futuras.

De todo lo cual se concluye, en fin, que incluso en el hipotético supuesto, objeto aquí de consideración a los meros efectos dialécticos, de que pudiera otorgarse a las Circulares internas un valor normativo y que se entendiese que las mismas regulan por tanto auténticas garantías procedimentales, **tampoco la invocación de tales Circulares Internas tendría trascendencia alguna** para los fines perseguidos por los expedientados, toda vez que **el referido plazo de seis meses** para realizar la verificación del cumplimiento de los requerimientos **ni siquiera resultaba de aplicación** al caso que nos ocupa.

b.4. Ausencia de indefensión por no incorporarse al expediente el contenido de las directrices o metodologías internas invocadas

Por todas las razones expuestas, no procede, pues, atender la petición de los expedientados de que se incorpore al expediente el contenido de las directrices o metodologías internas que invocan.

³⁴ https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/13/Arc/fic/presbe2013_47.pdf

Y, desde luego, ello **en modo alguno causa indefensión a los expedientados**. Para empezar, porque, según se ha dicho, las Circulares Internas no regulan ningún procedimiento administrativo de inspección ni son normas que tengan efectos *ad extra*, a lo que se suma el hecho de que esta Instrucción no se apoya en modo alguno en dichas Circulares Internas para imputar la infracción aquí analizada, de manera que los expedientados tienen a su disposición todas las normas en las que se fundamenta la imputación y pueden defenderse de la misma sin traba alguna.

Tampoco se vulnera ningún compromiso adquirido del Banco de España. No es cierto, como erróneamente se alega, que en el ya citado documento de 16 de octubre de 2012 (*"Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma"*) se recoja *"como compromiso del Banco de España"* publicar la Circular Interna 7/2011. Lo que se establece en la parte final de dicho documento (como, por otra parte, se indica en el título del mismo) son una serie de recomendaciones elaboradas por el grupo de trabajo que lo redactó. Así, se dice en dicho documento (página 31 del mismo) que *"se recomienda fortalecer los métodos y procedimientos de trabajo de la DGS con las siguientes reformas"*, una de las cuales era la publicación de la Circular 7/2011. Se trata, pues, de la recomendación de un grupo de trabajo, pero no de un compromiso de publicación asumido por el Banco de España que, además y en todo caso, tampoco sería suficiente para su incorporación a este expediente.

De igual manera, **tampoco se puede entender vulnerado el principio de transparencia**, que en modo alguno justifica que cualquier metodología de trabajo interna se haga siempre y en todo caso pública. A este respecto, el artículo 10 del RI del Banco de España establece que las circulares internas son normas internas dirigidas a los servicios del propio Banco de España, y, según el artículo 11.5 del mismo texto, corresponde a la Comisión Ejecutiva del Banco de España determinar qué normas internas tienen interés general y deben ser publicadas en el BOE, sin que, dentro de esa discrecionalidad, se haya determinado la procedencia de dicha publicación respecto de las Circulares Internas a las que se refieren los expedientados. Como tampoco procede la invocación que hacen los expedientados de la Ley 19/2013, que en cualquier caso debe llevarse por otros trámites y cauces que le son propios.

b.5. Los hechos están dentro del alcance y objeto de la inspección

Aclarada la naturaleza de las actuaciones inspectoras que lleva a cabo esta Institución –y su no sometimiento a los trámites propios de un procedimiento administrativo–, debe añadirse que nos hallamos ante una inspección que **detectó unos presuntos hechos infractores** y que dichos hechos fueron **plasmados** en el **Acta** de inspección, en el **Informe de inspección** y en el **Informe a la Comisión Ejecutiva** de 4 de junio de 2018, que constituyen el **núcleo de la prueba de cargo** que fundamenta la presente imputación provisional y que, como no podía ser de otro modo, constan incorporados al expediente que sustenta este Pliego. Tales hechos, **(a)** se enmarcaron dentro del alcance asignado a

la inspección (folios 19, 20, 3.775 y ss. y 3.953 y ss.), sin que **(b)** a juicio de esta Instrucción, los hechos acreditados puedan quedar desvirtuados simplemente por el hecho de que los mismos hubiesen podido también ser detectados a través de unas concretas actuaciones inspectoras con un alcance más específico.

Debe, por tanto, desestimarse la alegación (*vid.*, por todas, la formulada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid) en virtud de la cual se aduce que **(i)** el ámbito de la inspección realizada en el año 2016 no comprendía las cuestiones que han dado lugar al inicio del presente expediente y que **(ii)** se trataba de una inspección no planificada de la que no se tiene constancia de los documentos que justifican su realización, como tampoco se tiene de la documentación relativa a la inspección de 2011.

Lo cierto es que **(i)** la inspección tenía un **alcance muy amplio**, que abarcaba la **verificación de los extremos que se analizaron durante la misma**. Así, por ejemplo, se comunicó a la Entidad que se iba a llevar a cabo *“una inspección a fin de comprobar el cumplimiento de las normas específicas de las sociedades de garantía recíproca y su solvencia, examinando para ello sus estados financieros, procedimientos internos y cuanta información sea precisa”* (folio 3.953), lo que es coherente con la solicitud inicial de documentación que realizó la Inspección (folios 3.954 a 3.956), en la que se solicita, entre otras muchas cosas, las políticas, objetivos y estrategias de la Entidad, y, en concreto, las políticas y manuales de procedimiento en materia de *“Riesgo crediticio (Situación y composición, estrategia, concesión, política de garantías, seguimiento, refinanciaciones y reinstrumentaciones, recuperaciones, control, etc.)”*, siendo igualmente coherente con todo lo anterior que no conste que, durante la inspección, ni la Entidad ni ninguno de sus consejeros o directores generales denunciase nada parecido a una extralimitación del objeto de la inspección.

Por lo que respecta a la alegación de que no era una inspección inicialmente planificada en el plan de actuaciones inspectoras y a la pretendida ausencia de información acerca de por qué se inició la misma, **(ii)** baste remitirse aquí al apartado del Informe de Inspección reveladoramente titulado *“Motivos de la inspección no planificada”* (folios 3.777 y 3.778), donde se explican en detalle las **razones que motivaron la realización de la inspección**. A ello se debe añadir, en fin, que –según se ha apuntado– toda la documentación relevante para el análisis de la infracción imputada obra en el expediente, sin que se haya pedido prueba por parte de ningún expedientado de ninguna documentación aquí ausente que se considere necesaria.

En el mismo sentido, cabe subrayar, a mayor abundamiento, que el **hecho de que no se realice** una concreta actuación inspectora **de verificación de cumplimiento de requerimientos no inhabilita para** la realización de **actuaciones futuras de comprobación**. Y es que el supervisor puede legítimamente confiar en que el cumplimiento de un requerimiento se ha producido (por ejemplo, si, como ha ocurrido en el presente caso, la entidad supervisada le ha remitido una carta informando de la

implementación, en una fecha concreta, de las mejoras requeridas), sin que el hecho de no acudir a comprobarlo *in situ* impida en modo alguno que dicha comprobación pueda tener lugar -junto con la comprobación, en su caso, de otros aspectos adicionales- en actuaciones inspectoras futuras.

b.6. Caducidad y actuaciones inspectoras

Asimismo, tal y como se señalaba en el Pliego de cargos, debe tenerse en cuenta que el **hecho de que las actuaciones inspectoras no estén sujetas a plazo de caducidad** alguno, por no formar parte de un procedimiento administrativo, **no implica** que las eventuales consecuencias derivadas de tales actuaciones **no estén afectadas por límite temporal alguno**, porque las presuntas **infracciones** detectadas por la Inspección estarán, en todo caso, sometidas al instituto de la **prescripción** -de hecho, en el Pliego de cargos se apreció la prescripción respecto de determinados expedientados-. En el sentido expuesto, cabe recordar que la prescripción se interrumpe con la incoación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento sancionador (artículo 30.2 de la Ley 40/2015), sin que afecte a la prescripción la mera realización de actuaciones inspectoras, lo que viene a corroborar la referida conclusión de que dichas actuaciones no forman parte de un procedimiento administrativo.

b.7. Conclusión

Debe, pues, **decaer** la premisa que sirve de fundamento a todo este grupo de alegaciones, y, con ella, las señaladas consecuencias que de la misma extraen los expedientados; en particular, las referidas a **la pretendida inadecuación de procedimiento**, así como a **la caducidad**.

5.1.2 Sobre la supuesta prescripción de la infracción imputada

a. Resumen de las alegaciones

Se resumen a continuación, separadas por razones sistemáticas y de claridad expositiva, las alegaciones que formulan a este respecto la generalidad de los expedientados (**epígrafe a.1**) y las alegaciones particulares que realizan algunos expedientados y que responden a sus circunstancias específicas (**epígrafe a.2**).

a.1 Alegaciones generales sobre prescripción

Avalmadrid aduce (folios 6.198 y ss.) que la conducta infractora debiera agotarse con la **expiración del plazo fijado en el requerimiento** y que, en ausencia de tal plazo, entiende que debe aplicarse el **plazo de seis meses del procedimiento de seguimiento de cumplimiento de requerimientos**, de modo que la infracción imputada estaría ya prescrita, al haber transcurrido casi cinco años desde el 1 de julio de 2013 (fecha

resultante de sumar al 1 de enero de 2013 –plazo máximo para implementar el requerimiento- los seis meses para verificar el cumplimiento de requerimientos) hasta el 21 de junio de 2018 (fecha de incoación del presente expediente).

Además, dice la Entidad que, tal y como el Pliego de cargos entiende la infracción (de carácter continuado), la duración de la misma sería de 5 años y medio, periodo que por su extensión difícilmente puede compaginarse con el principio de seguridad jurídica.

Por su parte, la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid esgrime (folios 6.800 y ss.) que no estamos ante una infracción continuada, sino ante lo que la doctrina llama una infracción de estado, en la que la prescripción comienza a computarse desde que se comete el hecho típico, con independencia de hasta cuándo se extienden sus efectos. **Sostiene que la infracción se habría consumado en 2013** y que mantener que la misma es continuada es contrario a la seguridad jurídica, porque sería tanto como decir que la infracción no prescribiría nunca. Añade que en el Pliego de cargos se fijan dos momentos temporales de incumplimiento en función de dos tipos de hechos que se agrupan como una única infracción continuada y que ello no tiene sentido. No se está ante una infracción continuada, y prueba de ello sería que el Pliego de cargos excluye del expediente a varios consejeros que entraron tras haberse remitido el escrito de requerimientos.

En análogo sentido se pronuncian los restantes expedientados³⁵. Así, el expedientado D. José María Rotellar aduce (folios 7.942 y ss.) que “conforme a sus normas internas, el Banco de España debía hacer un seguimiento de los requerimientos durante los seis meses siguientes a su formulación” y que “en la medida en que el Banco de España ha dejado de cumplir su deber de seguimiento de los requerimientos formulados en la segunda mitad de 2012, el inicio de la prescripción debe situarse en la primera mitad de 2013”, ya que el Banco de España “no puede aprovecharse de un incumplimiento de sus deberes para verse favorecido, con asimetría respecto de los administrados, por el instituto de la prescripción”, citando al respecto una Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998 que versa sobre un contrato de obras y otra en el mismo sentido del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 29 junio de 2007.

a.2 Alegaciones sobre la prescripción basadas en situaciones específicas de algunos expedientados

El Sr. Rotellar alega también que no tuvo conocimiento del acuerdo de incoación hasta el mes de diciembre de 2018 y que la notificación que obra en estas actuaciones de fecha

³⁵ D. Jorge Morán Santor (folios 6.599 y ss.); D. Alfonso Carcasona García (folios 6.845 y ss.); la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.948 y ss.); D. Juan Luis Fernández-Rubies Lillo (folios 6.963 y ss.); D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.064 y ss.); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.102 y ss.); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.153 y ss.); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.217 y ss.); Banco Santander, S.A. (folios 7.286 y ss.); Valoración y Control, S.L. (folios 7.320 y ss.); Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.378 y ss.); Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. -Mediación y Diagnósticos, S.A.U.- (folio 7.434 y ss.); y D. Jesús Martín Sanz (folios 7.476 y ss.).

3 de agosto de 2018 (folios 548 y ss.) se hizo a D. Juan Carlos Sanz Torrenova, del que el expedientado dice que *“tal persona no convive con este administrado y, en consecuencia, no podía encontrarse en su domicilio, por lo que no pudo satisfacerse el requisito del artículo 42.2 de la Ley 39/2015”*, en prueba de lo cual aporta un certificado de empadronamiento. Afirma que sólo la entrega a un conviviente habría convertido en válida la notificación de dicho acuerdo y que en la medida en que dejó de ser consejero de Avalmadrid en el mes de octubre de 2014, al haber tenido conocimiento del acuerdo de incoación con posterioridad a octubre de 2018 la infracción que se le imputa estaría prescrita.

Además, esgrime subsidiariamente que la infracción del requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos (única que se le imputa, según dice erróneamente el Sr. Rotellar) habría finalizado el 29 de julio de 2014, siendo esa la fecha del *dies a quo* del cómputo del periodo de prescripción. Según se ha explicado en sede fáctica, el Sr. Rotellar explica que existe incertidumbre acerca de cuándo se aprobó la versión de la Norma General de Riesgos de la Entidad que incorporó el límite máximo por operación comprometido, y dice que esa incertidumbre debería favorecer al administrado considerándose prescrita la infracción.

Por último, aduce el Sr. Rotellar que, aunque consta que cesó como consejero en octubre de 2014 (pasando entonces a ser representante persona física de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid), su último Consejo de Administración como consejero de Avalmadrid fue el 26 de junio de 2014, y que *“en la medida en que este administrado sólo tenía ocasión de haber desplegado una conducta diferente de la conducta omisiva considerada infractora, como partícipe del colegio administrador, y que no tenía la facultad de convocar ninguna sesión del Consejo de Administración por sí mismo, se deduce que el último momento en que pudo desplegar una conducta que revirtiera la omisión considerada infractora tuvo lugar el 26 de junio de 2014”*, siendo esa fecha el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción y debiendo, por tanto, considerarse la infracción prescrita incluso si se aceptase que el acuerdo de incoación se le notificó el 3 de agosto de 2018.

El expedientado **D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco** reitera las alegaciones ya expuestas del Sr. Rotellar a excepción de la relativa a la notificación del acuerdo de incoación a persona no residente en su domicilio y de la relativa a la falta de desempeño del cargo de consejero a partir de junio de 2014 (folios 7.973 y ss.), e indica que en la medida en que sólo le afecta el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos, la infracción habría prescrito respecto de él el 30 de julio de 2018, antes de que se le notificara el acuerdo de incoación. El expedientado **D. Pedro Irigoyen** (folios 8.003 y ss.) se limita, en esta materia, a reproducir la primera de las alegaciones formuladas por el Sr. Rotellar, aduciendo que el incumplimiento del Banco de España de su normativa interna debe determinar la prescripción de la infracción que

se le imputa (en su caso, el incumplimiento del requerimiento relativo al seguimiento de riesgos).

Por su parte, el expedientado **D. Manuel Beltrán** alega (folios 7.021 y ss.) que, cuando se le nombró consejero de Avalmadrid, se hizo no en su condición personal sino en su condición de Viceconsejero de Economía de la Comunidad de Madrid, y que, por tanto, para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la infracción habría que atender, en su caso, al momento en el que perdió tal condición. Siendo ello así, esa fecha no sería la del 21 de octubre de 2014 señalada en el Pliego de cargos sino el 4 de julio de 2014, momento en el que cesó como Viceconsejero de Economía de la Comunidad de Madrid. Tomando esta segunda fecha en consideración, la infracción estaría prescrita en la medida en que el acuerdo de incoación se le notificó más de cuatro años después (en concreto, el 3 de agosto de 2018).

b. Valoración de las alegaciones

Se rechazan, a excepción de la referida alegación formulada por D. Manuel Beltrán, alegación, esta última, que sí se acoge.

b.1 Infracción continuada; *dies a quo* del plazo de prescripción

Por los expedientados se impugna la calificación de la infracción objeto de este procedimiento como infracción continuada y, con ello, se cuestiona que el plazo de prescripción no empiece a transcurrir hasta que cesa la totalidad de las diversas acciones u omisiones que se engloban bajo dicha infracción continuada, lo que, comparándolo con el escenario alternativo de una pluralidad de infracciones singulares diseminadas en el tiempo, se traduciría, en la práctica, en una posposición del *dies a quo* del plazo de prescripción.

Al respecto, cabe realizar las siguientes consideraciones.

b.1.1 A juicio de esta Instrucción, **concurren** en los hechos que han resultado probados en el expediente **los requisitos exigidos para poder hablar de una infracción continuada.**

Esta figura permite, en beneficio del expedientado, dar un tratamiento sancionador unitario a una pluralidad de acciones u omisiones que, si bien resultarían por sí solas ilícitas, se consideran, en atención a determinadas circunstancias, como parte de un proceso único que se prolonga en el tiempo. En este sentido, el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, en términos idénticos a los del antiguo artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, define como infracción continuada *"la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan*

preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”, hablando la jurisprudencia³⁶, en relación con este último elemento (*“aprovechando idéntica ocasión”*), de un mismo proceso psicológico y material.

Pues bien: (i) el tipo que se imputa [artículo 5.r) de la LDIEC, al que se hacía alusión en el Pliego de cargos y al que volveremos por extenso en sede de tipificación –epígrafe 5.2–] parte de la existencia de una pluralidad de deficiencias en materia de gestión del riesgo; (ii) lo anterior es relevante porque, en el presente caso, se han detectado una pluralidad de deficiencias en el ámbito del seguimiento y de la concentración (pormenorizadamente descritas en el epígrafe 3 de esta Propuesta), elementos ambos imprescindibles para la debida gestión del riesgo de crédito, y (iii) esas deficiencias habían sido objeto del escrito de 6 de noviembre de 2012, en el que se había advertido ya entonces la existencia de las mismas. De lo anterior se sigue que existe una única infracción, pues se dan los elementos del tipo que presuponen la existencia de una pluralidad de conductas: el tipo infractor obliga a considerar las deficiencias en su conjunto y de forma continuada en el tiempo, y no aisladamente, en la medida en que constituyen un incumplimiento de un requerimiento que por su propia naturaleza puede continuar produciéndose en el tiempo.

Por tanto, a juicio de esta Instrucción, es apropiado hablar de infracción continuada, que se ajusta mejor a la realidad de los hechos acreditados que otras categorías afines, como la de infracción de estado, que invoca la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. En este sentido, siguiendo a nuestros Tribunales (entre otras, la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 11 de enero de 2018 [JUR 2018\59808]), cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con las infracciones de estado, en la infracción objeto del presente expediente sí se da el elemento de voluntariedad en la permanencia de la acción infractora. Así, ésta podía haber cesado en cualquier momento por el simple arbitrio de su autor, toda vez que estaba en manos de la Entidad llevar a cabo todas las medidas que le habían sido exigidas por el Banco de España para dar cumplimiento a sus requerimientos, sin que pueda decirse que la perpetuación en el tiempo de la conducta infractora haya quedado fuera del ámbito de actuación y decisión propio del autor de dicha conducta, como es característico de las referidas infracciones de estado.

Esa calificación como infracción continuada no se ve tampoco desvirtuada por otras pretendidas objeciones que apuntan los expedientados. Así, consustancial a la propia noción de infracción continuada es que se dé una pluralidad de acciones u omisiones, que, lógicamente, tendrán su propia y específica ubicación temporal, y que, por supuesto, puede tener relevancia a efectos de determinar la responsabilidad de los expedientados.

³⁶ Entre otras, cabe citar, por ejemplo, las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1799) y 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008\667), así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de marzo de 2015 (RJCA 2015\583).

En este sentido, debe precisarse que el hecho de que en el Pliego de cargos se sobreyesa el procedimiento respecto de determinados consejeros que fueron designados mucho después de formularse el escrito de requerimientos del Banco de España no se debió a la ausencia de conducta típica, sino que obedeció a que las actuaciones ponían de manifiesto que dichas personas aparecían exentas de responsabilidad [artículo 89.1.d) de la Ley 39/2015].

A ello debe añadirse, en fin, que sostener que aquí nos encontramos ante una infracción de carácter continuado no plantea problema alguno de seguridad jurídica, como alega algún expedientado. Primero, porque dicha objeción no resultaría sólo de aplicación al presente caso sino a la categoría de la infracción continuada en general, que es una institución perfectamente aceptada y asentada en nuestro ordenamiento. Pero es que, además, y en segundo lugar, porque el fundamento de la prescripción como institución que sirve a la seguridad jurídica es el transcurso temporal en situación de silencio de la relación jurídica, lo que, por definición, impide aplicarla al ilícito continuado³⁷.

b.1.2 Pero es que, además, la posición sostenida en este punto por los expedientados conduce a resultados insostenibles y resulta expresamente desmentida por la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

b.1.2.1 En efecto, entender, como alegan los expedientados, que el plazo de prescripción de la infracción imputada debió empezar a correr el 1 de enero de 2013 (plazo máximo para la implementación de las medidas requeridas por el Banco de España) supone tanto como afirmar que las obligaciones exigidas a la Entidad en virtud del escrito de requerimientos del Banco de España eran obligaciones de tracto único, instantáneas o que se extinguían al llegar esa fecha del 1 de enero. Dicho de otro modo: que la situación ilícita imputada se consumó y agotó el 1 de enero de 2013. Lo que no tiene ningún sentido, siendo evidente, de acuerdo con una elemental interpretación teleológica y sistemática del contenido de los referidos requerimientos, que tales obligaciones no pueden considerarse cumplidas hasta tanto no se hayan realizado íntegramente las medidas exigidas.

Esas obligaciones tenían que ver con una materia absolutamente esencial para toda entidad financiera, el control de sus riesgos (disminución de la concentración y seguimiento), respecto a la que las entidades financieras deben estar en todo momento en situación de cumplimiento normativo, sin que puedan considerarse exentas de cumplir por el mero hecho de haber transcurrido el plazo máximo de subsanación fijado en un requerimiento del Banco de España. Los requerimientos del supervisor persiguen que se cumpla con la normativa de ordenación y disciplina, fijándose un plazo para llevar a cabo las subsanaciones correspondientes, pero sin que del establecimiento de dicho plazo, que lo que busca es contar con un razonable marco temporal al que atenerse, pueda

³⁷ En este sentido, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 1985 (RJ 1985\818), a la que más adelante volverá a hacerse referencia.

colegirse que, transcurrido ese plazo, el supervisor ya no tiene interés en que se cumpla con la normativa o que ésta ya no resulta de aplicación.

b.1.2.2 Asimismo, la señalada posición defendida por los expedientados ha sido expresamente desmentida por nuestros Tribunales en casos sustancialmente semejantes, en lo que aquí interesa, al que es ahora objeto de consideración. Cabe citar, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 1985 (RJ 1985\818) y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2013 (RJCA 2014\494), que, ante requerimientos del Banco de España no atendidos, rechazan las alegaciones de prescripción formuladas por los recurrentes, entendiendo la Sala que en estos casos se da una infracción continuada que no cesa sino con el fin de la ilicitud perseguida, prolongándose más allá de los eventuales plazos de subsanación concedidos en dichos requerimientos. De hecho, en ambas Sentencias se habla de varios requerimientos del Banco de España y, en la segunda de ellas, se dice que la infracción continuada perdura aun después de las -insuficientes- medidas inicialmente adoptadas por la entidad para tratar de dar cumplimiento a un previo requerimiento del Banco de España.

b.1.3 A modo de **conclusión**, cabe, por tanto, señalar que **la infracción aquí imputada es de carácter continuado, no pudiendo considerarse prescrita**, toda vez que ha resultado acreditado que cuatro años antes de la notificación de la incoación del presente expediente (*vid.* apartados 1 y 3 del artículo 95 de la Ley 10/2014) no había cesado la situación ilícita en que dicha infracción consiste, que es lo que, para que pueda comenzar la prescripción en el caso de infracciones continuadas, exige el citado artículo 95 en su apartado 2: *“la fecha inicial del cómputo [de la prescripción] será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume”* (en iguales términos, el artículo 7.2 de la LDIEC).

b.2 Valoración de las alegaciones de los Sres. Rotellar, Bote e Irigoyen

b.2.1 Por lo que respecta a las **alegaciones formuladas por el expedientado D. José María Rotellar** (parcialmente reproducidas, según se ha señalado, por los expedientados D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco y D. Pedro Irigoyen), debe señalarse, en primer lugar, que la premisa de la que parte su alegación principal (a saber: que el Banco de España tenía la obligación de comprobar el cumplimiento del requerimiento a los seis meses de su formulación) no es correcta, según lo explicado en detalle en el epígrafe 5.1.1 de la presente Propuesta, de lo que se sigue que en ningún caso sería posible considerar el *dies a quo* de la prescripción en el año 2013, además de lo ya explicado *in extenso* en las páginas anteriores acerca de la consideración de la infracción como continuada, que también impediría que prosperase la alegación formulada.

b.2.2 Tampoco puede prosperar la alegación del Sr. Rotellar según la cual debe considerarse prescrita la infracción porque el mismo no habría tenido conocimiento del

acuerdo de incoación hasta después de octubre de 2018, pasados, por tanto, más de cuatro años desde su cese como consejero de la Entidad. En concreto, afirma el expedientado que tuvo conocimiento del acuerdo de incoación en diciembre de 2018, y no el 3 de agosto de 2018, porque la notificación que se practicó en esta última fecha lo fue a una persona que no convivía con él y no se encontraba en su domicilio.

Pues bien, contrariamente a lo sostenido por el citado expedientado, esta Instrucción considera que la notificación realizada el 3 de agosto de 2018 es válida y plenamente eficaz.

Para empezar, y según se apuntó ya en la providencia de prueba, de fecha 10 de mayo de 2019 (folios 8.805 a 8.808), el hecho de si la persona que recogió la notificación convive o no con el expedientado es de todo punto irrelevante a estos efectos, porque, según se verá a continuación, la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido la validez de las notificaciones que, con cumplimiento de todas las formalidades legales, se realicen en la persona del conserje de la finca en la que reside el expedientado.

En efecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de casos acerca de la validez de las notificaciones efectuadas a conserjes de fincas. Exponente de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en esta materia es, por ejemplo, la Sentencia de esa Sala Tercera de fecha 2 de junio de 2011 (RJ 2011\4248), que, en relación con la notificación de actos administrativos, y, en particular, con la notificación a conserjes o porteros de una finca, señala que:

“El supuesto que más frecuentemente se examina por los Tribunales es el de la notificación a un tercero que guarda cercanía o proximidad geográfica con el destinatario (empleada/o del hogar, conserje o portero/a de una finca, vigilante del edificio, etc.).

Con carácter general, en primer lugar, debe subrayarse que en los supuestos en los que se ha entregado la notificación a un tercero que, tal y como exige la jurisprudencia, guarda con el interesado proximidad o cercanía geográfica, la norma sólo establece -puede establecer- una mera presunción -eso sí, de cierta intensidad- de que el acto o resolución llegó a conocimiento del destinatario. Por esta razón, esta Sala ha señalado, recogiendo la doctrina constitucional, que «es verdad que cuando la notificación se practica correctamente a un tercero, si el interesado niega haberla recibido o haberlo hecho intempestivamente el órgano judicial o la Administración no pueden presumir sin más que el acto ha llegado a conocimiento del interesado, sino que deben atender a dicha alegación (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre (RTC 1993, 275), FFJJ 3 y 4; 39/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 113/2001, de 7 de mayo (RTC 2001, 113), FJ 3 ; 21/2006, de 30 de enero, FJ 3 ; 113/2006, de 5 de abril, FJ 6), pero corresponde a la parte probar dicho extremo [STC 116/2004, de 12 de julio, FJ 5. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2272) (rec. cas. núm. 4789/2004), FD Tercero; y de 4 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 2421/2005), FD Quinto]» [Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. núm. 3943/2007), FD Tercero; en el mismo sentido, Sentencia de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2069) (rec. cas. núm. 5455/2007), FD Cuarto].

Corresponde además al obligado tributario el esfuerzo de probar que, pese al cumplimiento exquisito de las normas que regulan las notificaciones, el acto o resolución no llegó a tiempo para que el interesado pudiera reaccionar contra el mismo, y tal esfuerzo debe consistir en algo más

que meras afirmaciones apodícticas no asentadas en prueba alguna [STC 116/2004, de 12 de julio, FJ 5; y Sentencias de esta Sala de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5565/2006), FD Cuarto; de 15 de diciembre de 2009 (rec. cas. núm. 4789/2004), FD Tercero; de 4 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 2421/2005), FD Quinto; de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. núm. 3943/2007), FD Tercero; y de 14 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 5455/2007), FD Cuarto].

(...)

A la luz de la normativa señalada en el fundamento jurídico anterior debe analizarse el grado de cumplimiento por parte de la Administración de las formalidades contenidas en las citadas normas, pudiendo constatarse que ninguna de las partes discute que **la notificación** iba dirigida al domicilio de la entidad PRYCONSA y que **fue recogida por el conserje, que hizo constar su identidad, con expresión de su nombre y su DNI.**

Sin embargo, entiende la recurrente que esta forma de realizar una notificación vulnera el ordenamiento jurídico por las siguientes razones: a) porque la Administración no ha constatado que en el domicilio no se encontraba el representante de la sociedad; y b) que, a pesar de ello, la Sala de instancia considera suficiente la recepción por un tercero que firma como conserje, que no es empleado de la sociedad.

Ninguna de las dos afirmaciones puede ser acogida. La norma no exige, en primer lugar, que se deje constancia en el acuse de recibo de que el obligado tributario o su representante no se hallan en el domicilio designado cuando la notificación es recibida por un tercero que se encuentre en el mismo, requiriendo únicamente la identificación y firma de ese tercero que la recibe. Y en cuanto a la recepción por la persona del conserje, y de acuerdo con nuestra jurisprudencia, recogida en los fundamentos jurídicos precedentes, debemos concluir que se ha entregado la notificación a un tercero que guarda con el interesado proximidad o cercanía geográfica, por lo que surge efecto la presunción de que el acto ha llegado a conocimiento tempestivo de la entidad."

En análogo sentido se pronuncian otras muchas Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de fechas 26 de mayo de 2011 [RJ 2011\4736] y 8 de junio de 2012 [RJ 2012\8417]).

A la luz de dicha jurisprudencia, procede recordar que en el presente expediente consta acreditado que: (i) el expedientado reside en el domicilio en el que efectivamente se practicó la notificación del acuerdo de incoación, hasta el punto de que el expedientado afirma que, en esa misma dirección, le ha sido correctamente notificado el Pliego de cargos; (ii) la persona que se hizo cargo de la notificación del acuerdo de incoación actuaba como portero o conserje del inmueble en el que se encuentra el domicilio del expedientado (folios 8.949 y 8.950); y que (iii) se han cumplido todas las formalidades legalmente exigidas para la práctica de dicha notificación (artículo 42.2 de la Ley 39/2015: identificación con nombre y Documento Nacional de Identidad; folios 549 y 556). Siendo ello así, la conclusión que se alcanza es que la notificación del acuerdo de Incoación que, respecto del Sr. Rotellar, se efectuó el 3 de agosto de 2018 fue válida y plenamente eficaz.

A todo ello, en fin, se le suma que, como también señala la jurisprudencia antes citada, para valorar si la notificación efectuada ha cumplido su propósito hay que ponderar el grado de diligencia desplegado por el interesado y el conocimiento que por otros medios haya podido tener el interesado del contenido de la notificación.

En este caso, la diligencia del interesado ha de calificarse de insuficiente, porque, en tanto que consejero de una entidad supervisada por el Banco de España, el Sr. Rotellar tenía la obligación de estar inscrito en el Registro de Altos Cargos del Banco de España (artículo 14.1 de la Ley 1/1994) y el hecho cierto es que no lo estaba (folio 194), de modo tal que esta Instrucción carecía del domicilio del expedientado a efectos de notificaciones. Ante ello, esta Instrucción intentó activamente procurarse un domicilio del expedientado, consiguiéndolo tras requerir a la Entidad para ello (folios 505, 506, 537 y 538), y fue en ese domicilio facilitado por la Entidad, que luego el expedientado ha reconocido como correcto, en el que se practicaron las sucesivas notificaciones.

A lo anterior hay que añadir que la tesis del expedientado según la cual tuvo conocimiento de la existencia del acuerdo de incoación en diciembre de 2018 “*cuando otro imputado que tuvo acceso al expediente se lo trasladó*” es poco plausible, teniendo en cuenta que, desde que se dictó el referido acuerdo de incoación (21 de junio de 2018), el mismo se notificó a más de una treintena de personas conocidas por el expedientado, siendo extraño que éste no hubiese tenido noticia de la existencia del Acuerdo de Incoación a través de cualquiera de esos expedientados (o del expedientado que reconocidamente se lo trasladó) ni en julio, ni en agosto, ni en septiembre, ni en octubre, sino ya en diciembre cuando la infracción se encontraría prescrita.

Todo ello, en fin, hace que se llegue a la conclusión de que la notificación se efectuó válidamente en fecha 3 de agosto de 2018, sin que se haya producido la prescripción de la infracción.

b.2.3 En su alegación subsidiaria, el Sr. Rotellar parte de la asunción errónea de que en el Pliego de cargos únicamente se le imputa la conducta relativa a la política de disminución de la concentración de riesgos, cuando lo cierto es que se le imputa también la conducta relativa al seguimiento de riesgos (*vid.* folios 4.926 y 4.927). En consecuencia, no puede acogerse la alegación relativa al pretendido comienzo del *dies a quo* de la prescripción el 29 de julio de 2014. A lo que habría que añadir en todo caso que la conducta relativa a la política de disminución de la concentración de riesgos forma parte de una única infracción continuada en materia de control de riesgos y que no cabe computar plazos parciales de prescripción separadamente por cada singular conducta que integra una infracción continuada.

b.2.4 Por último, debe rechazarse también la alegación del Sr. Rotellar por la que propone fijar el *dies a quo* de la prescripción el 26 de junio de 2014 (fecha en la que participó en su último Consejo de Administración). Como reconoce el expedientado, su fecha de cese como consejero fue en octubre de 2014, teniendo hasta entonces las responsabilidades propias de todo consejero, cuya labor no se limita a lo que ocurre en las reuniones del órgano de administración, sino que se extiende durante todo el periodo de mandato, debiendo entenderse que hasta la finalización de su mandato estuvo ejerciendo las labores propias de su cargo.

b.3. Valoración de la alegación del Sr. Beltrán: prescripción de la infracción respecto de dicho expedientado

Se acoge.

De la prueba obrante en el expediente resulta: (i) que D. Manuel Beltrán fue nombrado consejero de Avalmadrid por ser el Viceconsejero de Economía de la Comunidad de Madrid, según se hace constar explícitamente en dicho nombramiento (folios 50 y 915); (ii) que, desde que cesó como Viceconsejero, el Sr. Beltrán no volvió a intervenir como consejero de Avalmadrid en ningún Consejo de Administración de la Entidad; y (iii) que, de hecho, el Sr. Beltrán no fue convocado al primer Consejo de Administración de Avalmadrid posterior a dicho cese (folio 7.040), Consejo en el que se tomó razón del cese del Sr. Beltrán como consejero de Avalmadrid.

A la vista de ello, puede entenderse, a juicio de esta Instrucción, que el Sr. Beltrán cesó en la conducta típica objeto del presente expediente al tiempo en que cesó como Viceconsejero de Economía de la Comunidad de Madrid, esto es, el 4 de julio de 2014, resultando así que, cuando se le notificó el acuerdo de incoación (3 de agosto de 2018), ya había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años que la Ley 10/2014 (artículo 95.1) establece para las infracciones graves, plazo de prescripción que resulta aquí de aplicación ex artículo 26.2 de la Ley 40/2015 por ser dicho plazo más breve –y, por tanto, más beneficioso para el expedientado– que el previsto en la LDIEC (artículo 7.1: 5 años).

Lo anterior determina que **se estime la alegación de prescripción formulada por D. Manuel Beltrán y se acuerde sobreseer y archivar el procedimiento respecto del mismo**, lo que hace ya innecesario entrar en el análisis de las restantes alegaciones formuladas por el mismo.

5.1.3 Sobre la pretendida vulneración del principio de confianza legítima

a. Resumen de las alegaciones

Avalmadrid alega (folios 698 a 700 y 6.165 a 6.167) que se ha vulnerado el principio de confianza legítima en la medida en que, desde que le fue dirigido el escrito de requerimientos del Banco de España (6 de noviembre de 2012) hasta que éste cuestionó el cumplimiento de dichos requerimientos transcurrieron más de cuatro años.

Dice la Entidad que la vulneración de dicho principio tiene dos manifestaciones. La primera de ellas la explica Avalmadrid señalando que “hasta la visita de inspección de 28 de noviembre de 2016 no consta de las actuaciones que la Inspección cuestionara en momento alguno el cumplimiento de los requerimientos de 2012”, sin que en una visita previa en febrero de ese mismo año se abordara la cuestión, todo lo cual generó una

convicción en Avalmadrid de que los requerimientos se consideraban atendidos por el Banco de España. Especialmente si se tiene en cuenta que el procedimiento de verificación de cumplimiento de requerimientos debe realizarse en un plazo de 6 meses, según la Circular 2/2013 y el documento público del Banco de España de 16 de octubre de 2012 titulado *"Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma"*.

La segunda de esas manifestaciones tiene que ver con el supuesto cambio de criterio del Banco de España a lo largo de la inspección, ya que, frente al tenor literal del borrador inicial del Acta, que hacía alusión al incumplimiento del requerimiento sobre disminución de la concentración de riesgos, tras las alegaciones de Avalmadrid esa mención se eliminó, por lo que la Entidad legítimamente entendió que no había infracción alguna. Además, en ese borrador no se mencionó ningún incumplimiento del requerimiento relativo al seguimiento del riesgo, no siendo hasta la notificación del acuerdo de incoación del presente expediente cuando por primera vez desde su escrito de requerimientos el Banco de España hizo saber a la Entidad que estaría incumpliendo el referido requerimiento en materia de seguimiento del riesgo.

En análogo sentido se expresan los restantes expedientados³⁸. Así, el expedientado D. José María Rotellar formula similares alegaciones (folios 7.961 a 7.963), añadiendo que hubo una visita de inspección en el año 2014 sin que, como resultado de la misma, se pusiesen en conocimiento de la Entidad los incumplimientos ahora señalados.

Por su parte, el expedientado D. Jorge Morán Santor alega (folios 6.577 a 6.581) que esa pretendida vulneración del principio de confianza legítima tiene especial relevancia en su caso porque se incorporó a la Entidad como director general en junio de 2016 y, durante el desempeño de su cargo en el ejercicio 2017, no tuvo noticia de ninguna deficiencia en materia de seguimiento de riesgo, única conducta que se le imputa a dicho expedientado, resultando que no fue hasta cuatro meses después de dejar su cargo, en julio de 2018, cuando se consideró que existían dichas deficiencias. De ello extrae la conclusión de que, durante el periodo en el que desempeñó el cargo de director general, no fue cuestionado el cumplimiento del requerimiento relativo al seguimiento del riesgo.

b. Valoración de las alegaciones

³⁸ La Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.815 a 6.818); D. Alfonso Carcasona García (folios 6.866 a 6.869); la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.911 a 6.915); D. Juan Luis Fernández-Rubíes Lillo (folios 6.968 a 6.971); D. Jesús Alejandro Vidart Anchlá (folios 7.079 a 7.081); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.117 a 7.120); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.173 a 7.177); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.238 a 7.241); Banco Santander, S.A. (folios 7.300 a 7.304); Valoración y Control, S.L. (folios 7.340 a 7.344); Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.398 a 7.401); Gesmare Sociedad Gestora S.L.U. –antes, Mediación y Diagnósticos, S.A.U.– (folios 7.448 a 7.450); D. Jesús Martín Sanz (folios 7.492 a 7.495); D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.994 a 7.996); y D. Pedro Irigoyen (folios 8.023 a 8.025, añadiendo que a él no se le informó de la existencia de los requerimientos del Banco de España).

Se rechazan.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene dicho que la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en particular, siendo tan sólo susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos que se basa en signos o hechos externos suficientemente concluyentes producidos por la Administración. En este sentido, por ejemplo, y entre otras muchas, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 17 de julio de 2018 (JUR 2018\196289), 31 de enero de 2012 (RJ 2012\4540), 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\243) o 21 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7299).

El Alto Tribunal ha fijado con precisión los requisitos para que una alegación basada en la invocación del principio de confianza legítima pueda prosperar. En concreto, se requiere: (i) que se base en signos innegables y externos; (ii) que las esperanzas generadas en el administrado sean legítimas; y (iii) que la conducta final de los poderes públicos resulte contradictoria con los actos anteriores, por resultar sorprendente e incoherente.

b.1 Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se cumplen esos requisitos, comenzando porque (i) no ha existido ningún acto que dé pie a ello: el Banco de España no supo de las deficiencias y las toleró, sino que –al contrario– cuando tuvo conocimiento de las mismas, incoó el oportuno expediente sancionador.

De ese modo, la ausencia de conocimiento de la infracción por parte del Banco de España difícilmente puede entenderse como un **signo innegable y externo** capaz de generar una expectativa razonable en los expedientados. O dicho de otra manera: no puede un infractor pretender escudarse en que el supervisor no ha detectado antes la infracción cometida.

Debe recordarse aquí que, según lo dicho en el epígrafe 5.1.1 de la presente Propuesta, el Banco de España –en contra de lo que afirman recurrentemente los expedientados– no tenía obligación alguna de comprobar el cumplimiento de los requerimientos en un plazo perentorio de seis meses, ni, por tanto, se puede ver traicionada ninguna supuesta confianza en tal circunstancia.

Como tampoco puede generar ninguna confianza que se realicen actuaciones inspectoras sobre otras materias en las que, por tanto, no se aborde la materia relativa a los requerimientos y no aflore el incumplimiento de los mismos, especialmente si esas inspecciones ni siquiera las realiza el Banco de España por versar sobre materias ajenas a su competencia. Nos referimos aquí, en particular, a la inspección del año 2014 a la que hace alusión el expedientado Sr. Rotellar (folio 7.963) y que, según se observa en el folio 1.862, no realizó formalmente el Banco de España, sino el SEPBLAC en materias propias de su competencia.

Además de lo ya dicho, debe añadirse, por lo que respecta al Acta de inspección, que, ateniéndonos estrictamente al contenido definitivo de la misma –asumido y no discutido por la Entidad–, resulta que dicho contenido revela con claridad, entre otras cosas, que, pese a que *“la Entidad informó al Banco de España de que había dado cumplimiento al requerimiento segundo (...) no obstante, este límite no se recogió en la Norma General de Riesgos hasta el 29.07.2014 (19 meses más tarde). Adicionalmente, el 28.05.2013, apenas seis meses después de haber contestado al Banco de España y sin informarle de ello, el Consejo de Administración elevó el importe máximo por operación financiera a 1,75 M€, un 75% más de lo previamente comunicado. Tampoco se comunicó al Banco de España que desde el 26.06.2014, con la aprobación del Reglamento de la Comisión Ejecutiva, se eliminó el importe máximo por operación”*.

E igualmente dicho contenido hace referencia a cuestiones relativas al seguimiento del riesgo, como las deficiencias en los informes de refinanciación, de los que dice que se han detectado *“deficiencias en el análisis de la situación económico-financiera de los acreditados, de sus planes de negocio y capacidad de pago así como de la solvencia de los garantes”*, así como que la Entidad ha manifestado que en el escrito de conclusiones preliminares de la Inspección se hacía referencia a diversas debilidades relativas al seguimiento del riesgo (folio 789).

Así pues, más allá de las vicisitudes de redacción de un concreto epígrafe del borrador de Acta, lo cierto es que **su contenido no permite sustentar la tesis de los expedientados**. Máxime considerando que al Acta de inspección es un documento de contenido técnico ajeno a valoraciones jurídicas.

Ello por no hablar de que el Informe de Inspección (folios 3.771 a 3.904), que refleja el alcance, resultado y conclusiones de las actuaciones inspectoras de las que trae causa el presente expediente, se refiere en detalle tanto a las cuestiones de concentración de riesgos como a las de seguimiento del riesgo.

b.2 Claro lo anterior, debe señalarse que **(ii)** no puede considerarse que exista una **legítima expectativa** consistente en que la infracción cometida no fuera a ser perseguida en cuanto se detectase, como así ocurrió.

El principio de confianza legítima suele comúnmente aplicarse a supuestos en los que los administrados deciden acometer una inversión con la expectativa del mantenimiento de un marco de seguridad jurídica o en la creencia alimentada por la Administración de la creación de un marco jurídico apropiado para el desarrollo de esa inversión, supuestos en los que sí puede apreciarse con claridad la legitimidad de la expectativa si, una vez realizada la inversión, esa expectativa se defrauda. Ahora bien, en el ámbito sancionador, la legitimidad de la expectativa sólo podría apreciarse si el interesado tuviese la creencia –igualmente alimentada o derivada de actos inequívocos de la Administración– de que una determinada conducta no constituye infracción y, teniendo esa convicción, lleva a

cabo esa conducta y resulta después castigado. No es el caso que nos ocupa: aquí la conducta típica se llevó a cabo sin tener reconocidamente ninguna creencia o expectativa previa alimentada por la Administración acerca de la licitud de la misma. Lo que se pretende ahora hacer pasar por expectativa legítima es que, una vez realizada esa conducta, habría habido actuaciones por parte de la Administración –que no son tales, según se ha dicho– que harían surgir la duda acerca de la ilicitud de dicha conducta. Como decimos, tal expectativa de que no se sancione una conducta ya cometida y de la que previamente no había expectativa de licitud derivada de ninguna actuación de la Administración, no puede considerarse legítima.

b.3 A todo ello debe añadirse, en fin, que (iii) **la incoación del presente expediente sancionador no es algo sorpresivo o inopinado**. Y ello no ya sólo porque la incoación de un procedimiento sancionador sea consecuencia natural de la comisión de una infracción, sino porque es que, además, consta en este caso que la propia Entidad ya era expresamente consciente de la posibilidad de que se iniciase un procedimiento sancionador, como se observa en el Acta del Consejo de Administración de la Entidad de fecha 13 de noviembre de 2017 (folio 761), donde el Consejo de Administración debatía la situación de la Entidad “*de cara a un eventual futuro expediente sancionador*”. Lo que evidencia que, como es lógico, la apertura de un procedimiento sancionador era una posibilidad expresamente contemplada por los administradores sociales.

Las anteriores consideraciones resultan igualmente de aplicación respecto del expedientado Sr. Morán, cuya situación, a estos efectos, no presenta particularidad alguna, sin perjuicio de las consideraciones que respecto al mismo proceda realizar en sede del juicio de responsabilidad (epígrafe 6 de la presente Propuesta).

5.1.4 Sobre las supuestas deficiencias del acuerdo de incoación y sus efectos³⁹

a Resumen de las alegaciones

Tanto **D. Jose María Rotellar** (folios 7.948 a 7.953) como **D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco** (folios 7.978 a 7.983) y **D. Pedro Irigoyen** (folios 8.006 a 8.013) argumentan que el acuerdo de incoación no puede entenderse debidamente adoptado, lo que invalida el procedimiento o subsidiariamente determina la prescripción de la infracción. Lo anterior por los siguientes tres motivos que a continuación se resumen:

- *Primero*, no se ha motivado debidamente en el acuerdo de incoación las razones excepcionales que justificaban el diferimiento de la calificación jurídica de los

³⁹ Los expedientados aducen esas supuestas deficiencias al servicio de una pretendida nulidad del Pliego de cargos (que se abordará en el siguiente epígrafe 5.1.5), si bien por el tipo de vicio que imputan y por el tipo de razonamiento que hacen, referido al acuerdo de incoación y a su supuesta inhabilidad para constituir válidamente el presente procedimiento sancionador, esta Instrucción considera más adecuado, desde el punto de vista sistemático, abordar la valoración de las alegaciones sobre dichas supuestas deficiencias en un epígrafe autónomo.

hechos al Pliego de cargos, contraviniéndose con ello el artículo 64 de la Ley 39/2015, y sin que pueda convalidarse esa falta de motivación ulteriormente en el referido Pliego.

- Segundo, no es cierto que concurriesen tales causas excepcionales, puesto que, en realidad, el Pliego no ha innovado en cuestiones que tengan que ver con la determinación de los hechos sino con la culpabilidad de los cargos. A su juicio, lo único que persiguió el diferimiento de la calificación de los hechos fue asegurar la incoación del expediente y con ello tratar de interrumpir la prescripción de la infracción. De lo anterior deduce que el citado acuerdo indebidamente motivado no habría interrumpido la prescripción.
- Y tercero, se critican las razones esgrimidas en el Pliego de cargos para justificar el diferimiento de la calificación de los hechos, según más adelante se expondrá.

b Valoración de las alegaciones

Esta argumentación no puede compartirse.

Como **punto de partida**, tal y como se ha visto anteriormente los expedientados citados construyen toda su argumentación sobre la base de **dos presupuestos**: (i) haber diferido la calificación de los hechos al Pliego de cargos constituye un vicio tal de nulidad que viene a suponer la inexistencia del propio acuerdo de incoación o, (ii) subsidiariamente, admitiendo su existencia, dicho acuerdo no habría interrumpido el plazo de prescripción, encontrándose la infracción imputada prescrita. Pues bien, sin perjuicio de que, como se verá más adelante, la Comisión Ejecutiva no hizo sino dar cumplimiento a la normativa aplicable al efectuar el citado diferimiento, conviene indicar aquí que, incluso en abstracto, las premisas de las que parten los expedientados **no son correctas**, y ello por dos razones:

- En primer lugar, porque decir que el acuerdo de incoación viene a ser inexistente supone tanto como sostener que omisión supuestamente antijurídica denunciada por los expedientados constituye un vicio de nulidad de pleno derecho de un acto de trámite como el acto de inicio del procedimiento sancionador. Sin embargo, no concurre tal causa de nulidad. Aún de existir tal omisión (lo que, según se dirá, no es el caso), (i) ésta no habría supuesto lesión alguna de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional a los efectos de lo establecido en el art. 47.1.a) de la Ley 39/2015, puesto que el principio acusatorio no exige que la imputación de una infracción se realice al inicio de un procedimiento sancionador, sino que ésta puede ir precisándose *a posteriori*, no vulnerándose el derecho de defensa cuando el acusado ha tenido ocasión de defenderse plenamente al conocer la acusación de forma plena (*vid.* STC 116/2007, de 21 de mayo [RTC 2007\116]). Por otra parte, (ii) tampoco puede entenderse que la supuesta omisión de un elemento en el acuerdo de incoación

implique la inexistencia de procedimiento a los efectos del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (*vid.* respecto de la aplicación e interpretación de ese artículo la reciente STSJ Andalucía 1399/2018, de 10 de diciembre [JUR 2019\140226]).

- Y, en segundo lugar, porque, a los efectos que aquí interesan, existe una regulación específica de la prescripción de infracciones y sanciones en la LDIEC, y de los casos en que queda interrumpido el plazo correspondiente. Así, conforme al artículo 7.3 de la LDIEC *“la prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador”*. Como es de ver, no se requiere para interrumpir la prescripción el conocimiento de la calificación jurídica de los hechos, sino simplemente el conocimiento de la iniciación de un procedimiento sancionador. Dicho conocimiento es indudable que se adquiere con la notificación del acuerdo de incoación, y ello con independencia de si el mencionado acuerdo detalla la calificación jurídica de los hechos o si esa calificación se hace en el posterior Pliego de cargos. En el mismo sentido han tenido ocasión de pronunciarse nuestros Tribunales, señalando que la prescripción se interrumpe con el acuerdo de incoación del expediente, y ello incluso *“con independencia de que la resolución no contenga las imputaciones que sí contiene el Pliego de cargos”* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2010 [RJCA 2010\872]).

Al margen de lo anterior, y en todo caso, **el acuerdo de incoación cumplió la normativa aplicable al diferir al Pliego de cargos la calificación jurídica de los hechos.**

En primer lugar, **el acuerdo de incoación motivó debidamente tal diferimiento, a los efectos del artículo 64.3 de la Ley 39/2015**, pues en él constaba la remisión a los artículos 3 y 6 del Real Decreto 2119/1993 de 3 diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros (el Real Decreto 2119/1993), explicitando expresamente que la calificación de los hechos que motivan la incoación del procedimiento se llevará a cabo en el correspondiente pliego de cargos. De hecho, en dicho acuerdo se partía del citado artículo 64.3, en contra de lo defendido por los expedientados.

Esta motivación por remisión a los aludidos preceptos del Real Decreto 2119/1993 es suficiente. En el Preámbulo de dicho Real Decreto, cuya vigencia se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015 (a diferencia, por ejemplo, del Real Decreto 1398/1993, que fue derogado por la Ley 39/2015) se hace alusión a que, en procedimientos como el que nos ocupa, abiertos a sujetos que operan en los mercados financieros, la función instructora reviste un alto grado de complejidad por lo que se añade un trámite adicional como es el del Pliego de cargos. Por tanto, cuando, como aquí ocurre, se motiva la inclusión de este trámite con la remisión a los artículos correspondientes del Real Decreto 2119/1993, lo que se está haciendo es justificar el diferimiento de la calificación jurídica de los hechos con base en la especial complejidad de la labor instructora en este tipo de procedimientos. De hecho, la propia Ley 39/2015 en su Disposición Adicional Primera,

permite que leyes especiales por razón de la materia introduzcan trámites adicionales, como hace la propia Ley 10/2014, aplicable a este procedimiento, que parte de la existencia de un Pliego de cargos⁴⁰.

En segundo lugar, **se daba, además, el supuesto contemplado por el artículo 64.3 para justificar el diferimiento de la calificación jurídica de los hechos al Pliego**. En efecto, al momento de dictarse el acuerdo de incoación, no era posible llevar a cabo una calificación jurídica de los hechos.

Así, los hechos descritos en dicho acuerdo se referían a dos aspectos distintos, relativos a la forma en que la Entidad controlaba su concentración de riesgo y a la forma en que la misma realizaba el debido seguimiento del mismo. Se apreciaban, además, en un periodo prolongado de tiempo, y a partir de una amplia muestra de operaciones de concesión de avales. La subsunción de esos hechos en el tipo sancionador que correspondiese exigía una labor de investigación de estos hechos por parte de la Instrucción para determinar cuestiones como: **(i)** si, vista la información que pudiese obrar en las actas de la Entidad, podría apreciarse que los incumplimientos de los requerimientos fueron intencionales o no, lo que podría haber sido interpretado como una resistencia a la actuación inspectora; **(ii)** si, prescindiendo de lo anterior, y vista la distinta naturaleza de los incumplimientos, podrían ser reconducibles a una sola infracción o sí, por el contrario, debía dar lugar a distintas infracciones; **(iii)** si, a su vez, vistos los tipos de incumplimientos apreciados, podría hablarse o no de una infracción continuada o de varias; **(iv)** y, de ser así, si visto el periodo durante el que se prolongó el incumplimiento de los requerimientos, tales hechos debían regirse por la Ley sancionadora sustantiva actualmente vigente o por la anterior.

En relación con estas cuestiones, se afirma que no existía la necesidad de apreciar la intencionalidad de los hechos para ver si podía haberse dado una resistencia a la actuación inspectora porque *"el Pliego de cargos no podía ampliar los hechos imputados definidos por el Acuerdo de incoación"* y *"no cabía una ulterior investigación de ningún elemento de juicio para poder hallar nuevos hechos que pudieran ser calificados como infractores"*. Sin embargo, no se trata de ampliar ningún hecho -cosa que, por cierto, y en contra de lo que afirman los expedientados, sí es perfectamente posible⁴¹-, sino simplemente de calificar jurídicamente los hechos ya identificados a la luz de elementos probatorios que revelen si los hechos producidos lo fueron, o no, con dolo e integraron, o no, conductas típicas coincidentes con la resistencia a la actuación inspectora. Por ello, ha de concluirse que dicho análisis era necesario y, en línea con lo apuntado en las páginas anteriores, que la calificación jurídica detallada de los hechos no era técnicamente posible al momento de adoptarse el acuerdo de incoación.

⁴⁰ Vid. art. 110 de la Ley 10/2014.

⁴¹ En este sentido, por ejemplo, y entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de febrero de 2000 (RJCA 2000\1148) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2001 (RJCA 2001\442).

Tras ello, se pretende rebatir el Pliego de cargos afirmando que tampoco puede considerarse que fuera necesario analizar si los incumplimientos daban lugar a varias infracciones o sólo a una, si ésta era, o no, una infracción continuada, o qué Ley debía regir esos incumplimientos, porque, dicen los expedientados, son cuestiones que forman parte de la labor de calificación y no justifican su diferimiento, ya que, de lo contrario, la regla general para calificar hechos múltiples sería diferir tal calificación al Pliego de cargos.

Pues bien, como reconocen los expedientados, dichos análisis son necesarios para realizar la calificación de los hechos. Así, era necesario un análisis detallado para valorar si se trataba, o no, de una única infracción continuada o de varias infracciones de tracto único, lo que constituye una cuestión de análisis jurídico propia de la instrucción que no puede sustituirse, como pretenden los expedientados, por un trámite de actuaciones previas cuya finalidad legalmente establecida es identificar hechos, sujetos y circunstancias que permitan valorar la necesidad de incoar el expediente, finalidad esa que ya estaba cumplida con la información de que disponía la Comisión Ejecutiva del Banco de España. Por lo demás, tampoco resulta atendible el argumento de que, de ser las cosas como esta Instrucción sostiene, la regla general debería ser que la calificación de hechos múltiples se remitiera al Pliego de cargos, porque ello no necesariamente es así, pudiendo haber casos –desde luego, no el presente– en que, por su simplicidad o por la información ya existente al momento de la incoación, esa calificación de hechos múltiples sea técnicamente posible.

En conclusión, no sólo no existen los vicios denunciados en el acuerdo de incoación, sino que, además, aunque su existencia se admitiese a efectos meramente dialécticos, no tendrían éstos las consecuencias que le atribuyen los expedientados (inexistencia de acuerdo y prescripción de la sanción).

5.1.5 Sobre la pretendida nulidad del Pliego de cargos y otras objeciones al mismo

a. Resumen de alegaciones

Distintos expedientados han defendido que, por distintas razones, el Pliego de cargos del presente expediente adolecería de vicios de nulidad. De forma resumida, pueden citarse los siguientes motivos esgrimidos al respecto:

- El Pliego de cargos se habría extralimitado al contener hechos nuevos (D. Pedro Irigoyen –folios 8.006 a 8.013–). En concreto, se introdujo en el Pliego de forma novedosa que la pertenencia de un expedientado a la Comisión de Riesgos era un elemento clave para imputar responsabilidad, cuando nada se decía acerca del mismo en el acuerdo de incoación. La consecuencia de esta extralimitación sería, a su juicio, el archivo del expediente, porque habría sido necesario adoptar un nuevo acuerdo de incoación respecto de este hecho nuevo.

- El Pliego de cargos adolecería de imprecisiones relevantes. Debería haber indicado con más precisión qué hechos concretos justifican la imputación y señalar cuál habría sido la conducta debida para quedar exento de responsabilidad (así, D. Juan Luis Fernández-Rubés Lillo⁴²); o debería haber precisado en qué documento o en qué concretas fechas consta la comisión de una conducta antijurídica (así, D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía⁴³, Participaciones y Cartera de Inversión, S.L.⁴⁴ y D. Pedro Irigoyen⁴⁵).

Adicionalmente, se ha sostenido como objeción adicional que la labor instructora no puede desempeñarse por alguien que no tenga garantía de inamovilidad, por lo que lo actuado por los Instructores sería nulo. No puede haber una separación entre la fase instructora y la sancionadora (separación necesaria ex artículo 63.1 de la Ley 39/2015) sin un estatuto exorbitante que garantice la independencia del instructor, garantía de la que en este caso se carece, o que sería meramente formal, al tener los Instructores un vínculo laboral con el Banco de España. Así lo defienden D. Pedro Irigoyen (folios 8.012 y 8.013), D. José María Rotellar (folio 7.953) y D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.982 y 7.983).

b. Valoración de las alegaciones

Las alegaciones anteriores **no pueden compartirse** por las razones que a continuación se exponen.

a) En relación con la supuesta extralimitación del Pliego de Cargos

Denuncia el Sr. Irigoyen una supuesta extralimitación del Pliego de cargos respecto del acuerdo de incoación porque, a su juicio, se habría introducido un hecho nuevo en el Pliego de cargos consistente en considerar que la pertenencia de un expedientado a la Comisión de Riesgos es un elemento clave para imputar responsabilidad.

Frente a ello debe decirse que, además de que su tesis, llevada al extremo, llevaría a entender que la Instrucción no puede hacer investigación alguna para concretar o precisar algunos de los hechos descritos en el acuerdo de incoación, lo cierto es que el expedientado se refiere a algo que no es propiamente un “hecho”. En efecto, la pertenencia de un consejero de Avalmadrid a la Comisión de Riesgos de la Entidad sí sería una circunstancia fáctica. Pero, en todo caso, sería una circunstancia que, si bien concretada o precisada en virtud del resultado de actos de instrucción realizados con posterioridad al acuerdo de incoación, versaría sobre los mismos hechos contenidos en

⁴² Vid. folios 6.972 y 6.973.

⁴³ Vid. folio 7.061.

⁴⁴ Vid. folios 7.374 y 7.375.

⁴⁵ Vid. folio 8.018.

el acuerdo de incoación, respecto a los que no supondría ninguna modificación sustancial o esencial como base fáctica del cargo imputado provisionalmente en el presente expediente. Ahora bien, no es a eso a lo que se está refiriendo el expedientado en su alegación. Éste se está refiriendo, no a ese hecho, sino a la relevancia que cabe atribuirle a efectos del juicio de responsabilidad. Y esto último no es un hecho, sino un criterio valorativo para emitir un juicio netamente jurídico.

No se advierte, pues, extralimitación alguna en el Pliego de cargos, debiendo desestimarse, en atención a las razones expuestas, la referida alegación del Sr. Irigoyen.

b) En relación con las imprecisiones del Pliego de Cargos

Según se ha señalado con anterioridad, en el procedimiento sancionador regulado por el Real Decreto 2119/1993 no es sino hasta la Propuesta de resolución del expediente cuando se exige un juicio personalizado acerca de la responsabilidad de cada uno de los expedientados. Por tanto, difícilmente puede impugnarse un Pliego de cargos basándose en la ausencia de tal individualización cuando ésta no forma parte de su contenido propio.

En este sentido, el Pliego de cargos constituye un escrito de acusación provisional que cumple la función esencial de delimitar la materia a que se contrae la investigación objeto del procedimiento y de acotar el ámbito de la declaración de hechos sobre los que éste va a versar. Exige el artículo 6.2 del referido Real Decreto que se concreten los hechos imputados a cada presunto responsable, pero siempre en el bien entendido de que, por un lado, ello no impide que, siendo común a varios expedientados la relación de hechos que se imputa, dicha relación pueda formularse en común respecto de todos los expedientados afectados, y de que, por otro, la identificación definitiva de qué hechos son imputables a cada uno de los expedientados (o lo que es lo mismo, de qué hechos es responsable cada expedientado) no se hará hasta la Propuesta de resolución de la Instrucción, pues sólo ésta puede tener en cuenta todos los elementos probatorios –tanto de cargo, como de descargo– obrantes en el expediente.

A la vista de lo anterior, cabe subrayar que:

- En primer lugar, el Pliego de cargos, en su epígrafe 3, describió de forma pormenorizada los hechos que sirven de fundamento al cargo imputado, existiendo, por tanto, una descripción de los hechos objeto del presente procedimiento. Dicha descripción es clara y concisa y se basa en el Informe de inspección, en el Informe a la Comisión Ejecutiva del Banco de España y en el acuerdo de incoación de este expediente. En consecuencia, el Pliego de cargos contiene una explicación detallada de los hechos en los que se fundamenta el expediente y contiene también una minuciosa remisión a los documentos obrantes en el mismo, todo lo cual es suficiente para que los expedientados tengan conocimiento suficiente de en qué consiste la imputación provisional que se formula en dicho Pliego.

- *En segundo lugar*, como se ha mencionado, la imputación de esos hechos presuntamente ilícitos sólo se hizo en el Pliego de cargos de forma *provisional* y a la espera de que, durante la tramitación del expediente, pudieran aportarse elementos de juicio suficientes que permitiesen determinar si dicha imputación provisional debía convertirse en definitiva o si, por el contrario, la declaración de responsabilidad sólo debía alcanzar a alguno o algunos de los imputados provisionalmente. Así se advertía expresamente en el citado Pliego (*vid.* folio 4928).
- *En tercer lugar*, debe ponerse de relieve el especial esfuerzo que se hizo en el Pliego de cargos para individualizar dicha imputación provisional tanto como el marco jurídico de aplicación, el estado de tramitación del expediente y los elementos probatorios obrantes en éste permitían en ese momento del procedimiento. Así, en dicho Pliego se atendió no sólo a la condición de consejero, sino que también se realizó un detallado análisis de criterios temporales y competenciales relativos al ejercicio de sus cargos por los expedientados. Como resultado de lo cual, se excluyó, de hecho, de imputación provisional a varias personas (folios 4.926 a 4.928).

En suma, debe recordarse que es en la presente Propuesta de resolución donde procede concretar la responsabilidad imputada a cada expedientado, no siendo posible pretender del Pliego de cargos una concreción fáctica y jurídica que sólo puede alcanzarse después de la tramitación íntegra del expediente, una vez oídos los expedientados y, en su caso, practicada la prueba pertinente. El Pliego de cargos dictado es, pues, ajustado a Derecho y no incurre en causa de nulidad alguna.

c) En relación con la independencia de los Instructores

Conviene indicar, en primer lugar, que la separación entre las fases de instrucción y resolución en un expediente administrativo sancionador **no es un derecho constitucional susceptible de amparo**, por lo que la vulneración de tal garantía nunca daría lugar a la nulidad de pleno Derecho invocada por los recurrentes [*vid.* artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015], lo que sería ya suficiente para desestimar el motivo de nulidad alegado. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus resoluciones de fecha 4 de julio de 2005 [RTC 2005\174], 25 de junio de 2008 [RTC 2008\186] y 5 de febrero de 2018 [RTC 2018\9], la primera de las cuales (FJ 2º) dice que:

“(…) por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía «no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales» (STC 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 2], F. 10), pues, «sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo» (STC 14/1999, de 22 de febrero [RTC 1999, 14], F. 4), concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía

característica del proceso judicial que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril [RTC 2004, 74], F. 5).

En atención a ello, **el principio del procedimiento sancionador establecido en el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, conforme al cual «los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos», es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del art. 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa.**

De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE"

Pero es que, además, y en todo caso, en el presente expediente **la debida separación entre las fases de instrucción y resolución está perfectamente garantizada**, en la medida en que los Instructores tienen unas funciones claramente diferenciadas y actúan con autonomía e independencia respecto del órgano que tiene encomendada la competencia para resolver el expediente (el Consejo de Gobierno del Banco de España).

En efecto, siendo pacífico que los órganos encargados de la instrucción y de la resolución son distintos y tienen funciones distintas, se cumple con la separación que dispone el artículo 63.1 de la Ley 39/2015, máxime cuando el Tribunal Constitucional centra la existencia de dicha separación en la diferenciación de funciones, y no propiamente en la independencia orgánica, como se explica, por ejemplo, en su reciente Sentencia de fecha 5 de febrero de 2018 (RTC 2018\9), en la que, abordando un reproche como el que aquí se analiza en el ámbito de un procedimiento sancionador, se dice que *"la separación entre instrucción y resolución en el procedimiento administrativo sancionador ha de entenderse de separación de funciones, y no propiamente de órganos independientes entre sí"*.

Y en nada obsta a esa autonomía e independencia de los Instructores el hecho de que éstos tengan una relación laboral con el Banco de España, porque, como se observa en la jurisprudencia antes citada, en modo alguno es preciso que el instructor de un procedimiento administrativo sancionador cuente con un "estatuto exorbitante", siendo suficiente a efectos de garantizar la debida separación entre fases el hecho de que no se integre en el órgano resolutorio y tenga funciones diferenciadas respecto de éste, lo que –se insiste– no es discutido.

5.1.6 Sobre la pretendida ausencia de legitimación pasiva para ser parte en el presente expediente

a. Resumen de las alegaciones

a.1 Alegación de Accionado y Gestión, S.L.

El representante de la expedientada Accionariado y Gestión, S.L. afirma en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 7.470) que dicha sociedad fue objeto de liquidación voluntaria con fecha efectiva 29 de marzo de 2016, habiendo recibido Bankia, S.A., en tanto accionista titular del 99,99% del capital social de aquélla, la cuota liquidativa resultante. En consecuencia, solicita el archivo de las actuaciones frente a Accionariado y Gestión, S.L. en la medida en que, habiéndose producido conforme a la legalidad vigente la extinción a todos los efectos de dicha sociedad, no procede la incoación de procedimiento de tipo alguno contra dicha sociedad.

a.2 Alegación del Banco Santander

Por su parte, Banco Santander, S.A. explica en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folios 7.279 a 7.286) que la personalidad jurídica del Banco Popular desapareció el 26 de septiembre de 2018 y que la responsabilidad administrativa de dicha entidad no puede trasladarse al Banco Santander.

A este respecto, viene a sostener, en esencia, que la transmisión de la responsabilidad administrativa de Banco Popular a Banco Santander vulnera los principios de responsabilidad personal de las sanciones y de culpabilidad. En concreto, tras reconocer que en nuestro Derecho es posible la transmisión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas, Banco Santander defiende –invocando un dictamen del Consejo de Estado del año 1994 y una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia⁴⁶– que no resulta posible sancionar a la sociedad resultante de una fusión si ésta no intervino como tal en la comisión de las infracciones, y que Banco Santander no tenía relación con el Banco Popular en el periodo de comisión de los hechos.

Además, añade la expedientada que la resolución de Banco Popular no fue una modificación estructural voluntaria sino un cambio estructural forzoso e impuesto por las autoridades públicas para salvar al Banco Popular, y que la resolución del Banco Popular no fue decisión del Banco Santander. Dice que el instrumento de resolución escogido por la Junta Única de Resolución determinó una radical mutación en el Banco Popular: generó una nueva estructura de propiedad (un nuevo capital, que fue vendido al Banco Santander) y unos nuevos órganos de administración y alta dirección.

Añade que el mantenimiento de la personalidad jurídica del Banco Popular estuvo justificado por razones de interés público y estabilidad financiera, y que ese

⁴⁶ Si bien el escrito de alegaciones de Banco Santander la identifica como del Tribunal Supremo, no se ha encontrado una sentencia de ese Alto Tribunal de la fecha, contenido y referencia citadas (sí, en cambio, del mencionado Tribunal Superior de Justicia de Murcia).

mantenimiento de la personalidad debe proyectar sus efectos a las relaciones jurídicas que sean necesarias para conseguir esos objetivos (mantenimiento de las relaciones jurídicas del antiguo Banco Popular con otros sujetos de Derecho), pero, en lo que exceda de esos objetivos, debe prevalecer la realidad material determinada por la mutación radical operada por la resolución, de modo que, en relación con el *ius puniendi* de los poderes públicos, las consecuencias jurídicas del proceso de resolución del Banco Popular deben ser las de la disolución de la persona jurídica, que da lugar a la extinción de las responsabilidades por cualesquiera infracciones que se hubieran podido cometer con carácter previo.

Estrechamente relacionado con lo anterior, el Banco Santander sostiene que cumple las condiciones fijadas en el Pliego de cargos para haber sido excluida del expediente, ya que el Banco Popular no fue nombrado consejero de Avalmadrid sino hasta después de junio de 2014 y no formó parte de ningún órgano competente en materia de riesgos. En concreto, el Banco Santander dice que:

“La imputación contra Banco Santander que se establece en el propio Pliego de cargos, según lo expuesto anteriormente, exigiría una triple pirueta jurídica [sic], a saber: Banco Santander, que jamás ocupó el puesto de consejero en Avalmadrid, pese a ser socio protector, acaba resultando imputado como consecuencia de ser sucesor universal de quién sí fue consejero, es decir, Banco Popular, cuya imputación, a su vez, pese a haber sido nombrado con posterioridad a junio de 2014, solo se justificaría en la circunstancia de haber sido miembro de la Comisión de Riesgos, pese a NO [sic] haber sido miembro como ha quedado demostrado, pues, Banco Popular nunca fue miembro de la Comisión Delegada de Riesgos”

a.3 Alegaciones que consideran a varios expedientados representantes de un socio protector, negándoles la condición de consejeros y equiparándolos a los representantes personas físicas

Finalmente, varios expedientados⁴⁷ insisten en la idea –ya abordada en el Pliego de cargos– de que ellos actuaban como representantes de un socio protector y no propiamente como consejeros, viniendo a negar así su legitimación pasiva para ser parte del presente expediente en tanto que la potestad sancionadora aquí ejercitada no se extiende sobre los representantes personas físicas.

b. Valoración de las alegaciones

b.1 Sobre la alegación de Accionariado y Gestión, S.L.

⁴⁷ D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía (folios 7.063 y 7.064 y 7.087 a 7.093, donde el expedientado explica, entre otras cosas, que antes del año 2010 no era completamente pacífico que sólo pudiese haber un único representante persona física y que él creía actuar en esa condición); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.096 y 7.097 y 7.100 y 7.101); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.211 y 7.272 a 7.274); D. Jesús Martín Sanz (folios 7.471 y 7.472 y 7.515 a 7.516); y D. José María Rotellar (folios 7.965 y 7.966, en los que defiende que su posición debe ser equiparada a la de un representante persona física, al tratarse su situación de un *tertium genus* equiparable a efectos sancionadores al representante persona física). En análogo sentido se expresa la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.837 a 6.840).

Se estima.

A la vista de la referida alegación, esta Instrucción ha comprobado con la información publicada por el Registro Mercantil (folio 8.936 y ss.) que, al tiempo de dictarse el acuerdo de incoación del presente expediente, Accionariado y Gestión, S.L. se había disuelto y liquidado y su personalidad jurídica se había extinguido, sin que conste que haya habido continuidad de la actividad que la citada sociedad venía llevando a cabo.

Procede, por tanto, el **sobreseimiento y archivo del presente procedimiento respecto de Accionariado y Gestión, S.L.**

b.2 Sobre la alegación del Banco Santander

Se desestima.

(i) Cuando se dictó el acuerdo de incoación del presente expediente, el Banco Popular mantenía su personalidad jurídica, siendo durante la tramitación del mismo, y no antes, cuando se produjo la extinción de su personalidad jurídica (folios 4.824 y ss.). Además, esa extinción de la personalidad jurídica del Banco Popular tuvo lugar como resultado de una fusión por absorción, en la que otra entidad (el Banco Santander) sucedió universalmente a la entidad absorbida, continuando con la actividad de ésta.

En efecto, la fusión del Banco Santander (como absorbente) sobre el Banco Popular (como absorbida) se culminó el 28 de septiembre de 2018, fecha en la que se produjo la consiguiente extinción de la personalidad jurídica del Banco Popular. Para analizar esa extinción de la personalidad jurídica, hay que partir necesariamente de la regulación que la **Ley 3/2009**, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y, en concreto, **su artículo 23**, hace del instituto de la fusión de las sociedades mercantiles.

Conforme al mismo, la consecuencia *ope legis* de toda fusión por absorción es que la sociedad absorbente sucede universalmente a la absorbida en todo su patrimonio, incluyendo activos y pasivos. La aplicación de dicho régimen al caso que nos ocupa determina que el Banco Santander ha sucedido universalmente al Banco Popular en sus derechos y obligaciones, **incluyéndose entre los pasivos adquiridos por la absorbente los derivados de posibles sanciones a imponer como consecuencia de conductas previas de la absorbida**. Así lo aclara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Modelo Continente Hipermercados, de 5 de marzo de 2015 (TJCE 2015/99), en la que, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional nacional, concluye que:

"En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855 (...) debe interpretarse en el sentido de que una "fusión por absorción", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva, supone

la transmisión a la sociedad absorbente de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión.”

Dicha Sentencia niega la posibilidad de considerar extinguida la responsabilidad en esos casos, ya que:

“esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/655 (...), puesto que, según la citada disposición, una fusión de ese tipo consiste en una transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.”

Y que:

“Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron la multa. En esas circunstancias, procede señalar (...) que si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados.”

En el mismo sentido, cabe citar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁴⁸ y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional⁴⁹, que considera que, para apreciar la transmisión de la responsabilidad administrativa, lo relevante es que la entidad resultante sea continuadora de la que en su día cometió los hechos por los que se ha sancionado, como sucede en los supuestos de fusión con sucesión universal, como el presente.

A este respecto, merece la pena detenerse en la Sentencia de 22 de febrero de 2018, en la que la Audiencia Nacional enjuiciaba la imposición de una sanción a Banca Cívica por parte de la CNMV, siendo destacable que (i) el expediente se incoó a Caixabank, que había absorbido a Banca Cívica dos años antes, (ii) que, al tiempo de cometerse la infracción por la segunda, no existía unidad económica ni relación alguna entre ambas entidades, y que (iii) la referida fusión tuvo un motivo económico lícito, sin que se hubiese utilizado la fusión por absorción como forma para burlar la aplicación de la normativa sancionadora.

A pesar de estas tres circunstancias, la Audiencia Nacional confirmó la sanción entendiendo que lo relevante es que la entidad resultante sea continuadora de la que en su día cometió los hechos, en la medida en que el negocio financiero en cuyo seno se produjeron las infracciones hubiese sido transmitido en bloque a la entidad resultante como consecuencia de la fusión y de la sucesión universal derivada de la misma.

⁴⁸ Por ejemplo, Sentencias de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2016\172) y 15 de marzo de 2017 (RJ 2017\1319).

⁴⁹ Por ejemplo, Sentencias de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016\129671), 4 de octubre de 2017 (JUR 2017\289656), 2 de noviembre de 2017 (JUR 2017\309180) y 22 de febrero de 2018 (JUR 2018\72411).

De lo anterior se deriva, por tanto, que si la entidad absorbente es continuadora del negocio que venía desempeñando la absorbida –pues el mismo se habría transmitido en bloque–, habrá transmisión de la responsabilidad administrativa.

(ii) Pues bien, si se traslada esta jurisprudencia al caso concreto, **resulta pública y notoria la existencia de una continuidad entre la absorbente y la absorbida**, ya que:

- El Banco Santander ha absorbido al Banco Popular, que se ha extinguido, siendo el primero sucesor universal del segundo y habiendo asumido en bloque su patrimonio y, por lo tanto, su negocio.

Así, además de lo expuesto sobre el régimen legal de transmisión aplicable en estos casos, en el proyecto de fusión aprobado por los consejos de administración del Banco Santander y el Banco Popular que se hizo público el 24 de abril de 2018⁵⁰ se puede leer que la fusión “es necesaria de cara a alcanzar el pleno potencial de las sinergias de costes e ingresos derivadas de la adquisición del Grupo Banco Popular” y que “se llevará a cabo mediante la absorción de Popular por Santander, con extinción, vía disolución sin liquidación, de aquella y la transmisión en bloque de todo su patrimonio a ésta, que adquirirá, por sucesión universal, la totalidad de los derechos y obligaciones de Popular”, de donde se sigue que el Banco Santander va a continuar con el negocio que venía desarrollando el Banco Popular, lo que actualmente –como decimos– es un hecho notorio.

- Una muestra adicional de esa continuidad económica y empresarial es que, tras la culminación de la fusión el Banco Santander va a continuar operando bajo la marca del Banco Popular⁵¹, cuyo mantenimiento se prevé que dure al menos varios meses⁵².
- Pero es que, a mayor abundamiento, esa continuidad viene de un compromiso del Banco Santander muy anterior a la fusión. En concreto, en la nota de prensa que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria publicó el 7 de junio de 2017 con ocasión de la resolución del Banco Popular⁵³, dicho organismo explicaba que “el objetivo de esta venta es atajar los problemas derivados de la inviabilidad de Banco Popular, garantizar la continuidad de las actividades desarrolladas por la entidad y proteger a los depositantes de Banco Popular”, detallando que:

“Banco Santander se compromete en el contrato de compraventa a tomar las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las actividades, servicios y operaciones de Banco Popular y a proveer la liquidez necesaria para ello. La operación es ejecutiva de forma inmediata; Banco

⁵⁰ Vid. https://www.santander.com/csgs/Satellite/CFWCSancomQP01/es_ES/pdf/Anuncio_proyecto_com%C3%BAn_fusion_Santander_Popular.pdf

⁵¹ Vid. <https://www.lavanguardia.com/economia/20180928/452061812640/banco-santander-popular-registro-mercantil.html>

⁵² Vid. <http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/06/07/5b18451946163fde438b4608.html>

⁵³ Vid. http://www.frob.es/es/Lists/Contenidos/Attachments/518/170607_NP_Popular_Santander.pdf

Santander es propietario del 100% del capital desde la firma del acuerdo que se ha producido esta mañana.”

- Por su parte, en la nota de prensa que ese mismo día 7 de junio de 2017⁵⁴ publicó el propio Banco Santander también se manifestaba la inequívoca voluntad de esta entidad de continuar con el negocio que desarrollaba el Banco Popular, integrándolo y previendo que dicha integración del negocio del Banco Popular generase determinados beneficios al Banco Santander:

“La integración de Banco Santander y Banco Popular reforzará significativamente las franquicias del Grupo en España y en Portugal. En España, la entidad resultante, que operará con la marca Santander, se convertirá en el banco líder en créditos y depósitos, con 17 millones de clientes. Tendrá una cuota de mercado en crédito del 20% y una cuota del 25% en pymes, un segmento clave para el crecimiento de la economía española.

Aumentar el negocio de pymes figura entre las prioridades estratégicas del Grupo en España y la integración permitirá mejorar la diversificación de la cartera de negocio, con más peso en segmentos que aportan mayor rentabilidad en un momento positivo del ciclo económico. (...)

Está previsto que la operación genere un retorno sobre la inversión del 13-14% en 2020 y un aumento del beneficio por acción en 2019. La entidad resultante aumentará su rentabilidad y generará sinergias de costes cercanas a los 500 millones de euros anuales a partir de 2020, con ratios de eficiencia entre los mejores del sector en España y Portugal, y un mayor potencial de crecimiento de ingresos.

La adquisición de Banco Popular cumple con los criterios estratégicos y financieros de inversión, y se espera que refuerce los principales ratios de evolución del negocio del Grupo. También está alineada con el compromiso del banco de hacer compras que complementen las franquicias en sus mercados principales cuando generen valor para sus clientes y accionistas.”

A la luz de todo lo anterior, puede afirmarse que el Banco Santander, **como sucesor universal, es continuador del negocio del Banco Popular y que no concurre quiebra de la continuidad económica que impida la transmisibilidad de la responsabilidad administrativa.**

Consecuencia lógica de todo ello es, en fin, que la responsabilidad administrativa atribuible al Banco Popular debe considerarse transmitida al Banco Santander.

(iii) Y en nada obsta a lo anterior que el Banco Santander afirme que no fue dicha entidad la que decidió resolver el Banco Popular, que, tras la resolución, se generó una nueva estructura de propiedad (un nuevo capital que fue vendido al Banco Santander) y unos nuevos órganos de administración y alta dirección, o que la continuidad de la personalidad jurídica debe entenderse sólo a unos efectos y no a otros.

⁵⁴ Vid. https://www.santander.com/csgs/StaticBS?blobcol=urldata&blobheadname1=content-type&blobheadname2=Content-Disposition&blobheadname3=applD&blobheadvalue1=application%2Fpdf&blobheadvalue2=inline%3Bfilename%3D707%5C892%5CSantanderBancoPopular_es.pdf&blobheadvalue3=santander.wc.CFWCSancomQP01&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1278741495223&ssbinary=true

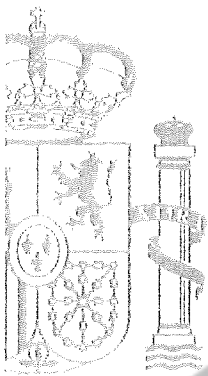
Para empezar, porque es irrelevante que el Banco Santander no decidiese resolver el Banco Popular. Lo único relevante es que decidió hacer una oferta para adjudicarse la entidad y, tras ello, decidió llevar a cabo una fusión por absorción en virtud de la cual devino sucesor universal de dicha entidad y continuadora de su actividad. Además, los cambios que esgrime la expedientada (nueva estructura de capital y nuevos órganos de administración y dirección) responden a cambios organizativos y patrimoniales de una entidad que, por profundos que puedan ser, no pueden hacer que la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas desaparezca o se desvanezca, tal y como exponen, entre otras, las Sentencias antes citadas.

Finalmente, **las afirmaciones de la expedientada de que la continuidad de la personalidad jurídica del Banco Popular tras el proceso de resolución no lo es a todos los efectos carecen de fundamento**, a juicio de esta Instrucción.

No puede aceptarse que la expedientada pretenda entender la continuidad de la personalidad jurídica del Banco Popular para lo que le beneficia (personalidad jurídica, continuidad de la marca, el negocio, los depósitos, los clientes, etc.), pero no para aquello que le pueda perjudicar (en este caso, la pervivencia de la personalidad a efectos sancionadores). No tiene sustento la afirmación de la expedientada según la cual la continuidad de la personalidad jurídica debe exclusivamente restringirse a algunas cuestiones que excluyen la responsabilidad administrativa de la entidad. El hecho de que el mecanismo de resolución aplicado tuviese como finalidad mantener la continuidad de las funciones esenciales del Banco Popular no implica que la pervivencia de la personalidad jurídica pueda compartimentarse y entenderla existente para unas cuestiones y no para otras, porque la personalidad jurídica de un individuo opera en todas las facetas del tráfico jurídico, y no selectivamente en las que se deseen.

Y es que, ligado a lo anterior, lo que el Banco Santander pretende, en definitiva, es dotar al mecanismo de resolución aplicado al Banco Popular (venta del negocio de la entidad) de un efecto de amnistía administrativa que no se prevé en la normativa.

De hecho, la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, prevé expresamente en su artículo 26.7, precisamente para el instrumento de resolución que resultó de aplicación en el caso del Banco Popular, una suspensión temporal de un concreto tipo sancionador [el artículo 92.m) de la Ley 10/2014, referido a la adquisición de participaciones significativas incumpliendo los requisitos legamente exigidos para ello]. En vista de ese dato, resulta todavía más evidente que debe excluirse ese efecto buscado por la expedientada, y que, si el legislador hubiera querido darle al proceso de resolución de una entidad un efecto de amnistía administrativa generalizada ante cualquier infracción cometida, lo habría previsto expresamente en la Ley.



(iv) Por último, **debe rechazarse el alegato** del Banco Santander según el cual en el Pliego de cargos se hace una “*triple pirueta jurídica*” al mantener la imputación frente al Banco Santander a pesar de que –a su decir– **se darían los requisitos para su exclusión del expediente**.

En primer lugar, la imputación del Banco Santander a título de sucesor universal del Banco Popular no es ninguna “pirueta jurídica”, sino la solución legal que nuestro ordenamiento jurídico da cuando una entidad que ha incurrido en responsabilidad administrativa es absorbida por otra que continúa con la actividad de la primera. Solución que ha sido, por lo demás, aplicada por una reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, es indiscutido que el Banco Popular fue consejero de Avalmadrid, siendo irrelevante que el Banco Santander lo fuese, o no, una vez claro que está en el presente expediente únicamente en su condición de sucesor universal del Banco Popular.

Y en tercer lugar, y en contra de lo que afirma el Banco Santander, el Banco Popular sí fue miembro de un órgano con competencias en materia de riesgos. En concreto, el Banco Popular formó parte de la Comisión de Riesgos a través de sus representantes Doña María Ruiz Jarillo y D. César Pérez Sánchez, quienes en un primer momento asistieron como invitados a las reuniones y, luego, como miembros de pleno derecho del órgano, tal y como se observa en las actas de las reuniones de dicho órgano que obran en el expediente⁵⁵.

Debe, en consecuencia, desestimarse la alegación formulada por el Banco Santander.

⁵⁵ Cabe citar, en este sentido, las actas de fecha 21 de abril de 2015 (folios 3.183 a 3.214), 5 de mayo de 2015 (folios 3.215 a 3.250), 19 de mayo de 2015 (folios 3.251 a 3.300), 2 de junio de 2015 (folios 3.301 a 3.313), 30 de junio de 2015 (folios 3.314 a 3.322), 8 de septiembre de 2015 (folios 3.352 a 3.358), 22 de septiembre de 2015 (folios 3.359 a 3.368), 6 de octubre de 2015 (folios 3.369 a 3.379), 20 de octubre de 2015 (folios 3.380 a 3.396), 17 de noviembre de 2015 (folios 3.397 a 3.404), 1 de diciembre de 2015 (folios 3.405 a 3.415), 15 de diciembre de 2015 (folios 3.416 a 3.424), 19 de enero de 2016 (folios 3.425 a 3.431), 16 de febrero de 2016 (folios 3.432 a 3.438), 1 de marzo de 2016 (folios 3.439 a 3.448), 15 de marzo de 2016 (folios 3.449 a 3.462), 29 de marzo de 2016 (folios 3.463 a 3.470), 12 de abril de 2016 (folios 3.471 a 3.476), 26 de abril de 2016 (folios 3.477 a 3.483), 24 de mayo de 2016 (folios 3.448 a 3.488), 7 de junio de 2016 (por delegación, folios 3.489 a 3.492), 21 de junio de 2016 (folios 3.493 a 3.498), 6 de septiembre de 2016 (folios 3.506 a 3.512), 20 de septiembre de 2016 (folios 3.513 a 3.520), 21 de septiembre de 2016 (folios 3.521 a 3.523), 18 de octubre de 2016 (folios 3.524 a 3.530), 26 de octubre de 2016 (folios 3.531 a 3.535), 8 de noviembre de 2016 (folios 3.536 a 3.539), 22 de noviembre de 2016 (folios 3.540 a 3.547), 13 de diciembre de 2016 (folios 3.548 a 3.550), 17 de enero de 2017 (folios 3.551 a 3.556), 14 de febrero de 2017 (folios 3.560 a 3.564), 28 de febrero de 2017 (folios 3.570 a 3.576), 14 de marzo de 2017 (folios 3.577 a 3.582), 28 de marzo de 2017 (folios 3.583 a 3.587), 7 de abril de 2017 (folios 3.588 a 3.590), 25 de abril de 2017 (folios 3.591 a 3.595), 9 de mayo de 2017 (folios 3.596 a 3.604), 19 de mayo de 2017 (folios 3.605 a 3.607), 20 de junio de 2017 (folios 3.608 a 3.613), 4 de julio de 2017 (folios 3.614 a 3.619), 18 de julio de 2017 (folios 3.620 a 3.622), 25 de julio de 2017 (folios 3.623 a 3.629), 26 de septiembre de 2017 (por delegación, folios 3.630 a 3.635), 10 de octubre de 2017 (folios 3.636 a 3.649), 7 de noviembre de 2017 (folios 3.650 a 3.653), 21 de noviembre de 2017 (por delegación, folios 3.654 a 3.657), 28 de noviembre de 2017 (folios 3.658 a 3.659), 5 de diciembre de 2017 (folios 3.660 a 3.664), 11 de enero de 2018 (folios 3.665 a 3.668), 20 de marzo de 2018 (folios 3.669 a 3.676), 17 de abril de 2018 (por delegación, folios 3.677 a 3.686), 20 de abril de 2018 (folios 3.687 a 3.690), 11 de mayo de 2018 (folios 3.691 a 3.693) y 5 de junio de 2018 (folios 3.699 a 3.701).

b.3 Sobre las alegaciones que consideran a varios expedientados representantes de un socio protector, negándoles la condición de consejeros y equiparándolos a los representantes personas físicas

Se desestiman.

Ya se explicó en el Pliego de cargos, al que nos remitimos en este punto, que la posición jurídica de los representantes personas físicas está claramente diferenciada de la de los consejeros (folios 4.921 a 4.923).

En efecto, los segundos tienen mercantilmente, como se recoge en el Registro Mercantil, la condición de administradores y han sido nombrados como tales siguiendo los procedimientos societarios correspondientes, mientras que los primeros son, como también se recoge en el Registro Mercantil, representantes personas físicas de personas jurídicas administradoras, nombrados, por lo tanto, por éstas para poder representarlas en el Consejo de Administración de la Entidad. Además, dado que una persona jurídica no es, en última instancia, sino una ficción jurídica a través de la que se atribuye personalidad jurídica a una organización de intereses colectivos, si dicha persona jurídica ostenta el cargo de consejera sólo puede comparecer e intervenir en el Consejo de Administración a través de una persona física, que es el representante persona física. De esta forma, en los casos en que se nombra a un representante persona física no hay dualidad de personalidades con la persona jurídica consejera que lo ha designado, ni, en consecuencia, tampoco de votos, siendo así que, como revelan las actas aportadas al expediente (folios 1.767 y ss.), el voto emitido en el Consejo por el representante persona física es un solo voto y que éste se considera formulado por la persona jurídica consejera, que es quien ostenta formalmente la condición de administrador.

A este respecto, no puede prosperar el argumento de algunos expedientados según el cual antes del año 2010 no era completamente pacífico que sólo pudiese haber un único representante persona física y que ellos creían actuar en esa condición. Así, la supuesta polémica acerca de si antes del año 2010 se permitía más de un representante persona física, o no, es irrelevante por varias razones. La principal es que los hechos aquí relevantes ocurrieron a partir del 1 de enero de 2013, momento en el que es pacífico que sólo era posible la existencia de un único representante persona física, como se indica en el Pliego de cargos. Pero es que, además, tampoco es discutido que, con independencia de que haya uno o varios representantes personas físicas, lo que nunca podrá haber es más de un voto (el del consejero representado), mientras que, en el caso de los consejeros, cada consejero tiene un voto, lo que explica por qué los expedientados (consejeros) emitieron su propio voto adicional al del consejero al que dicen representar.

Tampoco puede apreciarse que la situación de los expedientados (consejeros designados por socios protectores de la Entidad) dé lugar a una suerte de *tertium genus* a efectos sancionadores en virtud del cual se debería equiparar su situación a la de los

representantes personas físicas. Las categorías mercantiles son aquí plenamente compatibles con el Derecho Administrativo sancionador y no es preciso –ni, por otro lado, hay habilitación alguna para hacerlo– crear nuevas categorías. Los expedientados fueron nombrados por Avalmadrid como consejeros e inscritos como tales en el Registro Mercantil, ejercieron las responsabilidades propias del cargo actuando como consejeros, votaron como consejeros en las reuniones del Consejo de Administración (de forma separada y adicional al consejero al que dicen representar) y fueron, en su caso, cesados como consejeros en Avalmadrid, por lo que no cabe ninguna duda de que eran consejeros de una entidad supervisada y llevaban, por tanto, aparejada la sujeción al régimen administrativo sancionador pertinente.

Por último, debe señalarse que tampoco obsta a la consideración de los expedientados como consejeros el hecho de que: (i) el cargo fuese gratuito, puesto que tal circunstancia no exime del cumplimiento de los deberes y responsabilidades inherentes a tal función (de hecho, en principio el cargo de administrador es gratuito, como señala el artículo 217.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, “LSC”); o que (ii) las sociedades de garantía recíproca tengan peculiaridades como la existencia de socios protectores, puesto que la representación de los mismos en el Consejo de Administración designando consejeros no difiere significativamente del sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 de la LSC, ni, en todo caso, impide que los designados como consejeros sean propiamente considerados como tales, con independencia de que su designación haya sido a propuesta de un socio protector.

A lo anterior debe añadirse, en fin, que los expedientados eran perfectamente conscientes de que estaban desempeñando funciones como auténticos consejeros y no como representantes personas físicas, como demuestra el hecho de que uno de ellos (el Sr. Lázaro Montero de Espinosa), en el turno de ruegos y preguntas de la reunión del Consejo de Administración celebrada el 20 de febrero de 2014 (folios 1.824 y 1.825) preguntase “si existe una cobertura de las responsabilidades de los miembros del Consejo de Administración”, a lo que se le contesta que “existe un contrato de seguro de responsabilidad civil de consejeros y administradores, del que se remitirá copia a los asistentes”. Además, en la reunión del Consejo de Administración del 26 de junio de 2014 hay un punto del orden del día monográficamente destinado a tratar el seguro de responsabilidad civil de los administradores (folio 1.863), en el que se lee que:

“El Sr. Secretario informa del seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos actualmente vigente, del que se entrega copia a los Sres. Consejeros. Así mismo, informa del vencimiento del mismo en fecha de 31 de julio de 2014, y que se ha procedido a la oportuna denuncia del mismo.

Los Sres. Consejeros consideran que la suma asegurada es insuficiente, al no cubrir los riesgos económicos de la gestión social, por lo que se aprueba por unanimidad solicitar ofertas para su renovación, con una suma asegurada del orden de 30 millones de euros, correspondiendo a la Comisión Ejecutiva la selección y contratación de la entidad aseguradora.”

De lo anterior se sigue, como decimos, que había una total conciencia de en calidad de qué estaban desempeñando sus cargos los expedientados.

5.2 Tipificación realizada en el Pliego de cargos

A la vista de los hechos que le sirven de fundamento, sustancialmente coincidentes con los que han sido declarados probados en la presente Propuesta, el Pliego de cargos señala que tales hechos ponen de manifiesto que Avalmadrid presentaba deficiencias de control interno cuya corrección le había sido previamente requerida por el Banco de España mediante escrito de requerimientos de fecha 6 de noviembre de 2012.

De la información contenida tanto en el Acta y el Informe de inspección (folios 34 y ss. y 3.771 y ss.) como en el Informe, de fecha 4 de junio de 2018, a la Comisión Ejecutiva (folios 17 y ss.), no resulta, continúa diciendo el Pliego, que dichas deficiencias pusiesen en peligro la solvencia o viabilidad de la Entidad, requisito este último, el de la puesta en peligro de la solvencia o estabilidad, que prevé la norma de tipificación para calificar la infracción como “muy grave”, en lugar de “grave”.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la remisión que la Ley 1/1994 (artículo 67) realiza al régimen sancionador de la LDIEC, el Pliego de cargos concluye que los referidos hechos podrían ser constitutivos de la **infracción grave** contemplada en el **artículo 5.r) de la LDIEC**, que tipifica como tal “[p]resentar la entidad de crédito, o el grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca, deficiencias en su estructura organizativa, en sus mecanismos de control interno o en sus procedimientos administrativos y contables, incluidos los relativos a la gestión y control de los riesgos, una vez haya transcurrido el plazo concedido para su subsanación por las autoridades competentes, y siempre que ello no constituya infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo anterior”.

5.3 Resumen y valoración de las alegaciones formuladas por los expedientados en materia de tipificación

La Entidad⁵⁶ y otros varios expedientados⁵⁷ distinguen tres elementos objetivos del tipo y articulan sistemáticamente sus alegaciones sobre la base de esa distinción, alegando en relación con esos tres elementos. Otros expedientados⁵⁸, sin embargo, se centran únicamente en el último de esos elementos (el elemento del plazo de subsanación).

⁵⁶ Vid. folios 6.173 a 6.198.

⁵⁷ Por ejemplo, D. Jorge Morán Santor (folios 6.587 a 6.599), la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.921 a 6.948), D. Juan Luis Fernández-Rubés Lillo (folios 6.981 a 6.984); y, en análogo sentido, D. José María Rotellar (folios 7.953 a 7.960), D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco (folios 7.983 a 7.990) y D. Pedro Irigoyen (folios 8.015, 8.016 y 8.018 a 8.021).

⁵⁸ La Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.836 y 6.837); D. Alfonso Carcasona García (folios 6.893 a 6.895); D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía (folios 7.086 a 7.087); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa

La exposición que sigue se servirá de esa misma sistemática.

5.3.1 Primer elemento del tipo: la presencia de deficiencias en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión y control de riesgos

Respecto de este primer elemento objetivo del tipo, distinguiremos, con los expedientados, entre el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos y el requerimiento relativo al seguimiento del riesgo.

5.3.1.1. En relación con el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos

a) Resumen de las alegaciones

Sostiene Avalmadrid: **(a)** que dicho requerimiento tenía por objeto una obligación de resultado (disminuir la concentración del riesgo) y que eso es lo único relevante a efectos punitivos: si se ha reducido esa concentración o no, reducción que, en opinión de la Entidad, tuvo lugar; **(b)** que en el Pliego de cargos se identifica la contravención de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de Avalmadrid el 18 de diciembre de 2012 con las “deficiencias” a que propiamente se refiere el tipo infractor (únicas relevantes en este procedimiento), lo que supone ir más allá del tenor literal del requerimiento y contravenir la prohibición de la analogía en el ámbito sancionador; máxime cuando, además, la política que se comprometió a aplicar la Entidad era de carácter general –y, por tanto, susceptible de excepciones–; **(c)** que el citado acuerdo del Consejo de Administración de Avalmadrid era ejecutivo, de modo que debería entenderse cumplido el requerimiento ya con dicho acuerdo; **(d)** que no se adoptaron acuerdos contradictorios con el límite máximo a que Avalmadrid se había comprometido respecto del importe de los avales; y **(e)** que no puede admitir que hubiera un compromiso de fijar un límite máximo absoluto de un millón de euros para el importe de los avales sino de reducir la concentración de riesgos, por lo que no considera que hubiese dilación alguna en el cumplimiento del requerimiento.

Por su parte, los expedientados D. José María Rotellar y D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco añaden a los anteriores argumentos: **(a)** que a lo que se comprometió Avalmadrid frente al Banco de España fue a aplicar una cierta política y ello no implica necesariamente haberla definido formalmente; **(b)** que el requerimiento era vago e impreciso, lo que lo hace inhábil para llenar el tipo infractor y para acarrear consecuencias

(folios 7.131 a 7.132); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.200 a 7.202); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.265 a 7.267); Banco Santander, S.A. (folios 7.309 a 7.311); Valoración y Control, S.L. (folios 7.367 a 7.369); Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.427 a 7.429); Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (antes, Mediación y Diagnósticos, S.A.U.) [folios 7.467 a 7.468] y D. Jesús Martín Sanz (folios 7.510 a 7.511).

negativas a su receptor, toda vez que dicho requerimiento no concretaba en qué medida ni en qué manera se debía aplicar la política de disminución de la concentración de riesgos, ni definía la magnitud “concentración en la cartera” ni tampoco indicaba que Avalmadrid tuviera que modificar la Norma General de Riesgos; (c) que la imputación que se hace parte de la hipótesis implícita de que, hasta que la Norma General de Riesgos no establece una limitación al importe de los avales, no puede existir una limitación acordada con dicho contenido, lo que, a juicio de los citados expedientados, es erróneo, porque resulta suficiente para modificar la política de riesgos de una entidad que así lo acuerde su órgano de administración, como así ocurrió con Avalmadrid el 18 de diciembre de 2012; y (d) que, según se indica en una de las actas obrantes en el expediente, IBERAVAL, Sociedad de Garantía Recíproca, carece de limitación cuantitativa al importe máximo de los avales que presta, lo que confirmaría la posibilidad de mantener una política de riesgos que eluda una concentración excesiva sin la medida que el Pliego de cargos considera esencial para ello.

b) Valoración de las alegaciones

Se desestiman.

(i) Clarificación previa

Con carácter previo, es preciso salir al paso del reproche que varios expedientados dirigen al Pliego de cargos según el cual lo que se achacaría a los expedientados sería no tanto la existencia de deficiencias sino la contravención de los compromisos asumidos por la Entidad frente al Banco de España. Esta clarificación resulta útil tanto a los efectos de lo que aquí nos ocupa (el requerimiento relativo a la concentración de riesgos) como a los efectos del relativo al seguimiento, que se tratará en el epígrafe 5.3.1.2 posterior.

Según se ha indicado en el epígrafe 3.1 de la presente Propuesta, el Banco de España formuló un requerimiento en fecha 6 de noviembre de 2012 que fue respondido por la Entidad mediante carta del posterior 19 de diciembre. En el documento remitido por el Banco de España (folios 41 a 44), dirigido al presidente de la Entidad, se relacionaban las deficiencias detectadas y las medidas para su subsanación, terminándose dicha comunicación solicitando a la Entidad que informase “a la Dirección General de Supervisión, Departamento de Inspección I, de los acuerdos adoptados para su cumplimiento y del plazo de ejecución”.

Es decir, que por expresa remisión de dicho documento, para conocer en qué concretas actuaciones debía materializarse la subsanación de las deficiencias detectadas, así como el plazo para acometerlas, es preciso integrar el escrito de requerimientos de fecha 6 de noviembre de 2012 con la respuesta al mismo dada por Avalmadrid mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2012.

En dicha comunicación, Avalmadrid concretó las actuaciones que se iban a llevar a cabo para subsanar las deficiencias detectadas, así como el plazo para llevarlas a cabo, comunicación a la que el Banco de España se aquietó, dando así por buenas esas actuaciones y plazos para subsanar las deficiencias que habían sido puestas en conocimiento de la Entidad. Por ello, cuando se reprocha a los expedientados no haber cumplido con las actuaciones a que se habían comprometido en el escrito de la Entidad de 19 de diciembre de 2012 lo que se les está reprochando es precisamente no haber subsanado, como se les había requerido, las deficiencias que les habían sido puestas de manifiesto por el Banco de España.

De lo anterior se sigue que lo que se está imputando a los expedientados es la existencia de deficiencias cuya subsanación fue previamente requerida, y no el incumplimiento de su deber de lealtad con el supervisor o de un compromiso descontextualizado que nada tenga que ver con el requerimiento efectuado.

(ii) Valoración de las alegaciones sobre la política de disminución de la concentración de riesgos.

Según se ha señalado en el epígrafe 3.2 de la presente Propuesta, el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos **no era exclusivamente un requerimiento de resultado, sino también de medios**. Así, según reconoce la propia Entidad en su escrito de alegaciones al Pliego de cargos (folio 6.197), *“la lectura de los requerimientos de subsanación es expresiva, a estas alturas de la exposición, de que la obligación de la entidad era la de aplicar en lo sucesivo una política de reducción para el primer requerimiento”*. Por lo ya dicho, no puede, en consecuencia, darse por cumplido el requerimiento con la mera constatación de que se haya reducido la concentración del riesgo, reducción que, además, y según se ha visto, tiene lugar de forma constante e ininterrumpida sólo a partir de la modificación por parte de la Entidad de su Norma General de Riesgos para incorporar a dicha Norma el límite máximo a los importes de los avales que Avalmadrid había indicado al Banco de España en su escrito de fecha 19 de diciembre de 2012.

A este respecto, **tampoco pueden estimarse** las alegaciones de los expedientados **según las cuales** el Banco de España **no requirió la modificación de la normativa interna de la Entidad sino simplemente la implantación de una política de reducción de riesgos**. Según se ha dicho, es preciso integrar el escrito de requerimientos remitido por el Banco de España el 6 de noviembre de 2012 con la respuesta dada por la Entidad el siguiente 19 de diciembre (*vid.* epígrafe 3.1.1 de la presente Propuesta), señalándose en dicha respuesta el 1 de enero de 2013 como la fecha de implementación de una medida concreta, consistente en incorporar a la Norma General de Riesgos de la Entidad -que recoge la política de riesgos de ésta- el acuerdo del Consejo de Administración de Avalmadrid de 18 de diciembre de 2012 por el que se limitaba el importe máximo por

operación a las cantidades máximas de reaval estatal y autonómico existente en cada momento (desde 2013, un millón de euros).

El tenor literal de ese escrito de 19 de diciembre de 2012 permite, a su vez, **descartar otro de los argumentos** aducidos por los expedientados; a saber: que el referido requerimiento se debería dar por cumplido ya con el mencionado **acuerdo** del Consejo de Administración de Avalmadrid de 18 de diciembre de 2012, que, según dicen los expedientados, **tenía carácter ejecutivo y hacía innecesaria cualquier otra medida**. Y es que, si eso fuera así, y el requerimiento hubiese estado ya cumplido con el acuerdo de 18 de diciembre de 2012, no se entiende por qué, en su referido escrito de 19 de diciembre, la Entidad no dijo que el requerimiento se encontraba ya cumplido⁵⁹, ni qué se comprometía Avalmadrid a tener implementado el 1 de enero de 2013.

A lo anterior debe añadirse, saliendo al paso de las alegaciones en contrario formuladas por los expedientados, que desde el 1 de enero de 2013 hasta el 29 de julio de 2014 la Entidad **sí adoptó acuerdos contradictorios con el requerimiento efectuado** – integrado, de acuerdo con lo antes razonado, con aquello a que la Entidad se comprometió en su respuesta de 19 de diciembre de 2012–:

- Para empezar, porque en ninguna de las sesiones del Consejo de Administración de Avalmadrid que tuvieron lugar durante el citado periodo se acordó modificar la Norma General de Riesgos de la Entidad en el sentido antes expuesto. En particular, en la reunión del Consejo de Administración de 12 de febrero de 2013 se decidió posponer la actualización del manual de política de riesgos y del manual de seguimiento de riesgos. Dice la Entidad que esa posposición “*tenía sentido operativo, al estar pendiente y ser inminente en el tiempo la aprobación del Plan Estratégico*”, que se llevó a cabo el 28 de mayo de 2013. Dejando ahora al margen que tampoco en esta otra fecha se llevó a cabo la modificación requerida, lo cierto es que la Entidad debió haber implementado la modificación en su política interna el 1 de enero de 2013, y que si, como ahora afirma, tenía sentido operativo hacerlo en un momento posterior, debió haber informado al Banco de España de ello, bien cuando tuvo la facultad de fijar la fecha de cumplimiento del requerimiento, bien tan pronto como supo de esa supuesta conveniencia operativa.
- De forma similar, tampoco puede considerarse alineado con el cumplimiento del requerimiento que el Consejo de Administración de la Entidad fijase un límite máximo de operaciones un 75% superior al límite de reafianzamiento, que, además, podía superarse para operaciones en vigor, o que dicho Consejo admitiese la posibilidad de permitir refinanciaciones o novaciones superiores a los dos millones de euros para esas operaciones. Y ello porque, por más que la política de no conceder riesgos por

⁵⁹ Como, sin embargo, ha hecho, por ejemplo, en su escrito de contestación a los requerimientos de fecha 27 de julio de 2018 (folios 785 a 909), en que responde a varios de los requerimientos efectuados manifestando que, en su opinión, alguno de ellos se encuentra “*cumplido*” o en situación de “*desarrollo inmediato*”.

encima del límite máximo de reafianzamiento tuviese carácter general, y admitiese, por ello, excepciones, una política de riesgos que contempla un límite máximo un 75% superior al límite de reafianzamiento y que incluso permite superar el límite máximo general cuando se trate de operaciones en vigor no es el marco normativo interno – exigido por el requerimiento– idóneo para asegurar en todo caso la efectiva reducción de la concentración del riesgo ni es, desde luego, lo que se le comunicó por parte de la Entidad al Banco de España.

Debe **negarse también que el requerimiento fuese vago e impreciso**, como denuncian algunos de los expedientados. Según se ha visto (epígrafe 3.1 de la presente Propuesta), el escrito de requerimientos remitido por el Banco de España en fecha 6 de noviembre de 2012 (folios 41 a 44) identifica las deficiencias y requiere a la Entidad su subsanación, proponiendo una serie de medidas y remitiendo a la respuesta de la Entidad para la determinación de las concretas actuaciones en que debía materializarse dicha subsanación, así como el plazo para acometerlas. De ese modo, el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012, integrado con la respuesta de la Entidad del siguiente 19 de diciembre, permite conocer con precisión las actuaciones de subsanación que debían llevarse a cabo, entre las que indudablemente estaba la incorporación a la Norma General de Riesgos del límite máximo por operación financiera, como revela la mera lectura de ambos escritos.

Por las razones ya explicadas anteriormente, deben también rechazarse las alegaciones de los expedientados relativas a la supuesta innecesariedad de incorporar la limitación del importe de los avales en la Norma General de Riesgos de la Entidad. En particular, se ha señalado ya anteriormente que el requerimiento exigía la modificación de la Norma General de Riesgos y que, además y en cualquier caso, la disminución de la concentración del riesgo ocurrió de forma constante e ininterrumpida a partir del segundo semestre de 2014, coincidiendo precisamente con la modificación de la Norma General de Riesgos.

E **igual suerte desestimatoria** deben correr las alegaciones que pretenden una **comparación con la política de concentración de riesgos de la sociedad de garantía recíproca IBERAVAL**, toda vez que lo que se analiza en el presente expediente es si Avalmadrid cumplió los dos concretos requerimientos que le fueron dirigidos en noviembre de 2012, para lo que resultan intrascendentes las políticas de riesgos que puedan tener otras sociedades de garantía recíproca, según se indicó ya en la providencia de prueba, de fecha 10 de mayo de 2019 (folios 8.805 a 8.808).

Finalmente, por lo que respecta al hecho de que la Entidad haya podido **adoptar medidas adicionales a las requeridas**, eso es algo que será valorado oportunamente al tratar de la determinación de la sanción (epígrafe 7 de la presente Propuesta), sin que tal circunstancia desvirtúe la constatación de la efectiva existencia de las deficiencias puestas de manifiesto por la Inspección.

5.3.1.2 En relación con el requerimiento relativo al seguimiento del riesgo

a) Resumen de las alegaciones

Alega Avalmadrid: **(i)** que lo único relevante a efectos punitivos es si se adoptaron, o no, las medidas requeridas, y dichas medidas se adoptaron, según admite el propio Pliego de cargos, no pudiendo identificarse, so pena de vulnerar la prohibición de analogía, la no adopción de tales medidas con la detección de algunos fallos concretos en la efectiva aplicación de las mismas; **(ii)** que, al decirse en el acuerdo de incoación y en el Pliego de cargos que este requerimiento no está plenamente atendido se está reconociendo que al menos se ha cumplido parcialmente, por lo que, en todo caso, la entidad del incumplimiento sería menor; **(iii)** que el ámbito sancionador rige el principio de mínima intervención, que aconseja evitar el castigo de conductas que pueden ser objeto de medidas menos invasivas; **(iv)** que puede discutirse que en la ejecución del proceso de seguimiento del riesgo haya habido fallos, pero resulta incuestionable el esfuerzo de la Entidad en dar cumplimiento al requerimiento y, además, en controlar que se cumple; **(v)** que existen discrepancias internas en el Banco de España a la hora de calificar las deficiencias detectadas en esta materia como incumplimiento, ya que el Acta y el Informe de Inspección no las califican así, pero el Informe a la Comisión Ejecutiva sí; **(vi)** que los defectos en la aplicación de los manuales de seguimiento del riesgo no pueden ser objeto de sanción, porque bastaría que existiera un mínimo fallo para justificar la imposición de una sanción; **(vii)** que el número de operaciones afectadas por las deficiencias relativas al seguimiento del riesgo debe verse significativamente reducido, según lo ya explicado en el anterior epígrafe 3.2.2 de la presente Propuesta; y **(viii)** que varias de las deficiencias imputadas son ajenas al requerimiento⁶⁰.

Por su parte, el expedientado D. Pedro Irigoyen alega: **(i)** que hay una desvinculación entre la conducta imputada y el tipo infractor, porque, mientras que la imputación del Pliego de cargos se refiere a la aplicación práctica de mecanismos y procedimientos, la conducta típica se refiere a deficiencias en el diseño de dichos mecanismos y procedimientos; **(ii)** que, al no haber una normativa que defina un contenido obligatorio para los informes de seguimiento del riesgo, no cualquier omisión, sino sólo la omisión de un contenido esencial para que tales informes puedan cumplir su función, podría servir de base para la imputación de una infracción, pero tal omisión no ha tenido lugar en el presente caso; **(iii)** que no basta con que se hayan detectado fallos, sino que éstos deben ser de suficiente entidad cuantitativa como para el que mecanismo o procedimiento pueda considerarse deficiente, pero en el presente caso no se ha probado el carácter significativo de las deficiencias (ni siquiera se indica el porcentaje que las operaciones afectadas por las deficiencias representan sobre el total de operaciones); y **(iv)** que la imputación objeto del

⁶⁰ En este sentido, se refiere la Entidad a las deficiencias relativas a: (i) la periodicidad (el requerimiento se refería a los riesgos en vigilancia especial, y no a todos los riesgos); (ii) el rating interno deficiente; (iii) la actualización de las partidas contables sin análisis; (iii) la revisión de alertas externas; (iv) la ausencia de decisiones y conclusiones claras; y (v) la clasificación crediticia.

presente expediente no puede fundarse en el Informe de Inspección, toda vez que en éste se dice (folio 3.779) que la Inspección no revisó específicamente el cumplimiento por parte de la Entidad de las políticas, la organización y sus procedimientos establecidos en materia de riesgo de crédito.

b) Valoración de las alegaciones

Se desestiman, por las razones que a continuación se exponen.

1 Es preciso comenzar subrayando que, contrariamente a lo que alegan los expedientados, los fallos y deficiencias en la aplicación de la política de mejora del seguimiento del riesgo sí son susceptibles de ser sancionados, pues, de otra manera, el requerimiento habría quedado en algo puramente formal y vacío de contenido. Cuando se formula un requerimiento –como el aquí analizado– para mejorar los procesos de seguimiento del riesgo no se está buscando exclusivamente que la Entidad adopte formalmente una determinada política interna, sino, además, que dicha política sea objeto de una aplicación real efectiva, pues lo contrario sería burlar la capital importancia que el seguimiento del riesgo tiene como herramienta fundamental y esencial para la gestión sana y prudente de las entidades.

2 Además, y en contra de lo que dan a entender los expedientados, el tipo infractor no requiere en absoluto que las deficiencias detectadas sean reiteradas, recurrentes o que representen un determinado porcentaje respecto del total de operaciones que realiza la Entidad. Ello es completamente lógico si se tiene en cuenta que el desvalor de la conducta típica aquí considerada reside principalmente en no haber subsanado deficiencias que habían sido previamente advertidas por el supervisor, no en que esas deficiencias sean, además, generalizadas o particularmente significativas respecto del total de operaciones, lo que, en su caso, podría suponer un elemento de agravación de la conducta. En consecuencia, el tipo infractor que resulta aquí de aplicación no exige que las deficiencias detectadas sean significativas o que tengan carácter recurrente.

Sin perjuicio de ello, y según se ha explicado también anteriormente (epígrafe 3.2.2 de la presente Propuesta), el número de operaciones afectadas por deficiencias concernientes al requerimiento del seguimiento del riesgo ha quedado significativamente reducido (37 operaciones), lo que será objeto de consideración a la hora de la determinación de la sanción, al igual que el esfuerzo de la Entidad en la subsanación de las deficiencias (epígrafe 7 de esta Propuesta).

3 Debe, asimismo, rechazarse la invocación que hace la Entidad del principio de mínima intervención, aduciendo la supuestamente escasa relevancia de las deficiencias y el hecho de que se ha remitido un nuevo requerimiento para la subsanación de las mismas (folio 706).

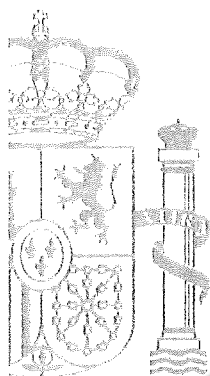
Al respecto, procede poner de relieve que, como señala la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 13 de febrero de 2008 [RJ 2008\2973]), dicho principio está dirigido al legislador, y no a quien aplica la norma, que tiene que ceñirse al principio de legalidad.

Pero es que, además, en todo caso y al margen de lo anterior, ni puede considerarse que la relevancia del incumplimiento sea escasa (de hecho, la infracción está legalmente calificada como “grave” y el tipo infractor conlleva haber desobedecido un previo requerimiento del supervisor), ni el hecho de que se hayan requerido nuevamente de subsanación las deficiencias encontradas obsta a que se inicie un procedimiento sancionador por la conducta típica que se ha cometido. No se trata de actuaciones contradictorias, solapadas o redundantes, como pretenden los expedientados, sino complementarias: una dirigida a reprimir la conducta típica ya realizada y otra dirigida a su subsanación y a evitar su mantenimiento en el futuro.

4 Debe también rechazarse la alegación de los expedientados relativa a la supuesta existencia de discrepancias internas en el Banco de España acerca de la calificación de las deficiencias como incumplimientos. En este sentido, procede señalar que la calificación jurídica de la conducta a efectos del presente expediente corresponde a esta Instrucción y, ya en fase de resolución, al órgano competente para resolver, que es el Consejo de Gobierno del Banco de España. A la Inspección no le corresponde, ni tiene por función, calificar jurídicamente los hechos, razón por la que la diferente terminología que a este respecto pudiera emplearse en el Acta de inspección, en el Informe de inspección o en el Informe a la Comisión Ejecutiva no resulta relevante ni debe ser objeto de consideración a efectos del procedimiento sancionador, procedimiento que simplemente toma de dichos documentos de la Inspección los hechos y la prueba acreditativa que se deduce de éstos. A ello se añade que, en todo caso, según lo explicado en detalle en el epígrafe 5.1.1 de la presente Propuesta, la Circular Interna 7/2011 no resulta invocable por los expedientados, toda vez que no contiene una regulación con efectos *ad extra* sino directrices de alcance puramente interno, máxime considerando que se refiere a cuestiones técnicas que nada tienen que ver con lo aquí alegado.

5 Alegan también los expedientados que algunas de las deficiencias señaladas en el Pliego de cargos no guardan correlación con las identificadas en el requerimiento sobre seguimiento del riesgo.

Con carácter previo, es preciso subrayar que la lógica conexión que, atendiendo al tipo infractor, debe existir entre las deficiencias en su día requeridas de subsanación y las constatadas posteriormente, no debe confundirse con una concordancia literal absoluta entre unas y otras. Es preciso atender a la naturaleza de la deficiencia detectada para comprobar si la misma persiste, con independencia de que la concreta manifestación de



dicha deficiencia pueda guardar alguna diferencia no esencial con la originariamente detectada.

5.1 Dicho esto, procede comenzar señalando, respecto de las deficiencias relativas a los informes que se elevan al Comité de Seguimiento y Morosidad, que la Entidad viene a sostener que, en realidad, no son objeto de incumplimiento, por referirse el requerimiento a procedimientos de seguimiento y registro de riesgo, pero no a otros informes emitidos en la fase de “recuperación” del riesgo.

Pues bien, debe aclararse que las mencionadas deficiencias sí entran dentro del ámbito del incumplimiento imputado. Así, para empezar, se trata de una cuestión estrechamente relacionada con el seguimiento, como por otra parte demuestra el hecho de que en el requerimiento (folio 43) se identificaban deficiencias en los informes de seguimiento que el Departamento de Seguimiento y Recuperaciones presenta mensualmente al Comité de Seguimiento y Morosidad, y en la inspección realizada se detectó también que esos informes presentan deficiencias (folio 4.916). En todo caso y al margen de lo anterior, hay, sin duda, correspondencia entre las deficiencias señaladas en el requerimiento y las ahora detectadas por la inspección, de modo que dichas deficiencias sí son relevantes a los efectos del tipo infractor aquí de aplicación.

5.2 Por lo que respecta a las deficiencias relativas a la periodicidad del seguimiento, los expedientados alegan que el requerimiento se refería sólo a riesgos en seguimiento especial, y no a todo tipo de riesgos. Ahora bien, no se cuestiona, por tanto, que, al margen de que se den también respecto de otro tipo de riesgos, tales deficiencias ahora constatadas afectan al seguimiento de los riesgos en seguimiento especial, a los que no hay duda que se refería el requerimiento. En todo caso, y en relación con lo antes dicho, la relevancia material de las deficiencias detectadas (a saber: no cumplir con la periodicidad a la hora de efectuar el seguimiento) es la misma con independencia del tipo de riesgo que se analice. A lo que debe añadirse que la propia Avalmadrid aporta información y documentación que revela que esas concretas deficiencias relativas a la periodicidad del seguimiento se mantuvieron en el tiempo (por ejemplo, folios 810, 811, 6.527 y 6.530).

5.3 En lo que se refiere a las deficiencias en los informes de seguimiento, los expedientados denuncian que se incluyen deficiencias que no fueron objeto del requerimiento del año 2012, tales como las relativas a ratings internos deficientes, actualización de las partidas contables sin análisis, revisión de alertas externas, y ausencia de decisiones y conclusiones claras. A este respecto, el requerimiento de 2012 decía (folio 43) que los informes de seguimiento presentaban, entre otras carencias, la de que “no recogen todos los aspectos relevantes para concluir sobre la capacidad de pago del socio, tales como comparación entre los flujos de caja generados y previstos con los pagos por el servicio de su deuda bancaria total; y en sus conclusiones no especifican los aspectos a vigilar”. No se aprecia, pues, por esta Instrucción esa divergencia o falta de

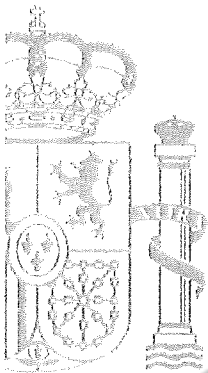
correspondencia apuntada por los expedientados, toda vez que esas deficiencias a que éstos se refieren, relativas a la capacidad de pago del socio, resultan reconducibles a las expresamente incluidas en el tenor literal del requerimiento, que, además, habla en términos ejemplificativos, a lo que se añade que la propia Avalmadrid tiene dicho, en relación con estas deficiencias (folios 811 y 812), que *“este aspecto está relacionado con la calidad de los informes de seguimiento que se mencionaba en el Escrito de 2012”*.

5.4 En lo que respecta a las deficiencias en materia de clasificación crediticia, los expedientados afirman que se incluye una cuestión ajena al requerimiento: la reclasificación a instancias del auditor externo. Teniendo en cuenta que la deficiencia imputada es que *“en ocasiones la clasificación crediticia se realiza con mucho retraso y en algún caso a instancias de la auditoría externa”*, la alegación no tiene relevancia a efectos de tipificación, por cuanto la mención a que la clasificación se realiza a instancias del auditor es un elemento accesorio y no integra el núcleo esencial de la deficiencia (el retraso en la clasificación crediticia), cuya correspondencia con el objeto del requerimiento de 2012 no se cuestiona. En todo caso, se trata de una circunstancia que sólo concurriría en uno de los acreditados (Asociación de Empresarios del Henares, folio 4.891), que, de acuerdo con lo dicho por la Inspección en su Informe de fecha 24 de mayo de 2019 (folios 8.951 a 8.955), ya no figura entre las operaciones afectadas por dicha deficiencia, por lo que la alegación deviene irrelevante.

6 De igual modo deben rechazarse las alegaciones relativas a que la única conducta tipificada se refiere a deficiencias en el propio diseño de los correspondientes mecanismos y procedimientos de control del riesgo, y que por ello no tiene relevancia sancionadora la aplicación práctica de dichos mecanismos y procedimientos.

Frente a ello, cabe señalar que el tipo infractor no se refiere a deficiencias en el diseño de los mecanismos y procedimientos, ni en modo alguno excluye de su ámbito la aplicación práctica de esos mecanismos y procedimientos. A lo que literalmente se refiere el tipo infractor es a *“deficiencias en su estructura organizativa, en sus mecanismos de control interno o en sus procedimientos administrativos y contables, incluidos los relativos a la gestión y control de los riesgos”*. Según lo argumentado antes, dichas deficiencias incluyen la falta de cumplimiento, implementación o aplicación práctica efectiva de tales mecanismos y procedimientos.

7 Tampoco puede prosperar la alegación relativa a que, en ausencia de una norma que fije el contenido de los informes de seguimiento, no es posible sostener que éstos puedan tener omisiones jurídicamente relevantes. Y es que si, como está acreditado en el expediente (folios 12, 22, 43, 3.785, 3.786, 3.844, 3.851, 3.866 a 3.868, 3.896, 3.903, 4.890, 4.892 y 4.893), los informes de seguimiento omiten el análisis de las partidas contables más importantes y no recogen aspectos relevantes para concluir sobre la capacidad de pago del avalado, no consignando decisiones y conclusiones claras, resulta evidente que dichos informes son deficientes, pues están omitiendo informaciones y



análisis que resultan esenciales para un correcto seguimiento del riesgo, por no mencionar que hay casos en los que incluso no consta la formulación de informe de seguimiento alguno⁶¹.

Esta Instrucción entiende, en línea con la Inspección, que la realización tempestiva de informes de seguimiento completos y exhaustivos es una herramienta fundamental para la correcta evaluación del riesgo, siendo la ausencia de tales informes una deficiencia clara en los mecanismos de control del riesgo de la Entidad.

8 Por último, tampoco puede acogerse la alegación relativa a que el Informe de Inspección realizase un mero análisis provisional y no centrado en las políticas, organización y procedimientos en materia de riesgo de crédito. Por la Inspección se han detectado deficiencias en los mecanismos de control interno relativos al control de riesgos, que es precisamente la deficiencia que exige el tipo infractor. Y esas deficiencias están debidamente identificadas y documentadas en el expediente, por lo que la alegación no resulta atendible. En todo caso, el Informe de Inspección dice (folios 3.779 y 3.780) que “el enfoque de la revisión se ha centrado en valorar la calidad del análisis del riesgo en la concesión y en el seguimiento”.

5.3.2 Resto de los elementos del tipo: que las deficiencias hayan sido objeto de un requerimiento de subsanación y establecimiento de un plazo.

a) Resumen de las alegaciones

Sostienen los expedientados que las deficiencias por sí solas no son suficientes para que concurra la infracción imputada, pues el tipo infractor invocado en el Pliego de cargos exige que un previo requerimiento haya exigido la subsanación de esas mismas deficiencias. Y, en este sentido, los expedientados alegan: (a) respecto del primer requerimiento, que lo que éste requería de la Entidad era que aplicase en lo sucesivo una política de disminución de la concentración de riesgos, habiendo mejorado notablemente la situación en este aspecto con posterioridad al citado requerimiento; y (b) respecto del segundo requerimiento, que en el presente expediente se imputan deficiencias que no fueron objeto del requerimiento que en su día se dirigió a la Entidad en materia de seguimiento del riesgo.

Asimismo, alegan que el tipo infractor invocado en el Pliego de cargos exige que haya transcurrido el plazo de subsanación concedido en el requerimiento sin que tal subsanación haya tenido lugar; sin embargo, en el presente caso los requerimientos no contenían ningún plazo su cumplimiento, de modo que no puede existir infracción.

⁶¹ Así ocurre en el caso del avalado Gestora Comercial Internacional, S.L.U. (folios 3.957 y 8.955).

b) Valoración de las alegaciones

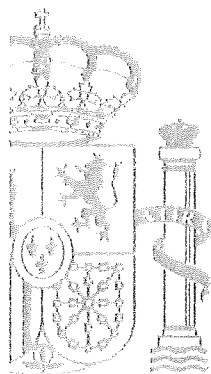
Se desestiman.

En relación con **la existencia de un requerimiento previo de subsanación respecto de esas concretas deficiencias**, y por lo que se refiere al requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos, los expedientados no niegan que existiese un previo requerimiento, limitándose a subrayar que la situación posterior al requerimiento mejoró notablemente, cuestión esta que, sin perjuicio de ser objeto de valoración al tratar de la determinación de la sanción (epígrafe 7), resulta ajena al elemento del tipo infractor del que aquí se trata. Por otra parte, en cuanto al requerimiento relativo al seguimiento del riesgo, se alega que debe reducirse el número de operaciones afectadas y que las deficiencias ahora imputadas no tienen relación causal con el requerimiento de subsanación, alegaciones que han sido ya analizadas y desestimadas con anterioridad.

En relación con el plazo para la subsanación como tercer elemento del tipo, los expedientados parten de la premisa de que no existía un plazo para subsanar las deficiencias identificadas en el requerimiento, premisa que es errónea, según ha quedado detalladamente explicado con anterioridad en el presente epígrafe 5.3. Según lo allí razonado, el 1 de enero de 2013 debieron haber quedado subsanadas las deficiencias objeto del escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012.

5.4 Conclusiones

Se mantiene la tipificación realizada en el Pliego de cargos, siendo desestimadas las alegaciones de carácter jurídico formuladas por los expedientados, tanto las de carácter general (*vid.* epígrafe 5.1) como las específicas en materia de tipificación (*vid.* epígrafe 5.3), **con las únicas excepciones de (i) la alegación formulada por el expedientado Sr. Beltrán** acerca de la **prescripción**, respecto de él, **de la infracción imputada**, alegación que es estimada, lo que determina, **respecto del Sr. Beltrán el sobreseimiento y archivo del presente expediente**; y **(ii) la alegación formulada por la expedientada Accionariado y Gestión, S.L. sobre la falta de legitimación pasiva** para ser parte en el presente expediente, que ha resultado igualmente estimada y que determina el **sobreseimiento y archivo del presente expediente respecto de la misma**.



6 Responsabilidad de los expedientados

Habiéndose tipificado el incumplimiento señalado en los fundamentos jurídicos de esta Propuesta de resolución como constitutivo de **una infracción grave**, procede determinar la responsabilidad de la Entidad (**epígrafe 6.1**) y de sus consejeros (**epígrafe 6.2**), para lo que se tendrá en cuenta la normativa específicamente aplicable (*vid.* epígrafe 2 de la presente Propuesta), así como los principios de la potestad sancionadora vigentes en el momento de producirse los hechos objeto del presente expediente, esto es, los principios recogidos en los artículos 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (“Ley 30/1992”), y, en especial, por lo que se refiere a las cuestiones atinentes a la responsabilidad de los expedientados, en el artículo 130 de dicha Ley (principios que, en todo caso, se recogen también en la Ley 40/2015).

6.1 Sobre la responsabilidad de la Entidad

6.1.1 Consideraciones generales sobre la responsabilidad de las entidades financieras

Como se desprende de dichos preceptos, y, en particular, del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 –en el mismo sentido, el actual artículo 28.1 de la Ley 40/2015–, la atribución de responsabilidad, tanto a personas físicas como a personas jurídicas, se produce bien a título de dolo, en el que lo que prima es la voluntad infractora de obtener un objetivo predeterminado, bien a título de negligencia, entendida como el incumplimiento de la diligencia exigible a la entidad. Resulta, pues, incontrovertida la vigencia en nuestro Derecho del principio de culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad, en general, y de la responsabilidad de las personas jurídicas, en particular.

Aclarado lo anterior, debe señalarse que la configuración de las entidades financieras como centros de imputación jurídica de una actividad disciplinada hace que las infracciones de dicha normativa les sean igualmente imputables. Teniendo reconocida capacidad jurídica general para todos los efectos del tráfico jurídico, también la tienen para la comisión de infracciones administrativas y para responder de ellas. De ahí que la responsabilidad institucional de las entidades financieras resulte justificada en la medida en que la obtención de la autorización para operar como tales implica la correlativa asunción de la obligación de cumplir con las normas que regulan este sector, por cuyas infracciones deben responder. Así pues, las entidades financieras son responsables en el ámbito administrativo de aquellos hechos y conductas que conculquen la normativa de ordenación y disciplina. Así resulta del artículo 1 de la LDIEC –norma a la que se remite el artículo 67 de la Ley 1/1994– (en términos análogos, el artículo 89.1 de la Ley 10/2014) que establece que: “[l]as entidades de crédito (...) que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente Título”.

6.1.2 Sobre la concreta responsabilidad de la Entidad expedientada. Análisis y valoración de sus alegaciones

a. Resumen de las alegaciones

La Entidad alega (folios 6.203 a 6.205) que no ha habido en su conducta dolo ni culpa, y que ha actuado con el convencimiento de la inexistencia de incumplimientos, convencimiento que fundamenta en que: **(i)** el Consejo de Administración de Avalmadrid acordó el 18 de diciembre de 2012 fijar un límite general para la concentración de riesgos; **(ii)** el 12 de febrero de 2013 el Consejo de Administración de Avalmadrid aprobó el cambio de las normas internas en materia de seguimiento de riesgos; **(iii)** en el Plan Estratégico de KPMG se daba por modificada la Norma General de Riesgos según las recomendaciones del Banco de España; **(iv)** el Banco de España aceptó eliminar en el Acta de inspección la mención “no atendido” respecto del primer requerimiento; y **(v)** en los Consejos de Administración y Comisiones Ejecutivas de la Entidad se informaba de la reducción de la concentración del riesgo, además de que, desde enero de 2013, se informaba periódicamente del seguimiento que se hacía a los socios calificados como dudosos por razones ajenas a la morosidad.

b. Valoración de las alegaciones

A la vista de las referidas alegaciones de la Entidad, y según lo dicho en el epígrafe 6.1.1 anterior, el análisis debe centrarse en si hubo dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Entidad, y en si, por tanto, ésta debe ser considerada responsable. El citado análisis se realiza a continuación, adelantando ya desde este momento que **no se aprecia la existencia de dolo, pero sí de negligencia, en la conducta de la expedientada** descrita detalladamente en el relato fáctico que se contiene en la presente Propuesta (vid. epígrafe 3).

b.1 Para valorar las referidas alegaciones, debe partirse de la doctrina sentada, en relación con el principio de responsabilidad de las personas jurídicas que consagra el artículo 130 de la Ley 30/1992 (coincidente con el artículo 28 de la Ley 40/2015), tanto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 246/1991, de 19 de diciembre (RTC 1991\246), como por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992\3655). Así, dichas Sentencias, refiriéndose específicamente a la capacidad infractora de las entidades financieras, señalan de manera clara que el Derecho Administrativo admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. En este sentido, la primera de las Sentencias citadas dice que:

“Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las

personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. 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 y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.

Es decir, mientras que para determinar la imputabilidad de las personas físicas, en cuanto dotadas de voluntad, se acude a los criterios de culpa o dolo, en el caso de las personas jurídicas, privadas del elemento volitivo por su propia naturaleza ficticia, pero, sin embargo, con capacidad infractora, es necesario analizar si merecen el reproche sancionador por haberse apartado de normas que les son de general aplicación por la actividad que desarrollan. De manera que las entidades que operan en el ámbito financiero asumen la responsabilidad administrativa derivada de la infracción de las normas que les son de aplicación, sin perjuicio e independientemente de que ésta se haya debido, en última instancia, a la actuación culposa o negligente de los administradores de que se ha dotado para su gestión, salvando esa responsabilidad sólo en aquellos casos en los que las circunstancias de la conducta infractora, por su naturaleza, fueran ajenas a la entidad y estuvieran claramente llevadas a cabo dentro del ámbito de decisión y voluntad dolosa específica de un determinado cargo de la entidad (negocio simulado, falsedad, etc.). Dichas consideraciones se ven sustancialmente refrendadas también en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma llevada a cabo en el año 2010 en el Código Penal.

En atención a lo expuesto, para que la entidad financiera sea responsable es preciso que ésta haya sido el sujeto activo de la conducta infractora y dicha conducta pertenezca al ámbito de actuación y decisión propio de la entidad, así como que los incumplimientos en cuestión lo sean de normas de ordenación y disciplina de los que sea destinataria la entidad financiera. Y ello con independencia de que, por la propia naturaleza de las cosas, la entidad financiera, como toda persona jurídica, deba actuar a través de personas físicas.

b.2 Claro lo anterior, y centrándonos en el presente caso, esta Instrucción entiende que existe **responsabilidad de la Entidad a título de negligencia**, dado que: **(i)** la normativa de aplicación imponía a ésta la obligación de atender los requerimientos que le fueran dirigidos por el supervisor, aparejando responsabilidad administrativa al incumplimiento de tales requerimientos [artículo 1, en relación con el 5.r), ambos de la LDIEC] ; y **(ii)** ha resultado acreditado (*vid.* epígrafe 3 de la presente Propuesta): **(a)** que el supervisor requirió a la Entidad para que subsanara determinadas deficiencias en materia de control y seguimiento del riesgo de crédito, pero dicho requerimiento no fue atendido dentro del plazo establecido para ello; y **(b)** que dicha conducta infractora pertenece al ámbito de actuación y decisión propio de la Entidad, no siendo calificable como de actuación individual o para propio beneficio de alguno de sus cargos administradores o directivos.

El incumplimiento del requerimiento que le fue dirigido por el supervisor, y, con ello, de la normativa de ordenación y disciplina que le resulta de aplicación, es, por tanto, directamente reprochable a la Entidad, que, conocedora de las obligaciones que pesaban sobre ella, no estableció con la diligencia que le era exigible las actuaciones encaminadas a cumplirlas debida y tempestivamente.

b.3 Las anteriores consideraciones no resultan desvirtuadas por las **alegaciones** de la Entidad, que **no pueden ser atendidas**, tal y como se deriva de lo extensamente razonado en el epígrafe 5.3 de la presente Propuesta, al que se hace remisión en este punto y que impide atribuir eficacia exoneratoria a ese pretendido convencimiento por parte de la Entidad de que los requerimientos estaban ya cumplidos.

En efecto, atendiendo a lo que se dice en ese epígrafe 5.3, procede subrayar, respecto del requerimiento sobre la reducción de la concentración del riesgo, que la política de riesgos de la Entidad contenida en su Norma General de Riesgos tenía que haber estado modificada el 1 de enero de 2013, pero, sin embargo, su modificación para adecuarla a lo exigido por el requerimiento no tuvo lugar hasta el 29 de julio de 2014, debiendo mencionarse, además, que en el interín el Consejo de Administración de Avalmadrid adoptó en esta materia acuerdos que no iban en la línea de lo requerido por el Banco de España. Así, por ejemplo, el 28 de mayo de 2013 acordó fijar el límite máximo por operación en un 75% más que el máximo de reafianzamiento y, además, que ese límite máximo pudiera excederse para el caso de novaciones, reafianzamiento y reestructuración de operaciones financieras en vigor.

De igual modo, respecto del requerimiento sobre seguimiento del riesgo, aun cuando el 12 de febrero de 2013 (en todo caso, después del 1 de enero de dicho año) el Consejo de Administración de la Entidad aprobó el cambio de las normas internas en esa materia, ha quedado acreditado en el expediente que esas normas internas no fueron real y efectivamente aplicadas en muchos casos, como lo evidencian las deficiencias detectadas a este respecto por la Inspección.

Según lo señalado en el epígrafe 5.1.3.b).1 de esta Propuesta (al que nos remitimos), tampoco puede generar un convencimiento de cumplimiento el hecho de que la Inspección, respecto del requerimiento sobre concentración del riesgo, omitiese finalmente las palabras “no atendido” en el tenor literal del título de un epígrafe en el Acta de inspección, porque, con independencia de ese concreto título, el contenido del Acta (por lo demás, no contradicho en modo alguno por el tenor literal de dicho título) deja claro el hecho fundamental sobre el que se asienta la imputación respecto del referido requerimiento: el límite máximo por operación “no se recogió en la Norma General de Riesgos de Avalmadrid hasta el 29 de julio de 2014 (19 meses más tarde)”. Y dicha Acta fue firmada en conformidad por la Entidad, lo que impide atribuir a ese supuesto convencimiento de cumplimiento del que habla la Entidad la eficacia que ésta pretende

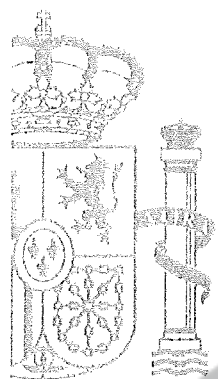
otorgarle, máxime considerando que el Acta de inspección es un documento de contenido técnico ajeno a valoraciones jurídicas.

A lo anterior debe añadirse, sobre la base de lo detalladamente expuesto en el epígrafe 3.3 de esta Propuesta, al que se hace remisión, que el Plan Estratégico presentado por KPMG no puede razonablemente provocar un convencimiento pleno de cumplimiento, por cuanto en ese Plan hay varias menciones literales que, respecto de las medidas requeridas por el Banco de España, aluden, en unos casos, a que hay que implementarlas, y, en otros casos, señalan que dichas medidas están en fase de implementación.

Sin perjuicio de ello, como también se apuntó en el referido epígrafe, esta Instrucción no es ajena a que en dicho Plan Estratégico se contienen afirmaciones que, aisladamente consideradas, podrían ser susceptibles de generar en el lector la idea de que podrían haberse cumplido los requerimientos (*vid.*, p. ej., el folio 6.218). Ahora bien, ello en modo alguno puede conducir a una exoneración de responsabilidad, sino, en todo caso, a una mitigación de la misma, en la medida en que, como se ha explicado, no pueden obviarse otras varias afirmaciones contenidas en el mismo documento que apuntan a que los requerimientos no habían sido atendidos, como tampoco puede obviarse la conducta de la Entidad, descrita en sede fáctica, que impide considerarlos efectivamente cumplidos a fecha del mencionado Plan.

Por último, el hecho de que en los Consejos de Administración y Comisiones Ejecutivas se informase de la reducción de la concentración del riesgo en modo alguno puede generar una convicción de cumplimiento. Primero, porque, según se ha visto en el epígrafe 3.1.2 de esta Propuesta, el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos no es un requerimiento exclusivamente de resultado; y, segundo, porque esa reducción sólo se produjo de forma constante e ininterrumpida a partir, precisamente, de la incorporación del límite máximo por operación en la Norma General de Riesgos de la Entidad. En el mismo sentido, la información periódica sobre el seguimiento de determinados tipos de socios no obsta a la existencia del resto de deficiencias detectadas y no es susceptible de generar un convencimiento de cumplimiento del requerimiento efectuado en materia de seguimiento de riesgos, que, en todo caso, era mucho más amplio.

b.4 A la vista de lo expuesto, procede, por tanto, **desestimar las alegaciones** de la Entidad y entender que ésta **resulta responsable de la conducta infractora a título de culpa o negligencia**, no existiendo, a juicio de esta Instrucción, elementos de prueba en el expediente que permitan apreciar dolo.



6.2 Sobre la responsabilidad de los cargos de administración y dirección expedientados

6.2.1 Consideraciones generales sobre la responsabilidad exigible a los cargos de administración y dirección de las entidades financieras

La diligencia exigible a los cargos de administración y dirección de las entidades financieras es la general de los administradores de las sociedades mercantiles y, adicionalmente, la especial y más exigente de los sujetos que operan en el sector financiero supervisado.

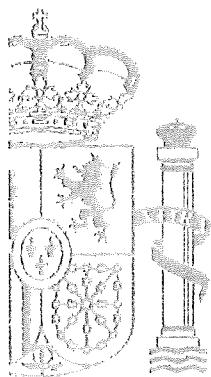
Por ello, a los efectos de determinar la concreta diligencia exigible a los cargos de administración y dirección de las sociedades de garantía recíproca, debe partirse de la general de los administradores de las sociedades mercantiles, prevista en el artículo 225 de la LSC, y que se concreta en su deber de desempeñar el cargo -para el que han sido elegidos y que han aceptado- con la diligencia de un ordenado empresario, disponiendo, por su parte, ese mismo artículo, en sus apartados segundo y tercero, que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, exigiendo de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

De ese conjunto normativo se extrae que los cargos de administración y dirección de una sociedad de garantía recíproca han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija para conocer la situación de la entidad, teniendo a su alcance los instrumentos idóneos para ello y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma.

Ahora bien, siendo ese el punto de partida, como decimos, el grado general de diligencia exigible a los administradores de una sociedad mercantil se torna más exigente en el caso de cargos de administración y dirección de entidades supervisadas que operan en el sector financiero, como, en el presente caso, las sociedades de garantía recíproca.

Así, tratándose Avalmadrid de una entidad financiera que tiene por objeto el otorgamiento de garantías a favor de sus socios, debe tenerse en consideración que actúa como un instrumento de promoción empresarial, facilitando a las pymes, que desempeñan un papel importante en materia de creación de riqueza y generación de empleo en nuestra economía, el acceso a una financiación adecuada a sus posibilidades. Del mismo modo, y no menos importante, las sociedades de garantía recíproca garantizan los créditos otorgados por las entidades de crédito, las cuales gestionan sus riesgos confiando en la validez de esta garantía.

En lógica atención a las características que acaban de ser expuestas, la responsabilidad exigible de las entidades supervisadas –entre ellas, las sociedades de garantía recíproca-



y sus cargos de administración y dirección es correlativa a la enorme confianza que la sociedad deposita en el sistema financiero. El grado de diligencia, profesionalidad y exigencia de las personas que ejercen cargos de administración y dirección en la mismas, es, por tanto, superior al requerido en la generalidad de las sociedades mercantiles, ya de por sí riguroso, según se ha expuesto. Así, la regulación requiere adicionalmente que los consejeros de las sociedades de garantía recíproca sean personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional (*vid.* el artículo 43 de la Ley 1/1994).

En suma, la singularidad del sistema financiero y los muy delicados intereses que se confían a los cargos de administración y dirección de las entidades financieras implican un régimen jurídico particularmente exigente para el acceso y ejercicio de la actividad, lo que se traduce en un régimen de responsabilidad disciplinaria asimismo riguroso para el supuesto de que se infrinja la normativa de ordenación y disciplina.

Así lo ha explicado la jurisprudencia. Por ejemplo, puede citarse, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2010 (JUR 2011\69258), que viene a subrayar el elevado estándar de diligencia que resulta exigible a los cargos de administración y dirección de entidades sujetas a la supervisión del Banco de España por razón de la especialización del sector. Así, dicha Sentencia textualmente señala que:

"Diremos a este respecto -como también hemos sostenido en muchas ocasiones precedentes- que es exigible de quienes ejercen en las entidades de crédito cargos de administración o dirección, precisamente por la relevancia de los intereses en juego y por la "especialización del sector", una especial responsabilidad en el cumplimiento de la normativa bancaria. La Administración -incluido el Banco de España- actúa conforme a derecho cuando exige con rigor el cumplimiento de dichos deberes, también los de carácter formal, tanto más cuanto que su vulneración puede acarrear consecuencias negativas para los accionistas, ahorradores e inversores. La confianza que éstos depositan en la rectitud de la actuación de las entidades y de sus directivos, sobre la que se basa el funcionamiento del sistema crediticio en su conjunto, va pareja a la necesidad de que el organismo supervisor exija con todo rigor las responsabilidades en que incurran quienes vulneren las normas de disciplina y ordenación bancaria".

Los cargos de administración y dirección de una sociedad de garantía recíproca quedan sometidos al régimen disciplinario de la LDIEC, en virtud de la remisión que el artículo 67 de la Ley 1/1994 hace a esa norma. Ahora bien, esta responsabilidad sólo podrá ser declarada, según previene el artículo 15 de la LDIEC, cuando haya quedado acreditado que el incumplimiento ha sido doloso o, al menos, culpable, sin que quepa atribuir la responsabilidad a tales cargos por el mero hecho de ostentar la condición de administrador o directivo en la entidad, tal y como afirman acertadamente diversos cargos de Avalmadrid imputados en este expediente. Así, el artículo 15 de la LDIEC dispone que *"quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente"*.

El incumplimiento ha de ser culpable, sin que quepa derivar responsabilidad administrativa a los cargos de administración y dirección por el mero hecho de ostentar

tal condición. Así se desprende, tanto de la propia dicción del artículo 15 de la LDIEC, como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, entre otras, la Sentencia de 8 de febrero de 1999 (RJ 1999\1518), que, en su Fundamento Jurídico Cuarto, señala al respecto que:

“El artículo 15 de la Ley 26/1988, de 29 de julio (RCL 1988\1656 y RCL 1989\1782), sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, aplicable al caso, por así disponerlo el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores, señala que <<quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves, cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente>>.

Es decir, las conductas dolosas atribuibles a otras personas físicas o jurídicas, no excluyen la responsabilidad de los administradores o directores, bien a título de dolo, bien a título de culpa, supuesto este último, que se apreciará sobre una actuación de otro, a la que se ha llegado debido a la falta de diligencia de los que ostentan cargos de administración o dirección; de tal forma que si éstos hubieran observado la diligencia exigible a una persona debidamente capacitada y preparada técnicamente para el desarrollo de sus funciones, las conductas infractoras de la entidad en que desempeñan sus funciones, no se habrían producido. Bien es verdad, que no se trata de exigir una responsabilidad sin culpa u objetiva, por el mero hecho de ser administradores o desempeñar cargos directivos en la entidad, sino que es preciso, que exista una relación de causalidad entre su falta de diligencia y la producción de los hechos infractores.”

La actuación culpable de los cargos de administración y dirección exige que éstos hayan contribuido a la realización de los hechos infractores, bien sea mediante una actitud positiva u omisiva. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9690) declara, en su Fundamento Jurídico Tercero, que:

“el artículo 15 de la Ley 26/1988 señala que quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean debidas a su conducta dolosa o negligente. Su posición activa en unos casos, y omisiva en otros, ponen de manifiesto su culpabilidad, pues al ser el supremo órgano gestor de la entidad, no puede alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que, como hemos visto, vienen impuestas legalmente, máximo si se tienen presente los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que es presumible se deben poseer por estos altos cargos, a los que les es exigible un deber de vigilancia, control e inspección sobre los medios personales, materiales y técnicos con que cuenta la entidad que dirigen, y que han de ejercitar permanentemente.”

A la luz de lo anterior, debe advertirse que la necesaria existencia de una actuación culpable en los cargos de administración y dirección se podrá concretar, no sólo en una intervención directa en la realización del ilícito -adoptando las decisiones o realizando los actos que constituyen el ilícito-, sino también en la inobservancia de la debida diligencia en el desempeño de sus funciones de administración o dirección, cuando dicha inobservancia haya coadyuvado a la realización de la conducta ilícita, pues se entiende que, de haber observado la diligencia exigible a sus respectivos cargos, las conductas infractoras de la entidad en las que desempeñan sus funciones no se habrían producido. La pertenencia a un órgano de administración o control de la entidad obliga a sus titulares a prevenir y vigilar el incumplimiento de la normativa dirigida a evitar situaciones irregulares. Dicho en otras palabras, no es necesario que la comisión del ilícito derive de un concreto acuerdo del Consejo de Administración -o de otro órgano de administración o dirección-, ya que ese deber de vigilancia y control, cuyo incumplimiento puede ser

reprochado al sujeto a título de imprudencia, resulta de obligado cumplimiento de forma general y permanente, como exige la propia jurisprudencia: “*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*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9690]).

De similar tenor es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 (RJ 2006\6679), que dice lo siguiente:

“Ahora bien, también se ha dicho (sentencia de 17 de diciembre de 1997) que su posición activa, en unos casos, y omisiva, en otros, pueden poner de manifiesto su culpabilidad, pues al ser el Consejo de Administración el órgano gestor de la entidad, no puede alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que vienen impuestas legalmente; máxime si se tienen presente los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que es presumible se deben poseer por estos altos cargos, a los que les es exigible un deber de vigilancia, control e inspección sobre los medios personales, materiales y técnicos con que cuenta la entidad que dirigen, y que han de ejercitar permanentemente, incluso cuando falten los órganos colectivos decisorios, en cuya posición ha de subrogarse, no ya para la toma de acuerdos que a aquéllos corresponda, pero sí, respecto de las decisiones urgentes e inmediatas que impliquen el cumplimiento de normas imperativas, sin perjuicio de su posterior puesta en conocimiento de tales órganos, una vez constituidos.”

Dicho esto, y centrando la atención en la culpabilidad por omisión, se puede decir, en términos generales, que actúa culposamente quien omite la diligencia debida. Y la omisión de la diligencia debida significa la omisión de aquel comportamiento que hubiera podido evitar la realización del injusto administrativo. La responsabilidad a título de culpa o negligencia tiene lugar cuando el sujeto, pudiendo y debiendo evitar el resultado ilícito, no lo hizo.

La concreción de la diligencia exigible a los cargos de administración y dirección de las entidades financieras se ha ido perfilando por el Tribunal Supremo, que ha declarado con insistencia que dichos cargos de las entidades financieras dirigen la marcha de la entidad y tienen encomendado, entre otros, un deber de vigilancia activa que exige, además de una información continuada sobre la gestión de la entidad, una conducta positiva consistente en hacer lo posible para evitar el daño. Por ello, existirá negligencia cuando, tanto por conductas activas como por conductas omisivas, se producen incumplimientos graves o muy graves, sin que pueda invocarse la ignorancia (pues precisamente ésta es una muestra de la falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones), ni la ausencia de un acuerdo expreso para cometer tales incumplimientos, como causas eximentes de responsabilidad. En este sentido, se pronuncian, entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 –RJ 2007\518–, 27 de mayo de 2003 –RJ 2003\5511–, 5 de julio de 2001 –RJ 2001\5406– y 4 de mayo de 1999 –RJ 2000\10096–.

Así las cosas, y según señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 14 de julio de 2006 (JUR 2006\245726) –Fundamento Jurídico Tercero–, los cargos de administración y

dirección de una entidad financiera deberán acreditar, para exonerarse de responsabilidad, que actuaron *“tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que 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 resultado –en este 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, y teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado, es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar esos medios, no los utilizó de forma voluntaria”*.

En el mismo sentido se expresa la Sentencia de esa misma Audiencia de fecha 22 de noviembre de 2013 (JUR 2013\375140), que concluye que:

“En resumen, ocupaba una posición de garante en los términos previstos por el art. 130.3, párrafo 2º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y 15.1 de la Ley 26/1988, que consagran la responsabilidad de quien actúa como garante. Así lo ha entendido la doctrina científica, analizando los debates parlamentarios del citado precepto, art. 130.3.2º de la Ley 30/1992, que fue objeto de varias enmiendas, pero que sigue las aportaciones del Derecho comparado (v.g art. 8 de la OWiG alemana, Código de las infracciones administrativas). Doctrina, la de la responsabilidad como garante, que es aplicable en supuestos como el presente, en el que se sanciona una conducta omisiva imputable a quien el ordenamiento jurídico considera que puede evitar, o contribuir a evitar, un resultado antijurídico en el que han podido concurrir de forma más directa terceras personas. Esta tesis ha sido reiteradamente consagrada por esta Sección respecto de la actuación de los miembros del Consejo de Administración en el ámbito bancario y crediticio (SAN 11.1.2008 (JUR 2008, 125715), recurso 380/2006, 27.1.2006 (JUR 2006, 120569), recurso 459/2003, 9.5.2005 (JUR 2005, 245646), recurso 598/2002, 8.10.2004 (JUR 2006, 5579), recurso 892/2001, 26.7.2004 (RJCA 2004, 978), recurso 893/2001), al igual que el Tribunal Supremo (STS 8.4.2008 (RJ 2008, 2609), recurso 4057/2005 y 18.3.2008 (RJ 2008, 3946), recurso 2971/2005, por todas).”

Finalmente, este régimen general de responsabilidad de los cargos de administración y dirección de una entidad supervisada debe completarse con los supuestos previstos por el legislador en el artículo 15.2 de la LDIEC que, de concurrir, excluirían su responsabilidad. Esos supuestos son los siguientes:

“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.

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.”

Tras exponer el marco general de la responsabilidad de los cargos de administración y dirección de las entidades supervisadas por el Banco de España, y, en particular, de las sociedades de garantía recíproca, como Avalmadrid, procede entrar a examinar la

concreta responsabilidad de los consejeros y directores generales de Avalmadrid en el presente caso.

6.2.2 Sobre la concreta responsabilidad de los consejeros y directores generales de Avalmadrid. Análisis y valoración de sus alegaciones

El juicio de responsabilidad debe realizarse individualizadamente respecto de cada expedientado teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en cada uno de ellos. Como se verá, la concreción de ese juicio exige tener en cuenta, en relación con cada expedientado: *(i) el número de requerimientos incumplidos que se le imputan* (uno o dos, según el caso); *(ii) el periodo temporal durante el que cada uno de ellos desempeñó sus respectivas funciones como consejero o director general de la Entidad*, según los casos, siendo, en principio, mayor el grado de responsabilidad de aquellos cargos cuyos mandatos fueron más prolongados, dado que contaron con más tiempo para evitar, corregir o subsanar las irregularidades detectadas por la Inspección, y teniéndose también en cuenta si estaban en el ejercicio de su cargo al tiempo en que se recibió el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012; *(iii) los cargos, adicionales al de consejero o director general, que hubieran tenido relacionados con los hechos objeto del expediente, y, en particular, si fueron miembros de la Comisión Ejecutiva, de la Comisión Delegada de Riesgos o de la Comisión de Riesgos*; y *(iv) la situación particular de cada uno de los expedientados*, para lo cual se valorarán, si las hubiere, especiales circunstancias respecto de cada uno puestas de manifiesto por las alegaciones y prueba obrante en el expediente.

Dicho esto, para realizar ese juicio de responsabilidad, procede analizar si han de prosperar, o no, las alegaciones de exoneración de responsabilidad formuladas por los distintos expedientados. Para abordar sistemáticamente dicho análisis, se distinguen varios grupos de alegaciones en atención a la afinidad de las mismas y de la concreta situación de los expedientados que las formulan.

6.2.2.1 Alegaciones formuladas por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y otros expedientados. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Se alega con carácter general por parte de varios expedientados⁶² que, para la existencia de responsabilidad, es preciso que concurra dolo o negligencia, negándose a

⁶² La Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (folios 6.818 a 6.835); D. Alfonso Carcasona García (folios 6.869 a 6.893); D. Jesús Alejandro Vidart Anchía (folios 7.081 a 7.086); D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa (folios 7.120 a 7.131); CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE (folios 7.177 a 7.200); D. Fernando Rodríguez Sousa (folios 7.241 a 7.265); Banco Santander, S.A. (folios 7.304 a 7.309); Valoración y Control, S.L. (folios 7.344 a 7.367); Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. (folios 7.401 a 7.427); Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (antes, Mediación y Diagnósticos, S.A.U.) [folios 7.451 a 7.467]; y D. Jesús Martín Sanz (folios 7.495 a 7.509).

continuación la concurrencia de dichos elementos en el caso que nos ocupa. Y ello porque los consejeros de Avalmadrid fueron informados por los directivos de la Entidad del plan de cumplimiento de los requerimientos del Banco de España, sin que tuvieran ningún motivo para pensar que esa no era la realidad de lo que estaba sucediendo, de modo que, o bien dichos requerimientos fueron realmente cumplidos o bien los administradores fueron mal informados por los directivos de la Entidad, no pareciendo razonable –dicen los expedientados– que pueda exigirse responsabilidad al consejero por no haber realizado una actividad de indagación para verificar que esa información sobre el cumplimiento de los requerimientos era realmente cierta. A lo que añaden que la ausencia de comunicación alguna por parte del Banco de España relativa a los incumplimientos que ahora se imputan impidió que dichos consejeros fuesen conscientes de tales incumplimientos.

Asimismo, algunos expedientados señalan que eran el Presidente y el Consejero Delegado de Avalmadrid quienes asumían funciones ejecutivas, representativas y de relación con el Banco de España, y que no puede dirigirse el reproche formulado en este expediente a los consejeros no ejecutivos, que no desempeñaban funciones ejecutivas, ni tampoco tenían obligaciones específicas de comunicación y/o relación con el Banco de España.

Por último, los expedientados llevan a cabo un análisis de determinadas actas del Consejo de Administración de Avalmadrid (y, en algún caso, de la Comisión de Riesgos) del que concluyen que actuaron de forma diligente, adoptando los acuerdos que los órganos de dirección ejecutiva propusieron en el marco de la inspección, solicitando ser informados del estado de ejecución y no desentendiéndose de la misma, así como haciendo un seguimiento de la situación de los planes de acción.

En suma, los expedientados pretenden una exoneración de su responsabilidad basada en (i) la deficiente información recibida de los directivos, (ii) el carácter no ejecutivo de los consejeros, que haría que los reproches formulados en el expediente no les resultasen oponibles; y (iii) el análisis de las actas de los distintos órganos de decisión de la Entidad, de los que se deduciría que los expedientados fueron diligentes. Se seguirá esta sistemática en la valoración de las alegaciones que a continuación se realiza.

b. Valoración de las alegaciones

No se acogen.

Por lo que respecta a (i) la supuestamente deficiente información que habrían recibido los expedientados, debe comenzarse por rechazar las alegaciones dirigidas a defender una supuesta convicción de cumplimiento de los requerimientos, para lo que, en aras a evitar reiteraciones innecesarias, se hace remisión aquí a lo ya dicho al respecto en los epígrafes 5.3 y 6.1.2 de esta Propuesta, en que se desestiman tales alegaciones, al constar

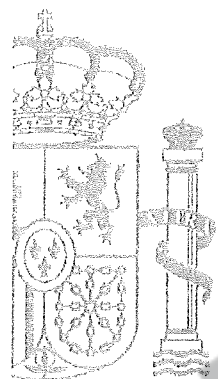
acreditados diversos elementos de juicio que impedían albergar razonablemente dicha convicción.

De igual modo, tampoco puede acogerse la alegación de los expedientados según la cual actuaron con diligencia y no se les puede imputar ninguna conducta activa u omisiva que haya coadyuvado al incumplimiento de los requerimientos formulados.

Los expedientados conocían –o, en todo caso, debían conocer por razón de su cargo– que el Banco de España había formulado unos determinados requerimientos que implicaban la realización de determinadas acciones a una determinada fecha. Y lo cierto es que los expedientados, que, por razón de su cargo, tenían el deber jurídico de que por la Entidad se diese cumplimiento a los requerimientos que a ésta le fueron dirigidos, no lograron que esas acciones se realizasen debidamente, sin que se haya apreciado la existencia de circunstancia alguna amparada por la normativa de aplicación que exonere a quienes tenían tal deber por el incumplimiento del mismo, que se produjo, pues, porque no fue observada toda la diligencia exigible para lograr dicho cumplimiento.

Evidentemente, la intensidad de tal negligencia se medirá en función del grado en que la conducta desplegada se apartó de la que exigían los requerimientos y variará, en cada caso individual, en función de los factores apuntados al comienzo del epígrafe 6.2.2, pero siempre sobre la base de que no se observó toda la diligencia exigible para dar cumplimiento a los requerimientos formulados por el Banco de España, sin que el análisis de las actas que llevan a cabo los expedientados contradiga tal conclusión, y sin que, desde luego, contradiga el análisis realizado en sede fáctica.

No se trata de exigir a los consejeros de la Entidad que realicen una “*actividad de indagación*” para ver si la información que les llega acerca de que existe un plan para dar cumplimiento a los requerimientos es fiable o no. Como hemos visto, la información que obra en el expediente desmiente que razonablemente pudiera creerse que los requerimientos ya estaban cumplidos en su integridad (valgan como ejemplo las diversas menciones del Plan Estratégico de KPMG en las que se menciona que es preciso finalizar o terminar la implantación de las medidas requeridas o, directamente, que las mismas están en implantación o con problemas en la implantación, *vid.* epígrafe 3.3.b).1 de la presente Propuesta). Pero es que, además, dejando al margen dicha circunstancia, el estándar de conducta que se exige a los consejeros de una entidad supervisada –el deber activo de vigilancia, control e inspección que a ellos se exige, según lo antes visto– va más allá de la mera recepción de información sobre la existencia de un plan para dar cumplimiento a los requerimientos, siendo, además, necesario supervisar y seguir de cerca dicho plan hasta constatar la efectiva y real implementación de las medidas requeridas dentro del plazo concedido. Y ha resultado acreditado en el expediente que tales medidas no habían sido implementadas en el señalado plazo. Es más, la evidencia documental obrante en el expediente sobre esa información acerca del plan de



cumplimiento muestra que tal información se facilitó a los consejeros cuando ya el plazo de implementación de las medidas requeridas había transcurrido.

En este sentido, cabe llamar la atención sobre el ejemplo que proporciona el folio 1.786 del expediente, que se refiere a la reunión del Consejo de Administración de Avalmadrid del 21 de marzo de 2013, en la que, en el turno de ruegos y preguntas, D. Luis Sotillo, representante del expedientado Valoración y Control, S.L., ***“pregunta la razón de no haber incluido en el orden del día la cuestión relativa a los acuerdos que deban adoptarse sobre la limitación del importe máximo por aval”***, a lo que se le contestó que ***“se ha preferido diferir el examen de la cuestión a un Consejo ulterior, a la vista de la adecuación del Plan Estratégico de la Sociedad que está elaborando KPMG”***⁶³. Lo que, cuando menos, muestra que en el seno de dicho Consejo se era consciente de que había medidas todavía pendientes de implementar para cumplir con las exigencias del Banco de España.

Así pues, los expedientados faltaron a la diligencia que les era exigible en el ejercicio de sus cargos. Y por eso deben ser tenidos por responsables. No porque haya responsabilidad objetiva, ni porque se les entienda automáticamente responsables por el mero hecho de ser cargos de la Entidad.

Por lo que respecta a (ii) la exoneración de responsabilidad que propugnan algunos expedientados que eran consejeros no ejecutivos, intentando derivar la responsabilidad hacia el presidente o el consejero delegado de la Entidad, debe comenzarse por recordar que no nos encontramos aquí en ninguno de los supuestos de exoneración del artículo 15.2 de la LDIEC, y que, antes al contrario, dicho artículo considera sujetos potencialmente responsables de una infracción grave como la aquí analizada a quienes formen parte del órgano colegiado de administración, precepto que la jurisprudencia (entre otras, *vid.* las sentencias citadas en el anterior epígrafe 6.1.2) no circunscribe única y exclusivamente a los consejeros con funciones ejecutivas, sino a quienes forman parte del ***“supremo órgano gestor de la entidad”***, esto es, a todos los consejeros.

De hecho, en el caso que nos ocupa lo anterior es si cabe todavía más evidente, en la medida en que está acreditado no ya sólo que la Entidad adoptó acuerdos de manera tardía y, en ocasiones, contradictoria con lo requerido, sino que es en todo caso competencia del Consejo de Administración, como claramente indican los Estatutos Sociales de Avalmadrid en su artículo 22 (folios 3.918 y 3.943), ***“fijar el importe máximo y el plazo de las garantías que la Sociedad pueda suscribir”***, a lo que se suma que, como también señalan dichos Estatutos, a dicho Consejo corresponden las funciones básicas de supervisión y control de la gestión de la Entidad, funciones que tiene, además, con carácter exclusivo e indelegable [artículo 249.bis.a) de la LSC].

⁶³ Sobre la improcedencia de postergar el cumplimiento del requerimiento en atención a esa circunstancia, *vid.* apartado 5.3.b) de la presente Propuesta.

Además, esa facultad que tiene el Consejo de Administración para delegar competencias que le son propias y cuya titularidad conserva –extremo este de trascendencia a los efectos de atribución de responsabilidad en caso de un indebido ejercicio de las competencias delegadas- tiene como contrapartida para el Consejo el deber de dotarse de los instrumentos idóneos para recabar información y establecer el adecuado control de las competencias delegadas, propiciando la debida implicación de todos sus miembros en la gestión de la entidad, sin que pueda invocarse la ignorancia como causa eximente de responsabilidad [Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 (RJ 2007\518), 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\5511), 5 de julio de 2001 (RJ 2001\5406) y 4 de mayo de 1999 (RJ 2000\10096)].

Cosa distinta es que aquellos consejeros que hayan sido miembros de órganos con competencias en materia de riesgos tengan una especial responsabilidad en atención a su mayor implicación en la gestión de la Entidad y, por tanto, un mayor conocimiento de la situación de la misma. Pero la existencia en el seno de una entidad supervisada de órganos delegados o de personas con funciones ejecutivas delegadas no excluye, al menos en el ámbito regulado en el que nos encontramos, la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración por el ejercicio de sus funciones propias de supervisión y control de la gestión de la Entidad.

Finalmente, y por lo que respecta al (iii) análisis de las actas que llevan a cabo los expedientados, según se ha mencionado con anterioridad, de las mismas no se extrae que estos actuaran de manera diligente ni que deban quedar exonerados de responsabilidad. El análisis de las actas que llevan a cabo los expedientados no contradice el análisis realizado por esta Instrucción en sede fáctica y del que se concluye, según lo extensamente razonado en esta Propuesta, que los expedientados no actuaron con la diligencia que les resultaba exigible para dar debido cumplimiento a los requerimientos efectuados por el Banco de España.

Se aprecia, pues, responsabilidad a título de culpa o negligencia, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

6.2.2.2 Alegaciones formuladas por la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

La Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.903 y ss.) se vale, en materia de responsabilidad, de los mismos argumentos utilizados por la Entidad, añadiendo el siguiente argumento adicional: la Comunidad de Madrid, en tanto que Administración Pública territorial de relevancia constitucional, que debe estar al margen de injerencias en el ejercicio de sus funciones públicas, goza de inimputabilidad tanto en

el ámbito penal (ex artículo 31 *quinquies* del Código Penal) como en el ámbito administrativo sancionador, por la necesaria aplicación en éste de los principios penales.

b. Valoración de las alegaciones

No se acogen.

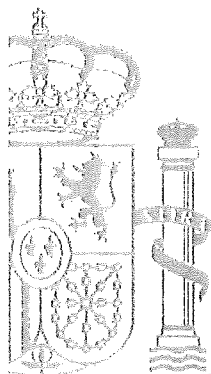
En cuanto a los argumentos comunes a los de la Entidad, procede hacer remisión a lo ya dicho en el epígrafe 6.1.2 de la presente Propuesta, centrándonos en este momento en el referido argumento adicional.

Como se ha explicado con anterioridad sobre la base de nuestra jurisprudencia, la traslación de los principios penales al procedimiento administrativo sancionador no es mecánica ni automática, sino que debe hacerse con matices y atendiendo siempre a las distintas características del *ius puniendi* que se emplea en uno y otro ámbito.

Así, en este caso se puede observar cómo en el ámbito del Derecho Penal –en el que, por su naturaleza de *última ratio* sancionadora se conoce únicamente de las conductas que el ordenamiento considera más graves, que llevan aparejadas sanciones más severas– se ha previsto una norma (el artículo 31 *quinquies* del Código Penal) que exime a las Administraciones Públicas territoriales de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, se observa que el legislador, pudiendo hacerlo, no ha previsto una norma análoga en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador –en el que se conoce de conductas menos graves que las propias del Derecho Penal, con sanciones acordes a tales conductas–.

Antes al contrario, el legislador ha optado expresamente por aplicar a las sociedades de garantía recíproca y a quienes ostenten cargos de administración y dirección en las mismas el régimen disciplinario propio de las entidades de crédito (artículo 67 de la Ley 1/1994). Y lo ha hecho teniendo bien presente, como reconoce la expedientada (folios 6.903 y 6.904), la “*participación fundamental de la Administración Pública*” en dichas sociedades (expresamente mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 1/1994) y el hecho de que las Administraciones Públicas pueden ser socios protectores de las Sociedades de Garantía Recíproca (artículo 6.2 de la Ley 1/1994) y, en tanto que tal, miembros del Consejo de Administración de la entidad. Es decir, asumiendo que entre los sujetos sometidos a ese régimen disciplinario estarían las Administraciones Públicas que participan en las sociedades de garantía recíproca.

Lo anterior avala la improcedencia de querer trasladar de manera acrítica y automática la norma especial del ámbito penal prevista en el artículo 31 *quinquies* del Código Penal al ámbito administrativo sancionador, todo lo cual conduce a la desestimación de la alegación formulada.



Se aprecia, por tanto, responsabilidad a título de culpa o negligencia, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

6.2.2.3 Alegaciones formuladas por el expedientado D. Jorge Morán Santor. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

El expedientado Sr. Morán (folios 6.603 a 6.607) –a quien, por razones temporales, en el Pliego de cargos sólo se le imputan las deficiencias relativas al seguimiento del riesgo–, tras aludir a la necesidad de que concurra dolo o negligencia para atribuir responsabilidad y reconocer que no nos encontramos aquí en ninguno de los supuestos de exclusión de responsabilidad previstos en el artículo 15.2 de la LDIEC, aduce que no le es imputable dolo ni culpa en la medida en que ha agotado la diligencia que le resultaba exigible para llevar a cabo las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las medidas requeridas en materia de seguimiento y control de riesgos.

En este sentido, aduce que, desde su incorporación a la Entidad como director general en junio de 2016, se diseñaron una serie de líneas de actuación y que, en particular, en materia de seguimiento del riesgo, se acometieron determinadas actuaciones, entre las que, entre otras, se encontraban la creación de la función de control interno del riesgo, la explotación de la información de las bases de datos (internas y externas) y el cálculo de la pérdida esperada unitaria y global por sectores. Añade que el Informe de Inspección hace una mención favorable a su desempeño como director general y finaliza diciendo que todas esas actuaciones las realizó en todo caso con el pleno convencimiento de que no existía incumplimiento alguno en relación con el requerimiento del Banco de España en materia de seguimiento del riesgo.

b. Valoración de las alegaciones

No se acogen.

Debe comenzarse por apuntar que esta Instrucción no es ajena a que, más allá de las afirmaciones que realiza el expedientado sobre las actuaciones que se habrían llevado a cabo bajo su mandato (algunas de las cuales no están estrictamente relacionadas con el seguimiento del riesgo), existen en el expediente evidencias que apuntan a que, bajo el periodo en que fue él el director general de la Entidad, se produjeron mejoras en el seguimiento del riesgo (folios 3.518, 3.555 y 3.563), por más que no suficientes para subsanar las deficiencias existentes. Se tendrán en cuenta, no obstante, en sede de determinación de la sanción (epígrafe 7).

Dicho ello, lo anterior no puede soslayar el hecho de que el cargo de director general implica una especial involucración en la gestión diaria de la Entidad, con funciones que le

permiten conocer de cerca la realidad del seguimiento del riesgo y, por tanto, tener una posición idónea para detectar deficiencias en dicho ámbito del seguimiento del riesgo. Así, por ejemplo, se observa que el área de seguimiento de riesgos dependía del director general (folios 2.843 y 3.817) y que, desde su incorporación a la Entidad, fue el Sr. Morán, en su calidad de director general, quien ilustró en cada reunión a los consejeros del órgano de administración y a los miembros de la Comisión de Riesgos sobre las cuestiones relativas al seguimiento de riesgos. A lo que se suma que durante su mandato se produjeron diversas incidencias relacionadas con el seguimiento del riesgo, entre las que se encuentran no ya sólo la existencia de informes de seguimiento deficientes sino, directamente, la ausencia de dichos informes (folio 8.955).

No puede descansar, por otra parte, el expedientado en el convencimiento de que los requerimientos ya estaban cumplidos, por lo ya dicho al respecto en el epígrafe 6.1.2 de la presente Propuesta.

Respecto de la mención del Informe de Inspección a que hace referencia el expedientado (folio 3.777)⁶⁴, y que, según él, alude a su desempeño "*a todas luces favorable*", esta Instrucción no puede extraer tal conclusión, sino más bien la de que se trata de una mención descriptiva que no contiene valoraciones sobre el desempeño del expedientado.

Se aprecia, pues, responsabilidad a título de culpa o negligencia, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

6.2.2.4 Alegaciones formuladas por D. Juan Luis Fernández-Rubés Lillo. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

El Sr. Fernández-Rubés Lillo alega (folios 6.971 a 6.981) que él desempeñó su cargo de director general (única condición en la que se le imputa la infracción, toda vez que su responsabilidad como consejero se encuentra prescrita, *vid.* folio 4.927) entre el 20 de febrero de 2014 y el 23 de febrero de 2016, y que su nombramiento y su contrato de trabajo especificaban que desarrollaría sus labores limitado por los criterios e instrucciones del Consejo de Administración.

Explica que fue ajeno al proceso de toma de decisiones de la Entidad y que no tenía capacidad de decisión alguna sobre las cuestiones de que trata este expediente, por lo

⁶⁴ En concreto, en la nota a pie de página nº 7 de ese folio 3.777, se dice literalmente lo siguiente:

"En junio de 2016 tomó posesión el nuevo Director General, el cual ha manifestado su intención de llevar a cabo un plan estratégico en el que se prevé modificar sustancialmente diversas áreas de la entidad (entre otras, políticas limitativas a la concesión de avales a los miembros de los órganos de administración y gestión, y límites a las grandes empresas; reorganización del área de recuperaciones y gestión interna de las actuaciones recuperatorias, ahora en manos de bufetes externos; o elaboración de una política de compras y contrataciones)."

que no puede responder de las acciones u omisiones que hayan dado lugar a la incoación del presente procedimiento. Expone, además, que en la reunión del Consejo de Administración del 26 de junio de 2014 se vetó su presencia, que no se le invitó a las reuniones de la Comisión Ejecutiva ni participó en propuestas o debates de ninguna Comisión, que en la reunión de la Comisión Ejecutiva de 18 de julio de 2014 le revocaron sus poderes y limitaron aún más sus funciones, quedando éstas prácticamente sin contenido. Dice que no ha tenido ninguna participación en los hechos, y que, respecto del requerimiento relativo a la concentración de riesgos, su imputación temporal es de sólo cinco meses, por lo que, de haber sanción, tendría que ser en grado mínimo.

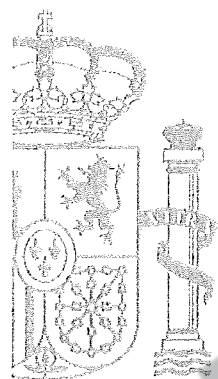
b. Valoración de las alegaciones

No se acogen.

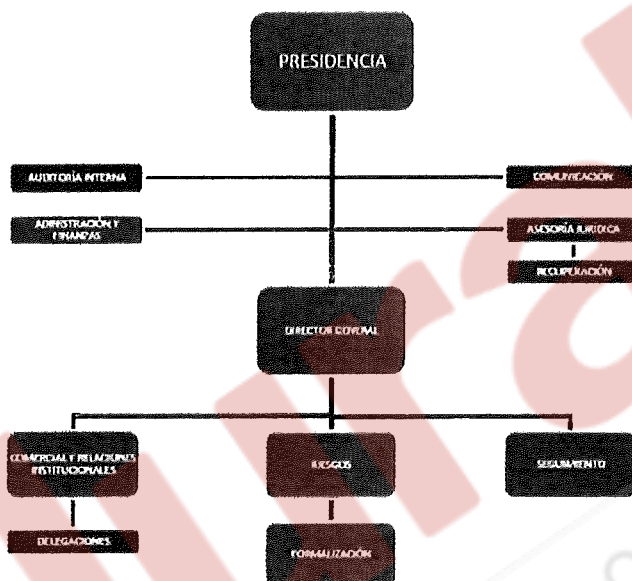
Como antes se ha dicho al valorar las alegaciones del Sr. Morán, el cargo de director general implica una especial involucración en la gestión diaria de la Entidad, con funciones que le permiten conocer de cerca la realidad de la misma y que, por tanto, deberían haber llevado al Sr. Fernández-Rubés Lillo a identificar puntualmente las deficiencias objeto de este expediente. Y ello máxime si se tiene en cuenta que, hasta su nombramiento como director general de la Entidad (única condición en la que se le imputa responsabilidad en el presente expediente), el Sr. Fernández-Rubés Lillo no era –como podría pensarse del tenor de sus alegaciones– alguien externo o ajeno a la toma de decisiones de la Entidad que desconociese por completo la situación de ésta, sino que, antes al contrario, había sido consejero delegado de Avalmadrid durante casi una década (folio 6.985).

De acuerdo con lo expuesto, al referido expedientado le era exigible la más elevada diligencia desde el mismo momento en que suscribió el contrato de trabajo –20 de febrero de 2014– que aporta como anexo 1 a su escrito de alegaciones (folios 6.985 a 6.992) y en virtud del cual devino director general de la Entidad, contrato en el que se le reconoce *“una antigüedad a todos los efectos desde el 1 de junio de 2004, es decir, desde el inicio de su prestación de servicios para la Compañía”* y en el que se consigna que *“realizará las labores propias de dicho puesto con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones que pudieran provenir del Consejo de Administración de la Compañía”*, así como que *“desempeñará las funciones y cometidos propios de su cargo como principal responsable de todas las áreas que comprenden las actividades y fines de la Compañía conforme a los poderes que le serán otorgados para el correcto desempeño de su cargo, empeñando toda su capacidad y habilidad en el servicio a la Compañía y salvaguardando los intereses de la misma con sus mayores esfuerzos y dedicación”*.

Entre esas facultades deben entenderse incluidas las relativas al control y al seguimiento de riesgos, sin que la revocación de poderes a que hace referencia el expedientado afecte en modo alguno a sus competencias como director general en dicha materia. Así, como se observa en el acta de la reunión de la Comisión Ejecutiva de 18 de julio de 2014 (folios



2.839 a 2.846), la revocación de poderes del director general se llevó a cabo en atención a la nueva estructura organizativa de la Entidad, y esa revocación afectó principalmente a facultades de ámbito organizativo-laboral. Pero el director general seguía siendo, tras ello, responsable en materia de riesgos y seguimiento, como evidencia la representación gráfica de la nueva estructura organizativa de la Entidad que se aprobó en esa misma reunión de la Comisión Ejecutiva y que se recoge en el folio 2.843 del expediente:



La Comisión aprobó por unanimidad la nueva estructura organizativa de la Sociedad, habilitando expresamente al Presidente para la aprobación de las decisiones y acuerdos necesarios para su eficacia y entrada en vigor, así como para la rectificación, subsanación o complementos pertinentes al efecto.

Todo ello por no mencionar que el expedientado soslaya que, tras la reunión del Consejo de Administración de 26 de junio de 2014 a la que hace referencia, siguió asistiendo a las reuniones del órgano de administración e informando a los consejeros sobre la gestión de la Entidad y, en particular, en materia de riesgos (*vid.*, por ejemplo, las actas que figuran en los folios 1.877 a 1.879, 1.882 a 1.884, 1.898 a 1.900, 1.978 a 1.980, 2.134 a 2.139, 2.163 a 2.164 y 2.198 a 2.199).

Además, en relación con la supuesta ajeneidad del Sr. Fernández-Rubés Lillo respecto de las propuestas o debates que se realizaban en las distintas Comisiones, consta acreditado en el expediente que el Sr. Fernández-Rubés Lillo asistió, después de haber sido nombrado director general y hasta el momento de su cese, a prácticamente todas las reuniones de la Comisión Ejecutiva, de la Comisión Delegada de Riesgos y de la Comisión de Riesgos que se celebraron⁶⁵. De hecho, en su condición de director general, tenía incluso la facultad de convocar esta última Comisión (folios 2.165, 2.177 y 2.179).

⁶⁵ Reuniones de 20 de marzo de 2014 (folio 2.794), 8 de abril de 2014 (folio 2.813), 22 de abril de 2014 (folio 2.821), 4 de julio de 2014 (folio 2.927), 18 de julio de 2014 (folio 2.942), 29 de julio de 2014 (folio 2.954), 10 de septiembre de 2014 (folio 2.962), 24 de septiembre de 2014 (folio 2.971), 8 de octubre de 2014 (folio 2.990), 5 de noviembre

El hecho de que, en su calidad de director general, el Sr. Fernández-Rubíes Lillo no tuviese capacidad de votar en los órganos antes mencionados no hace desaparecer la responsabilidad que le incumbe por el ejercicio de su cargo, que, según se ha explicado antes, tiene un ámbito propio y está claramente diferenciada de la de los consejeros.

Todo lo anterior conduce a apreciar responsabilidad en el Sr. Fernández-Rubíes Lillo, si bien a título de culpa o negligencia, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

En lo relativo al periodo de tiempo por el que le resulta imputable el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos, en la determinación de la sanción aplicable al expedientado (epígrafe 7 de esta Propuesta) se tendrá en cuenta debidamente esa circunstancia, junto con todas las demás concurrentes.

6.2.2.5 Alegaciones formuladas por D. Juan Irazo. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

El expedientado D. Juan Irazo alega (folios 6.995 a 7.009) que sólo estuvo cuatro meses en la Entidad (del 26 de junio al 21 de octubre de 2014) y que el periodo de incumplimiento del requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos sólo se solapa un mes con el periodo de su mandato, mientras que el incumplimiento relativo al seguimiento del riesgo no le resultaría imputable en tanto que no formó parte de ningún órgano con especiales competencias en la materia. Niega que la Comisión Ejecutiva (de la que era miembro) tuviese competencias en materia de seguimiento de riesgos (a este respecto, señala que dicha Comisión simplemente *“era responsable del funcionamiento general de la compañía”*) y dice que no participó directa ni indirectamente en esas funciones, de las que se ocupaba la Comisión Delegada de Riesgos (de la que él no era miembro).

Explica que la inspección del Banco de España de la que derivan los requerimientos se realizó dos años y medio antes de su incorporación a la Entidad. Afirma que, al llegar al cargo, asumió una *“situación especial”* que le *“vino dada como un legado”* y que su labor contribuyó a la mejora de la situación. Dice que actuó siempre con diligencia en el desempeño del cargo, como revelan las actas de las reuniones en las que estuvo

de 2014 (folio 3.029), 19 de noviembre de 2014 (folio 3.042), 1 de diciembre de 2014 (folios 2.857 y 3.055), 17 de diciembre de 2014 (folios 2.909 y 3.063), 27 de enero de 2015 (folio 3.075), 17 de febrero de 2015 (folio 3.086), 10 de marzo de 2015 (folio 3.126), 24 de marzo de 2015 (folio 3.139), 7 de abril de 2015 (folio 3.152), 13 de abril de 2015 (folio 2.918), 21 de abril de 2015 (folio 3.184), 5 de mayo de 2015 (folio 3.216), 19 de mayo de 2015 (folio 3.252), 2 de junio de 2015 (folio 3.302), 30 de junio de 2015 (folio 3.315), 14 de julio de 2015 (folio 3.324), 28 de julio de 2015 (folio 3.341), 8 de septiembre de 2015 (folio 3.353), 22 de septiembre de 2015 (folio 3.360), 6 de octubre de 2015 (folio 3.370), 20 de octubre de 2015 (folio 3.381), 17 de noviembre de 2015 (folio 3.398), 1 de diciembre de 2015 (folio 3.406), 15 de diciembre de 2015 (folio 3.417), 19 de enero de 2016 (folio 3.426) y 16 de febrero de 2016 (folio 3.433).

presente, en las que se adoptaron varias medidas (cita, entre otras, la creación de la Comisión Delegada de Riesgos y su reglamento).

Sostiene, en fin, que imputarle responsabilidad vulneraría los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad.

b. Valoración de las alegaciones

Se acoge la alegación concerniente al **requerimiento** relativo a la política de disminución de la **concentración** de riesgos y **se rechaza** la relativa al **requerimiento** en materia de **seguimiento** de riesgos.

b.1 Requerimiento en materia de concentración

Se estima la alegación.

Como señala el expedientado: **(i)** cuando fue nombrado consejero de Avalmadrid hacía ya año y medio que el Banco de España había dirigido a la Entidad su requerimiento de noviembre de 2012; y **(ii)** el periodo de tiempo que transcurre desde que, en junio de 2014, pasa a ser consejero de la Entidad hasta que se da cumplimiento al requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos (29 de julio de 2014) es de apenas un mes.

Las anteriores circunstancias resultan, a juicio de esta Instrucción, insuficientes para atribuir al expedientado una participación mínimamente significativa en el curso causal de producción del incumplimiento en cuestión, razón por la que **no se aprecia que exista responsabilidad** del Sr. Iranzo respecto del señalado requerimiento en materia de concentración de riesgos.

b.2 Requerimiento en materia de seguimiento de riesgos

Se desestima la alegación.

Se debe comenzar señalando que, a la vista de la prueba obrante en el expediente, no resulta correcto afirmar, como hace el expedientado (folio 7.005), que las competencias de la Comisión Ejecutiva de Avalmadrid en materia de riesgos se limitasen a aprobar las políticas de riesgo de la Entidad (folio 7.012), ya que también tenía como competencia, entre otras, supervisar y revisar periódicamente los sistemas de gestión de riesgo (folio 7.013), además de tener *“adicionalmente delegadas las funciones del Consejo de Administración de funcionamiento general de la Sociedad que por su naturaleza sean delegables”* (folio 1.858).

A lo anterior se suma que, del contenido de las actas de la Comisión Ejecutiva, se desprende que el seguimiento del riesgo era una cuestión que se trataba en las reuniones de dicho órgano. Así, por ejemplo, en el acta de la reunión de la Comisión Ejecutiva de 18 de julio de 2014 (en la que estuvo presente el Sr. Iranzo, folio 2.845) se puede leer un punto sexto del orden del día titulado *“informe de seguimiento de riesgos”* en el que se expone *“el contenido del informe de seguimiento de riesgos previamente aportado a los consejeros, y en particular: la evolución y la distribución actual de la cartera, las calificaciones crediticias o ratings de los socios con riesgo vivo, la clasificación y evolución del riesgo vivo, y la composición de la cartera en seguimiento especial, haciendo especial hincapié en los socios con seguimiento especial por riesgo grave”*.

Así pues, no puede decirse que la Comisión Ejecutiva sea ajena a la función de seguimiento del riesgo. Y el hecho de que la Comisión Delegada de Riesgos tuviera una especial responsabilidad en materia de seguimiento de la política de riesgos (folio 7.017) no obsta a la responsabilidad que le incumbe a la Comisión Ejecutiva, de acuerdo con sus propias competencias antes referidas. Debe concluirse que de conformidad con el artículo 15 de la LDIEC el expedientado tiene responsabilidad en tanto que miembro de la Comisión Ejecutiva, responsabilidad que no es exclusiva, sino concurrente con la de la Comisión Delegada de Riesgos, por mor del deber de vigilancia activa que, según lo ya explicado, corresponde ineludiblemente a un órgano cuando delega el ejercicio de una competencia.

Por lo demás, de las actas de las reuniones de los órganos de gobierno en las que estuvo presente el expedientado no se deriva que éste agotase la diligencia que le era exigible de modo tal que deba quedar exonerado de toda responsabilidad. A este respecto, no consta, por ejemplo, que el expedientado hiciese, en materia del seguimiento del riesgo, ninguna intervención en las sesiones de los órganos de gobierno en las que estuvo presente. A lo que debe añadirse que, dada la sobresaliente cualificación y trayectoria profesional del Sr. Iranzo (folios 7.000 y 7.001), a la que se refiere en su escrito de alegaciones, el estándar de diligencia exigible en su caso era más riguroso, toda vez que, según señala la jurisprudencia, han de ser tenidas en cuenta las concretas circunstancias del expedientado.

Debe, por tanto, concluirse que esta Instrucción aprecia la existencia de responsabilidad a título de culpa o negligencia en la conducta del Sr. Iranzo, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo. Todo ello sin perjuicio de que el escaso periodo de tiempo durante el que ocupó su cargo sea tenido en cuenta a la hora de la determinación de la sanción (epígrafe 7 de la presente Propuesta).

6.2.2.6 Alegaciones formuladas por los expedientados Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. y D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Aquí se analizarán exclusivamente las alegaciones de dichos expedientados distintas de las formuladas por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, toda vez que estas últimas fueron ya expuestas y valoradas en el epígrafe 6.2.2.1, al que, en consecuencia, procede hacer remisión.

Dicho esto, los expedientados sostienen que no puede imputárseles responsabilidad por el mero hecho de ser consejeros que fueron, a su vez, miembros de la Comisión de Riesgos, porque dicha imputación se basa en la presunción de que dispusieron de una información mayor, pero, sin embargo, durante el tiempo en que formaron parte de dicha Comisión ésta no trató de los requerimientos incumplidos del Banco de España, no estando entre las funciones de la mencionada Comisión –dice el Sr. Vidart-Anchía– la de analizar el seguimiento de los requerimientos del Banco de España.

A ello añade la expedientada Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. que ella se incorporó como consejera a la Entidad casi dos años y medio después de que el Banco de España dirigiese a Avalmadrid su requerimiento de noviembre de 2012.

b. Valoración de las alegaciones

Se desestiman.

Según consta acreditado en el expediente, la Comisión de Riesgos (que sucedió en el tiempo a la Comisión Delegada de Riesgos) sí tenía competencias en materia de seguimiento de riesgos, y, como tal, fue creada por el Consejo de Administración de Avalmadrid (*vid.* folio 1.858). Prueba de ello es que en las reuniones de dicha Comisión de Riesgos se presentaba a sus miembros el “*informe mensual de seguimiento*” por parte de los distintos empleados o cargos responsables de seguimiento del riesgo (*vid.*, por ejemplo, folios 3.403, 3.424, 3.429, 3.483, 3.488, 3.497, 3.504, 3.511, 3.512, 3.518, 3.528, 3.529, 3.546, 3.555, 3.563, 3.581, 3.582, 3.594, 3.612, 3.629, 3.634, 3.652, 3.657, 3.676, 3.685 y 3.697).

Además, el 20 de octubre de 2015, un día antes de que el Sr. Vidart-Anchía entrase en la Entidad y varios meses después de que lo hiciera Participaciones y Cartera de Inversión, S.L., se modificaron algunos extremos (distintos del que aquí nos concierne) del Reglamento de la Comisión de Riesgos y se aprobó un borrador del mismo en el que, entre otras cuestiones, se lee (folio 3.392) que:

“Las competencias de la Comisión de Riesgos serán las siguientes:

Por expresa asignación del Consejo de Administración, le corresponde a la Comisión de Riesgos las siguientes competencias en materia de riesgos:

- (i) *Supervisar y hacer seguimiento de la política de riesgos, seguimiento del mismo, morosidad y de recuperaciones de la Sociedad.*

Así pues, las referidas alegaciones de los expedientados no desvirtúan el hecho de que, vistas las funciones y competencias específicas que, según resulta de la documental y de las actas obrantes en el expediente, tenía la Comisión de Riesgos en materia de seguimiento del riesgo, a los referidos consejeros no debería haberles sido ajena la posible falta de cumplimiento del requerimiento y de la normativa interna en materia de seguimiento de riesgos, y ello con independencia de la fecha en que iniciaron su mandato.

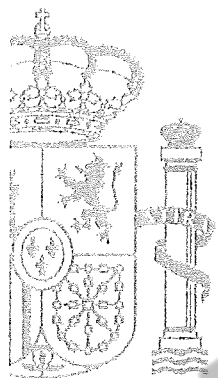
Debe, pues, apreciarse responsabilidad a título de culpa o negligencia en los citados expedientados, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

6.2.2.7 Alegaciones formuladas por D. José María Rotellar. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Bajo el epígrafe titulado *“falta de culpabilidad en las presuntas infracciones”*, el Sr. Rotellar (folios 7.961 a 7.966) aduce que no concurre el elemento de culpabilidad que exige la imposición de toda sanción, clasificando su argumentación a este respecto en tres apartados.

En primer lugar, invoca una supuesta confianza legítima en la regularidad de la actuación de la Entidad. Así, dice: **(i)** que el Consejo de Administración acordó adaptar su normativa y procedimientos internos en su sesión del 18 de diciembre de 2012 y no se recibió ninguna indicación del Banco de España de que lo acordado fuese insuficiente; **(ii)** que el Plan Estratégico de KPMG consideraba implementados los requerimientos; **(iii)** que el Banco de España no efectuó el seguimiento a que estaba obligado según su normativa interna y que, de hecho, realizó una inspección en el año 2014 en la que no advirtió los incumplimientos objeto de este expediente, sin que pueda exigirse a los consejeros una diligencia tal que suponga detectar deficiencias que ni el propio supervisor detectó; y **(iv)** que la modificación de la Norma General de Riesgos era competencia de la Comisión Ejecutiva y que, de conformidad con el artículo 15.2.b) de la LDIEC, ello exonera a los miembros del Consejo de Administración. A este último respecto, dice el expedientado que es irrelevante que esa facultad de la Comisión Ejecutiva lo fuera por delegación del Consejo de Administración, porque, tal y como están configuradas las sociedades mercantiles en nuestro país, cualquier función ejecutiva necesariamente será delegada del Consejo de Administración, de modo que debe entenderse, a los efectos del artículo 15.2.b) de la LDIEC, que la delegación tiene eficacia exoneratoria.



En segundo lugar, se refiere el expedientado a su participación activa en los órganos de Avalmadrid y a su diligencia en el desempeño de su cargo. Dice que el estándar de diligencia que le resultaba exigible es el del artículo 225 de la LSC (diligencia de un ordenado empresario) y que, cuando detectaba alguna situación que pudiera plantear algún riesgo para la Entidad, participaba activa y diligentemente, poniendo dos ejemplos de intervenciones suyas en ese sentido en distintas sesiones del Consejo de Administración. Afirma haber actuado de manera diligente y responsable, sin que concurra el elemento de culpabilidad en la infracción.

En tercer y último lugar, el expedientado sostiene que se le debería dar el mismo tratamiento que al representante persona física de la Comunidad de Madrid, al tratarse su situación de un *tertium genus* equiparable a efectos sancionadores a dicho representante, en la medida en que su condición de consejero de Avalmadrid era inseparable de su condición de alto cargo.

b. Valoración de las alegaciones

No se acogen.

b.1 En primer lugar, sobre la **invocación por parte del expedientado de una supuesta confianza legítima** en virtud de la cual entendía cumplidos los requerimientos, debe desestimarse la alegación sobre la base de los mismos motivos ya expuestos detalladamente en los epígrafes 3.3.b).1 y 5.1.3, a los que se hace aquí remisión.

A ello debe añadirse, además, que –como se ha apuntado en el epígrafe 5.1.3– no es correcto afirmar, como hace el expedientado, que “*durante el año 2014 el Banco de España realizó una nueva visita de inspección a Avalmadrid*” en la que no detectó ningún incumplimiento de los señalados en este expediente. En efecto, esa inspección a la que hace referencia el expedientado la realizó el SEPBLAC, y evidentemente versó sobre materias ajenas a la competencia supervisora prudencial del Banco de España. Así se observa en el folio 1.862 –que el expedientado transcribe sólo parcialmente–, donde se lee lo siguiente:

“Así mismo, el Secretario informa que la comunicación del citado informe ha coincidido con visita de la Inspección del SEPLAC a la entidad, coincidente con la inspección a las principales S.G.R del sector, indicando que el resultado de la visita ha sido con carácter general satisfactorio, limitándose sus observaciones a determinadas incidencias en el informe del Experto Externo, así como a la incompatibilidad entre el puesto de Auditoría Interna y de representante ante el SEPBLAC.”

De acuerdo con el contenido del informe, se propone al Consejo en lo que hace a las propuestas de mejora, se trae al Consejo la aprobación de la adaptación del Manual de Prevención de Blanqueo de Capitales.”

Por tanto, el Banco de España no realizó una visita de inspección en el 2014 sobre las materias aquí tratadas.

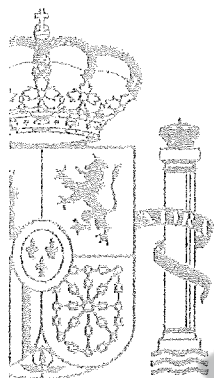
Debe también salirse al paso de la alegación del expedientado relativa al carácter supuestamente exoneratorio que pretende atribuirle a la delegación de facultades del Consejo de Administración a la Comisión Ejecutiva.

A este respecto, debe comenzar señalándose que el argumento del expedientado, aun en el supuesto hipotético de que fuese acertado, no le eximiría de responsabilidad, por cuanto el Sr. Rotellar, además de miembro del Consejo de Administración, fue miembro también de la Comisión Ejecutiva de Avalmadrid entre el 1 de enero de 2013 y el 28 de mayo de 2013 (folio 1.791).

Claro lo anterior, la alegación debe en todo caso desestimarse. El dictado de normas internas de funcionamiento de la Entidad es una facultad del Consejo de Administración de Avalmadrid (folios 3.918 y 3.943) que, a la luz del Reglamento de la Comisión Ejecutiva, habría sido delegada a este último órgano (folio 7.013). Ahora bien, el hecho de que en nuestro Derecho las facultades ejecutivas tengan que ser necesariamente delegadas del Consejo de Administración no implica que esa delegación exonere de responsabilidad según el artículo 15.2.b) de la LDIEC.

En efecto, el titular de la competencia sigue siendo el órgano delegante (en este caso, el Consejo de Administración), por más que su ejercicio corresponda al delegado (Comisión Ejecutiva). Y la facultad de delegación que tiene el Consejo de Administración, según se ha explicado, conlleva inevitablemente un inseparable deber de vigilancia activa de dicho Consejo, en virtud del cual debe dotarse de los instrumentos idóneos para recabar información y establecer el adecuado control de las competencias delegadas, propiciando la debida implicación de todos sus miembros en la gestión de la entidad. Para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos en este punto a lo ya explicado detalladamente en el epígrafe 6.2.2.1 de esta Propuesta.

El artículo 15.2 de la LDIEC debe ser entendido de manera compatible con la existencia de ese deber de vigilancia, de modo que cuando el artículo 15.2.b) de la LDIEC dispone que no serán considerados responsables los miembros del Consejo de Administración *“cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”*, lo que se está previendo es un supuesto excepcional que se refiere a supuestos en los que la Comisión Ejecutiva u otro órgano o cargo de la entidad actúe de manera autónoma y, normalmente, subrepticia (típicamente, para el propio provecho de las personas que componen ese órgano), de forma tal que un desempeño diligente del deber de vigilancia del Consejo de Administración –que, repetimos, es inherente a la delegación– no permita el descubrimiento del ilícito perpetrado por el órgano o cargo delegado (que, en esos casos, habrá sido habitualmente cometido precisamente con ánimo de ocultación). O, dicho de otra forma: si el órgano de administración hubiese podido evitar la comisión del ilícito mediante el diligente



desenvolvimiento de su deber de vigilancia activa, no puede entenderse que tal ilícito sea “exclusivamente” imputable al órgano o cargo delegado. Así lo vienen entendiendo también nuestros Tribunales, pudiendo citarse, en este sentido, y, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2000 (RJCA 2001\1227) y la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\5511).

A mayor abundamiento, en el caso que aquí nos ocupa, en el que el Banco de España dirigió un requerimiento al Consejo de Administración de la Entidad, no es posible que los miembros de éste ahora pretendan desvincularse del requerimiento que les fue dirigido y sostener que la infracción sería exclusivamente imputable a un órgano delegado. En este sentido tuvo ocasión de pronunciarse la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 2006 (RJ 2006\6733).

Siendo esto así, y como reconoce alguno de los expedientados⁶⁶, no nos encontramos aquí en el supuesto previsto en el artículo 15.2 de la LDIEC, debiendo rechazarse la alegación formulada.

b.2 En segundo lugar, y por lo que respecta a la **alegación que hace el expedientado relativa a su diligencia**, cabe comenzar negando que la diligencia exigible sea simplemente la general de la LSC relativa a un ordenado empresario, como afirma el expedientado. Como se ha analizado en detalle en el epígrafe 6.2.1 –al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias–, la diligencia exigible a los administradores de las entidades financieras es superior a la de un ordinario empresario, por lo que no basta con prestar la diligencia de un ordenado empresario para entender agotada la diligencia exigible al expedientado.

Dicho esto, del análisis de las actas de las sesiones del Consejo de Administración en las que el Sr. Rotellar desempeñó el cargo de consejero durante el periodo relevante (esto es, a partir de 2013) no se observa que el expedientado fuese, como señala, particularmente activo en el desempeño del cargo. De hecho, los dos ejemplos que cita el expedientado (que, por otro lado, tampoco son demostrativos de una diligencia elevada, y mucho menos de la diligencia suficiente como para haber detectado y subsanado las deficiencias aquí constatadas) se corresponden con las únicas dos sesiones en las que, según dichas actas, formuló alguna intervención.

b.3 En tercer y último lugar, debe desestimarse la alegación en virtud de la cual el expedientado sostiene que se le debería dar el mismo tratamiento que al representante persona física de la Comunidad de Madrid. Para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos en este punto a los argumentos detalladamente explicados en el epígrafe 5.1.6 de la presente Propuesta, añadiendo aquí que el expedientado es perfectamente

⁶⁶ D. Jorge Morán Santor (folio 6.605).

consciente de que es bien distinto ser representante persona física o ser consejero, así como las implicaciones disciplinarias de ello, como resulta del hecho de que el propio Sr. Rotellar, que fue consejero de Avalmadrid hasta el 21 de octubre de 2014, pasó a ser a partir de entonces representante persona física de la Comunidad de Madrid, dimitiendo en ese mismo momento en su calidad de miembro del Consejo de Administración (folio 1.866).

b.4 Por tanto, a juicio de esta Instrucción, el Sr. Rotellar incurre en responsabilidad a título de culpa o negligencia, sin que consten en el expediente elementos que permitan fundamentar una imputación a título de dolo.

6.2.2.8 Alegaciones formuladas por D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Bajo el epígrafe titulado *“falta de culpabilidad en las presuntas infracciones”*, el Sr. Bote (folios 7.990 a 7.998) aduce que no concurre el elemento de culpabilidad que exige la imposición de toda sanción.

En la medida en que el grueso de las alegaciones que en este punto formula el Sr. Bote es coincidente con las formuladas por el Sr. Rotellar, para evitar reiteraciones innecesarias se hace remisión al resumen y análisis que se ha llevado a cabo en el epígrafe 6.2.2.7. Aquí se analizarán exclusivamente las alegaciones de dicho expedientado adicionales a las allí tratadas.

El expedientado explica que únicamente se le atribuye el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos, que concluyó el 29 de julio de 2014. Teniendo en cuenta que él entró apenas un mes antes como consejero de la Entidad, periodo de tiempo en el que únicamente se celebró una reunión del Consejo de Administración, sostiene que *“a los consejeros de Avalmadrid sólo se les puede imputar una conducta omisiva durante el transcurso de las sesiones del Consejo de Administración, en tanto que fuera de ellas carecen de facultades para promover que tal entidad despliegue la conducta exigida, en tanto que no pueden convocar tal órgano”* y que no es exigible que en una única sesión del órgano de administración un consejero detecte una deficiencia y proponga su subsanación. Por ello, concluye que no existe culpabilidad en su conducta.

Añade que el incumplimiento era particularmente difícil de detectar por las circunstancias concurrentes y porque su subsanación competía a la Comisión Ejecutiva (de la que el expedientado no era miembro). Dice que, cuando accedió al cargo de consejero, analizó todas las actas de las reuniones celebradas por el Consejo de Administración de la Entidad en los años anteriores para tener conocimiento del estado de la Entidad, y que

de ese análisis concluyó que la actuación de Avalmadrid fue correcta y que se habían cumplido los requerimientos. Así, menciona el acta de la sesión del Consejo de Administración de 18 de diciembre de 2012 (en la que se acordó limitar, con carácter general, el importe máximo por operaciones financieras a las cantidades máximas de reaval estatal y autonómico existente en cada momento), el acta de la sesión de 12 de febrero de 2013 (donde se acordó posponer la actualización del manual de política de riesgos) y el acta de la sesión de 28 de mayo de 2013 (en la que se acordó fijar el importe máximo por operación financiera en el 75% superior al límite máximo del reaval).

Aduce también, en línea con lo dicho por otros expedientados, que *“no consta en el expediente la fecha en que se modificó la Norma General de Riesgos”* y que esa incertidumbre impide sancionar por la infracción relativa a la concentración de riesgos a cualquier consejero nombrado con posterioridad al 1 de enero de 2013.

b. Valoración de las alegaciones

Se acogen en los siguientes términos.

Como dice el expedientado, y de conformidad con los criterios expuestos en el Pliego de cargos (folios 4.926 y 4.927), únicamente se le imputa el incumplimiento del requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos, en la medida en que entró en la Entidad en junio de 2014 y no formó parte de ningún órgano con especiales facultades en materia de seguimiento del riesgo.

Y siendo ello así, como señala el expedientado: **(i)** cuando fue nombrado consejero de Avalmadrid hacía ya año y medio que el Banco de España había dirigido a la Entidad su requerimiento de noviembre de 2012; y **(ii)** el periodo de tiempo que transcurre desde que, en junio de 2014, pasa a ser consejero de la Entidad hasta que se da cumplimiento al requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos (29 de julio de 2014) es de apenas un mes.

Las anteriores circunstancias resultan, a juicio de esta Instrucción, insuficientes para atribuir al expedientado una participación mínimamente significativa en el curso causal de producción del incumplimiento en cuestión, razón por la que **no se aprecia que exista responsabilidad** del Sr. Bote respecto del señalado requerimiento en materia de concentración de riesgos.

Dicho esto, esta Instrucción no quiere dejar de señalar que, al contrario de lo que afirma el expedientado, la responsabilidad de los consejeros y su diligencia no resulta únicamente exigible en las reuniones del órgano de administración, sino que lo es durante todo el periodo de su mandato, pues su capacidad de actuación, atribuciones y facultades alcanzan mucho más allá de la mera asistencia a las reuniones del órgano de administración. Tampoco la aquí tratada es una deficiencia particularmente difícil de

detectar ni ajena al deber de vigilancia activa que incumbe en todo caso al órgano de administración.

Igualmente, el análisis de las actas que señala haber llevado a cabo el expedientado y que explicita en sus alegaciones no conduce a la conclusión de que el requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos estaba cumplido, sino al contrario. En ese análisis se obvia que la Entidad tenía que haber modificado la Norma General de Riesgos el 1 de enero de 2013, y se observa que no lo hizo ni en febrero (cuando se pospuso tal medida) ni en mayo (donde se fijó un límite un 75% superior), no siendo hasta el 29 de julio de 2014, con 19 meses de retraso, cuando se hizo.

Por último, se quiere también señalar que, según se ha apuntado ya en esta Propuesta, no existe incertidumbre sobre el momento en que se modificó la Norma General de Riesgos para adoptar el límite máximo por operación correspondiente al límite máximo de reaval. Y ello porque en el Acta de inspección (folio 37) consta que la versión 13ª de la Norma General de Riesgos que incorporó el límite se aprobó el 29 de julio de 2014, dato corroborado por la propia Avalmadrid (folios 711 y 6.199) y que, además, concuerda temporalmente con la propuesta que a tal efecto hizo la Comisión Delegada de Riesgos de la Entidad en fecha 4 de julio de 2014 (folio 2.926 y 2.927). Con esa prueba cualificada, y en ausencia de cualquier otro dato contradictorio, esta Instrucción tiene por acreditado que efectivamente fue el 29 de julio de 2014 cuando se incorporó a la Norma General de Riesgos el límite máximo, por lo que no hay incertidumbre alguna respecto de la fecha en que finalmente se dio cumplimiento al requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos.

6.2.2.9 Alegaciones formuladas por D. Pedro Irigoyen. Análisis y valoración

a. Resumen de las alegaciones

Bajo el epígrafe titulado "*falta de culpabilidad en las presuntas infracciones*", el Sr. Irigoyen (folios 8.021 a 8.035) aduce que no concurre el elemento de culpabilidad que exige la imposición de toda sanción.

En la medida en que una parte de las alegaciones que en este punto formula el Sr. Irigoyen son coincidentes con las formuladas por el Sr. Rotellar, para evitar reiteraciones innecesarias nos remitimos al resumen y análisis que se ha llevado a cabo en el epígrafe 6.2.2.7. Aquí se analizarán exclusivamente las alegaciones de dicho expedientado adicionales a las allí tratadas.

El expedientado afirma que, cuando accedió al cargo de consejero, analizó todas las actas de las reuniones celebradas por el Consejo de Administración de la Entidad en los años anteriores para tener conocimiento del estado de la Entidad, y que de ese análisis concluyó que la actuación de Avalmadrid fue correcta y que se habían cumplido los

requerimientos del Banco de España. Así, menciona el acta del Consejo de Administración de 18 de diciembre de 2012 (en la que se acordaron varias medidas relativas al seguimiento del riesgo) y el acta de 12 de febrero de 2013 (donde se acordó una modificación del manual de seguimiento de riesgos), señalando que en esta última *"se aprobaron las modificaciones del Manual de Seguimiento de Riesgos y, en concreto, la Norma Seguimiento IT 67, cumpliendo así con el requerimiento del Banco de España"*.

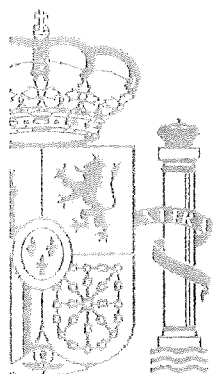
Además, al formular la alegación de confianza legítima –por lo demás, idéntica a la formulada por el expedientado Sr. Rotellar, a cuyo análisis nos remitimos–, añade que cuando la responsable de asesoría jurídica de la Entidad le remitió las reglas de funcionamiento de Avalmadrid (folio 8.424 y ss.) no mencionó los requerimientos del Banco de España, de lo que concluye que *"habiéndose desplegado una diligencia suficiente, este administrado no pudo tener constancia de la necesidad de promover ninguna actuación por parte de Avalmadrid"*.

Aduce el expedientado que ha desplegado toda la diligencia que le era exigible. Así, dice que se abstuvo cuando procedía (pone el ejemplo de una operación en cuya votación se abstuvo al tener relación con el avalado), que estuvo pendiente de la adecuada cumplimentación de las actas, que intervino con frecuencia en las reuniones de la Comisión de Riesgos, que tuvo una actitud proactiva (afirma que tenía especial conocimiento de uno de los avalados e intentó recuperar parte de las pérdidas del aval), que siguió el mismo criterio que otros *"dos empleados bancarios de gran experiencia y responsabilidad en entidades de crédito de primer nivel"* (D. Carlos Javier Meléndez Falkowski y D. Alberto Manrique Navas) que no apreciaron *"que la información disponible fuera insuficiente para el análisis de las operaciones"*, y que asistió con regularidad a las sesiones de la Comisión de Riesgos (17 de 21).

Asimismo, afirma que, de conformidad con la Circular del Banco de España 4/2004, durante el periodo de su mandato (de octubre de 2014 a octubre de 2015) *"correspondía a la Comisión de Auditoría y al Departamento de Auditoría, la función de velar por la implementación de las políticas de riesgo"*, sin que por ello, en opinión del expedientado, sea posible *"imputar un incumplimiento en la ejecución de las políticas de riesgo a un miembro del Consejo de Administración o de la Comisión de Riesgos"*. En base a ello, aduce que concurriría la causa de exoneración prevista en el artículo 15.2.b) de la LDIEC.

Sostiene el expedientado que el Pliego de cargos no le imputa la infracción en su calidad de consejero sino en su calidad de miembro de la Comisión de Riesgos, y que, de conformidad con el artículo 15 de la LDIEC, *"no puede imputarse una infracción a una persona por el sólo hecho de pertenecer a la Comisión de Riesgos"*, sino únicamente a quienes ejercen cargos de administración o dirección en una entidad.

Por último, al formular la alegación por la que sostiene que se le debería dar el mismo tratamiento que al representante persona física de la Comunidad de Madrid –por lo



demás, idéntica a la realizada por el expedientado Sr. Rotellar, a cuyo análisis nos remitimos– añade que en su caso ello es particularmente evidente porque realizó funciones de presidente del Consejo de Administración de Avalmadrid sin tener la condición de representante persona física y sin que existiese en ese momento ningún representante persona física de tal Administración.

b. Valoración de las alegaciones

Se desestiman.

El expedientado formó parte de la Comisión de Riesgos, Comisión que, como se ha explicado en detalle en el epígrafe 6.2.2.6 de la presente Propuesta –al que nos remitimos–, tenía competencias en materia de seguimiento de riesgos, como evidencia no sólo su delimitación competencial sino también el contenido de sus reuniones, donde constantemente se analizaban cuestiones relativas al seguimiento del riesgo e incluso se hacían presentaciones monográficas sobre la materia a sus miembros (*vid.*, por ejemplo, folios 3.283 y ss.). Siendo esto así, y teniendo en cuenta la naturaleza de las deficiencias constatadas en materia de seguimiento del riesgo (que se detallan en el epígrafe 3.2), el Sr. Irigoyen contaba, a priori, con más elementos para poder detectar las deficiencias apreciadas por el equipo inspector.

Tampoco puede prosperar la alegación de confianza legítima que formula el expedientado. Cuando alguien es designado miembro de la Comisión de Riesgos de una entidad supervisada, esa persona debe desplegar una conducta activa que le permita conocer todos los pormenores de la política de riesgos de la Entidad, incluyendo ahí la indagación acerca de cómo se está llevando a cabo el seguimiento del riesgo y, desde luego, circunstancias tan relevantes como la existencia de requerimientos que el supervisor haya podido dirigir a la entidad en la materia específica objeto de dicha Comisión. Al no haber actuado de ese modo, no puede entenderse que el expedientado haya desplegado una diligencia suficiente que le exonere de responsabilidad.

Tampoco supone un despliegue de diligencia con alcance exoneratorio el hecho de que el expedientado se abstuviera en una votación en la que tenía conflicto de interés (que, en realidad, no es sino el cumplimiento de un deber elemental de todo consejero), ni que asistiese a un número elevado de reuniones de la Comisión de Riesgos de la que era miembro o que interviniese repetidamente en las mismas respecto de cuestiones ajenas a la materia de seguimiento del riesgo aquí relevante (en la mayoría de los casos para referirse a la venta de un inmueble en Carabaña).

El hecho de que tuviese una actitud proactiva para intentar que Avalmadrid se beneficiase del especial conocimiento que el expedientado pudiera tener sobre un acreditado o que pusiese particular empeño a la hora de que en las actas constasen manifestaciones

(también relativas, en su mayor parte, a la venta de un inmueble en Carabaña) es, de nuevo, algo encomiable pero que no supone una demostración de diligencia tal que desvirtúe el hecho indiscutible de que no controlase debidamente que en la Entidad se hiciese un seguimiento del riesgo que le permitiese identificar la evolución de los avalados.

En el mismo sentido, el hecho de que el expedientado afirme haber seguido el criterio de otras personas a las que considera referentes en la materia y que no habrían apreciado *“que la información disponible fuera insuficiente para el análisis de las operaciones”* no supone una exoneración de responsabilidad para el expedientado. El estándar de diligencia exigible no es el de unas personas en concreto, sino el ya mencionado de un ordenado empresario cualificado con la especial responsabilidad propia de los cargos que operan en el sector financiero, estándar que –por lo ya dicho– no se ha cumplido. De igual modo, por las razones ya explicadas en la providencia de prueba de 10 de mayo de 2019 (folio 8.808), es preciso subrayar que en este expediente no se hace un análisis general acerca de la suficiencia y adecuación de la información manejada por la Comisión de Riesgos de Avalmadrid, sino que lo que se aborda es la existencia de concretas deficiencias en los mecanismos y procedimientos de control y seguimiento del riesgo que los expedientados no han sido capaces de detectar y subsanar.

La mención del anejo 9 de la Circular 4/2004 a que se refiere el expedientado en modo alguno implica que la Comisión o el Departamento de Auditoría sea la responsable del seguimiento del riesgo, que es la cuestión aquí relevante. Antes al contrario, en dicho anejo 9 se dice que las políticas de la entidad tienen que detallar, entre otras cosas, *“las responsabilidades y facultades delegadas de los diferentes órganos y personas encargadas de la concesión, formalización, seguimiento, valoración y control de las operaciones”*. Y, según se ha visto, ha quedado acreditado que en el periodo en que el expedientado estuvo en la Entidad la competencia en materia de seguimiento del riesgo correspondía a la Comisión de Riesgos, a la que pertenecía el expedientado. Como consecuencia de ello, no puede prosperar la exoneración que propone el expedientado sobre la base del artículo 15.2.b) de la LDIEC.

No puede tampoco prosperar la alegación del expedientado por la que sostiene que el Pliego de cargos no le imputa la infracción en su calidad de consejero sino en su calidad de miembro de la Comisión de Riesgos, y que tal cosa estaría proscrita. Al expedientado no se le imputa la infracción en su condición de miembro de la Comisión de Riesgos de Avalmadrid; se le imputa en su condición de consejero de la Entidad. Ahora bien, el hecho de que, para ser sujeto sancionable por el Banco de España, se haya de ser, en los términos previstos por la Ley (apartados 1 y 4 del artículo 1 de la LDIEC), consejero o director general, no quiere decir que la responsabilidad de todos los consejeros y directores generales haya de ser idéntica, pues habrá que atender a las particulares circunstancias concurrentes en relación con cada uno de ellos. Y eso es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que una importante circunstancia desde la perspectiva de la responsabilidad viene dada por el hecho de la pertenencia adicional,

dentro de la Entidad, a un órgano específico encargado precisamente de conocer de aquello que constituye el objeto del segundo requerimiento del Banco de España: el seguimiento del riesgo. Circunstancia que, como se dice en el Pliego de cargos y ahora se confirma, justifica la imputación a los consejeros miembros de la Comisión de Riesgos aun cuando hubiesen entrado en la Entidad después de que el Banco de España hubiese dirigido a Avalmadrid el citado requerimiento.

Por último, debe también desestimarse la alegación por la que el expedientado sostiene que se le debería dar el mismo tratamiento que al representante persona física de la Comunidad de Madrid, por los mismos argumentos explicados con ocasión de la alegación formulada al respecto por el Sr. Rotellar. Y en nada obsta a ello el hecho de que el expedientado Sr. Irigoyen realizase en una ocasión funciones de presidente del Consejo de Administración de Avalmadrid sin tener la condición de representante persona física y sin que existiese en ese momento ningún representante persona física de tal Administración.

A este respecto, el Sr. Irigoyen fue consejero desde su incorporación a la Entidad el 21 de octubre de 2014 hasta su cese en tal condición el 21 de octubre de 2015, sin que el hecho de que ostentase la presidencia del Consejo de Administración en una única sesión de dicho órgano (la celebrada el 19 de junio de 2015) cambie en modo alguno esa condición. La Presidencia del Consejo de Administración, como indica el expedientado, le correspondía en principio a la Comunidad de Madrid. Lo que no dice el expedientado es que en esa sesión del Consejo de Administración, como se explica en detalle en el acta correspondiente (folio 2.090), el representante persona física de la Comunidad de Madrid había dimitido y, por tanto, se dio el supuesto de imposibilidad previsto en el artículo 24 de los estatutos de Avalmadrid (folios 3.920 y 3.945), que prevé que:

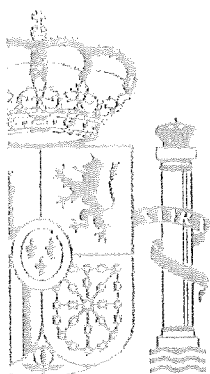
“La Presidencia del Consejo corresponderá al Presidente, y, caso de ausencia o imposibilidad, al Vicepresidente.

En el caso de ausencia o imposibilidad del Presidente o Vicepresidente, las reuniones del Consejo serán presididas por aquel de los Consejeros que los restantes miembros elijan a tal fin en la sesión de que se trate.”

Es decir, que el Sr. Irigoyen realizó funciones de presidencia en esa sesión del Consejo de Administración no porque fuese un representante persona física, sino porque se aplicó un mecanismo estatutariamente previsto en virtud del cual, por ausencia o imposibilidad del presidente, el resto de consejeros le designaron a él para ejercer funciones de presidente en esa sesión, de igual modo que podían haber designado a otro consejero. Así se observa en el acta antes citada (folio 2.090), en la que se lee que:

“Como cuestión previa, debido a la dimisión del Ilmo. Sr. D. José María Rotellar García como representante persona física de la Comunidad de Madrid, a quien corresponde la presidencia del Consejo, los miembros del Consejo presentes y representados acordaron, por unanimidad, nombrar al Ilmo. Sr. D. Pedro Irigoyen Barja para ejercer las funciones de Presidente durante la sesión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de los Estatutos Sociales de Avalmadrid.”

Deben, por tanto, desestimarse las alegaciones del Sr. Irigoyen, apreciando esta Instrucción responsabilidad a título de culpa o negligencia en el citado expedientado, sin que haya elementos en el expediente que permitan entender que ha habido dolo.



7 Determinación de las sanciones

7.1 Determinación legal de las sanciones que podrían imponerse a la Entidad y a sus cargos de administración y dirección

Una vez acreditados los hechos imputados a los expedientados y tipificada la infracción correspondiente a esos hechos como **una infracción grave**, las sanciones que, atendiendo al tiempo de comisión de los hechos y a la remisión contenida en el artículo 67 de la Ley 1/1994, podrían imponerse a quienes resulten responsables de dicha infracción son las que contempla el Capítulo III del Título I de la LDIEC, y, en concreto, las previstas en los artículos 10 y 13 de esta última.

Así, respecto de la citada infracción, las sanciones que se podrían imponer son las siguientes:

(i) A Avalmadrid

Según dispone el artículo 10 de la LDIEC, por la comisión de infracciones graves se impondrán una o más de las siguientes sanciones:

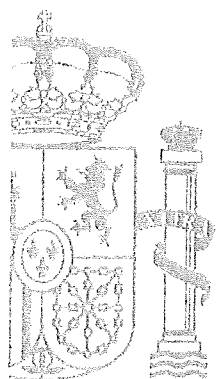
- a** Multa por importe de hasta el medio por ciento de sus recursos propios, o hasta 500.000 euros si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.
- b** Amonestación pública con publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

(ii) A los cargos de administración y dirección

Según dispone el artículo 13.1 de la LDIEC, con independencia de la sanción que corresponda imponer a la entidad por la comisión de infracciones graves, podrán imponerse las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o de dirección en la misma, sean responsables de la infracción:

- a** Amonestación privada.
- b** Amonestación pública.
- c** Multa a cada uno de ellos por importe no superior a 250.000 euros.
- d** Inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación, en su caso, del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad de crédito, por plazo no superior a un año.

En el caso de imposición de la sanción prevista en la letra d), podrá imponerse simultáneamente la sanción prevista en la letra c).



7.2 Graduación de las sanciones

En cuanto a la determinación y graduación de las concretas sanciones que procede imponer, deben tenerse en cuenta los criterios que establece el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, sustancialmente coincidentes, en lo que aquí interesa, con los previstos en el artículo 29 de la Ley 40/2015, que son:

- a La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b La naturaleza de los perjuicios causados.
- c La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Los anteriores criterios han de ser complementados con los que contiene el artículo 14.1 de la LDIEC, a cuyo tenor las sanciones aplicables en cada caso por la comisión de infracciones se determinarán sobre la base de los siguientes criterios:

- a La naturaleza y entidad de la infracción.
- b La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.
- c Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.
- d La importancia de la entidad correspondiente, medida en función del importe total de su balance.
- e Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.
- f La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.
- g En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.
- h La conducta anterior de la entidad 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.

Por su parte, para la determinación de las sanciones cuya imposición procede proponer respecto de quienes, a la fecha a que se contraen los hechos que son objeto de valoración disciplinaria en este expediente, ocupaban cargos de administración y dirección en la Entidad, se tendrán en cuenta, además, las siguientes circunstancias, previstas en el artículo 14.2 de la LDIEC:

- a El grado de responsabilidad en los hechos que concurra en el interesado.
- b La conducta anterior del interesado, en la misma o en otra entidad, en relación con las normas de ordenación y disciplina, tomando en consideración al efecto las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años.

- c El carácter de la representación que el interesado ostente.

Las anteriores circunstancias serán tenidas en cuenta a la hora de determinar las sanciones que procede proponer respecto de cada uno de los expedientados por la comisión de la infracción grave que aquí se imputa, adaptándolas al principio de proporcionalidad y a las circunstancias concretas contempladas y puestas de manifiesto en el expediente.

Asimismo, a la hora de modular las sanciones que procede proponer, se ha de tener en consideración que, junto a la finalidad represiva de un expediente disciplinario, en el que la sanción es la justa y legítima consecuencia de una conducta reprochable, debe asimismo contemplarse el fin preventivo de la sanción, que no pretende otra cosa que evitar situaciones como la analizada en el expediente y su repetición en el futuro, tanto en los expedientados como en el resto de los sujetos que operan en el mercado al que éstos pertenecen.

De igual modo, se tendrán presentes, a la hora de fijar las sanciones que procede imponer, la importancia de los hechos infractores, la capacidad económica de los expedientados, la importancia de la Entidad y la trascendencia del bien jurídico protegido contra el que se ha actuado con la comisión de la infracción que ha resultado acreditada.

7.3 Determinación de las sanciones que se propone imponer a los expedientados respecto de la infracción imputada

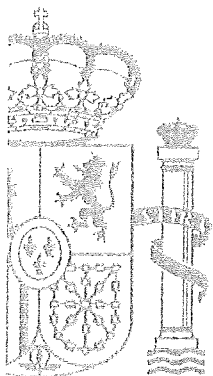
Tras la exposición y valoración de las alegaciones presentadas al respecto por la Entidad (**epígrafe 7.3.1**) y por los cargos de administración y dirección (**epígrafe 7.3.2**), se determinarán (**epígrafes 7.3.3 y 7.3.4**) las sanciones que procede proponer respecto de cada expedientado.

7.3.1 Alegaciones de la Entidad

a. Resumen de las alegaciones

Avalmadrid sostiene (folios 6.205 a 6.209), en relación con el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos, que dicha concentración se ha reducido y que la Entidad adoptó medidas que van más allá de las exigidas por el requerimiento, lo que debe tenerse en cuenta para atenuar la sanción.

Respecto del requerimiento relativo al seguimiento del riesgo, sostiene la Entidad que se trataría de un incumplimiento parcial (relativo a la aplicación de las medidas efectivamente adoptadas) y que se daría en un número muy reducido de casos. Además, añade que la calificación como incumplimiento se hizo sólo en el Informe a la Comisión Ejecutiva y no



en el Acta ni en el Informe de Inspección, lo que revelaría que las deficiencias son de escasa entidad.

A lo anteriormente dicho se sumaría, en opinión de la Entidad, la concurrencia de varias atenuantes. Así, dice Avalmadrid que no se ha provocado perjuicio a terceros, ni ha habido intencionalidad, ni se ha obtenido beneficio económico, ni ha habido insuficiencia de recursos propios y que, además, la Entidad siempre ha colaborado plenamente con el Banco de España.

Por último, invoca la expedientada un precedente relacionado con una sanción que el Banco de España impuso a otra sociedad de garantía recíproca por una infracción muy grave, que se saldó con una multa de 130.000 euros.

Sobre la base de lo expuesto, termina la expedientada solicitando, con carácter subsidiario, que la sanción que eventualmente se le imponga *“lo sea en su grado inferior, correspondiente a las infracciones leves”*.

b. Valoración de las alegaciones

Se acogen parcialmente.

A la hora de proponer la sanción que procede imponer a la Entidad se tendrá en consideración, según la prueba obrante en el expediente, el hecho de que el incumplimiento del requerimiento relativo a la concentración de riesgos ha tenido un impacto limitado en la concentración de riesgos de Avalmadrid y que ésta ha adoptado medidas adicionales a las requeridas tendentes a la disminución de dicha concentración. Lo que no quiere decir, como se indicó en el epígrafe 5.3 de la presente Propuesta de resolución, que se entienda que el incumplimiento no tuvo lugar.

En cuanto al requerimiento en materia del seguimiento del riesgo, procede comenzar aclarando que, según se ha explicado en el epígrafe 5.3 de la presente Propuesta, el desvalor de la conducta tipificada reside fundamentalmente en no haber corregido deficiencias cuya subsanación había sido previamente requerida por el supervisor; no en que esas deficiencias sean, además, generalizadas o particularmente significativas respecto del total de operaciones, lo que, en su caso, subsumiría la conducta infractora en un tipo agravado o supondría una circunstancia agravante. De igual modo, atendiendo a lo razonado en el epígrafe 5.1.3 de esta Propuesta, tampoco se estima que el hecho de que en el Acta de inspección o en el Informe de Inspección no se calificasen formalmente como incumplimientos las deficiencias detectadas en materia de seguimiento suponga una circunstancia que aconseje moderar el reproche sancionador. Ahora bien, se tendrá en consideración que el resultado de la prueba practicada durante el periodo probatorio muestra, en cuanto a este requerimiento en materia del seguimiento del riesgo, una

reducción muy significativa en el número de operaciones con deficiencias durante el periodo relevante respecto de las inicialmente detectadas por la inspección.

Por lo que se refiere a esas otras circunstancias invocadas como atenuantes por los expedientados, cabe señalar que los criterios de dosimetría punitiva previstos en las normas administrativas (y, en particular, por lo que aquí respecta, en los artículos 131 de la Ley 30/1992 y 14 de la LDIEC) no operan del mismo modo que en el ámbito penal. Así, dichos preceptos se limitan a recoger una relación de criterios que, en función de su incidencia en los hechos objeto de reproche, permiten determinar la sanción que procede imponer (*vid.*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 –RJ 2007\518– y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2006 –JUR 2007\305903–), pero no se trata de criterios cuya concurrencia deba necesariamente comportar la atenuación del reproche sancionador. El hecho de que dichos preceptos enumeren una serie de criterios que han de servir para determinar la sanción más adecuada a la conducta realizada no quiere decir que todas ellas se consideren al mismo tiempo circunstancias agravantes (de concurrir) o circunstancias atenuantes (de no concurrir). Teniendo en cuenta lo anterior, no se aprecian como atenuantes circunstancias como (i) la ausencia de beneficios derivados de la infracción, (ii) la ausencia de perjuicio a terceros, y (iii) la ausencia de insuficiencia de recursos propios. Todas ellas se refieren, en efecto, a criterios que, de concurrir, agravarían la responsabilidad de los expedientados, pero, si no concurren, su efecto es neutro, es decir no atenúan el reproche sancionador.

Dicho esto, a la hora de proponer la sanción procedente, se tienen en consideración como circunstancias que aconsejan moderar el reproche sancionador: (i) la inexistencia de intencionalidad, apreciándose culpa o negligencia, pero no dolo, en la conducta infractora; y (ii) la colaboración prestada por la Entidad. No se aprecia la existencia de agravantes específicas. Esta Instrucción aprecia que con la sanción que se propondrá se cumple el principio de proporcionalidad, sin necesidad de rebajar la misma al grado inferior.

7.3.2 Alegaciones de los cargos de administración y dirección

a. Resumen de alegaciones

Algunos expedientados formulan alegaciones análogas a las realizadas por Avalmadrid⁶⁷, mientras que otros⁶⁸ solicitan subsidiariamente la imposición de la mínima sanción posible de amonestación privada, explicando que *“por las circunstancias concurrentes, la conducta desplegada no reclama ninguna agravación de la responsabilidad a depurar, respecto del mínimo posible”*.

⁶⁷ Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (folios 6.956 a 6.960).

⁶⁸ D. José María Rotellar García (folio 7.966) y D. Pedro Irigoyen (folios 8.035 y 8.036).

Por su parte, el expedientado D. Juan Luis Fernández-Rubíes Lillo aduce (folios 6.979 y 6.980) que, de ser procedente la imposición de una sanción, ésta debería ser en su grado mínimo *“habida cuenta de la escasísima si no nula repercusión de la actuación de esta parte como Director General de la entidad en el escaso tiempo observado respecto de la valoración de esta supuesta infracción”*. Añade que hay varias circunstancias recogidas en el artículo 14 de la LDIEC que aconsejarían imponer la sanción en su grado mínimo (gravedad del peligro ocasionado, ganancias obtenidas, consecuencias para el sistema financiero o la economía nacional) y señala que su conducta anterior *“no puede sino calificarse como intachable”*.

b. Valoración de las alegaciones

Las alegaciones coincidentes con las formuladas por la Entidad se acogen parcialmente, según lo ya explicado en el anterior epígrafe 7.3.1.b), que se da aquí por reproducido, mientras que **las restantes alegaciones se rechazan**.

Así, esta Instrucción aprecia que la conducta de los expedientados ha tenido la significación suficiente como para merecer un reproche consistente en una sanción de multa, en el importe que se propondrá en cada caso, sin que la de amonestación privada se considere proporcionada ni disuasoria.

Finalmente, debe rechazarse la alegación del Sr. Fernández-Rubíes Lillo. Según lo explicado en detalle en el epígrafe 6.2.2.4 de la presente Propuesta, no se aprecia que la intervención y responsabilidad de dicho expedientado en los hechos sancionados sea mínima. Por lo que respecta al pretendido efecto atenuador de circunstancias tales como la ausencia de graves consecuencias para el sistema financiero o la economía nacional, la ausencia de ganancias, la falta de especial gravedad del peligro ocasionado o la ausencia de reincidencia, debe darse aquí por reproducido lo dicho en la letra b) del epígrafe 7.3.1: tales circunstancias, de concurrir, agravarían la responsabilidad de los expedientados, pero, si no concurren, su efecto es neutro, es decir no atenúan el reproche sancionador.

7.3.3 Determinación de las sanciones que se propone imponer a la Entidad

Con carácter previo, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la LDIEC, el límite máximo de la sanción de multa que puede imponerse a Avalmadrid por la comisión de una infracción grave como la aquí imputada es de 500.000 euros, ya que el 0,5% de los recursos propios de la Entidad arroja una cifra inferior a ese límite mínimo fijado por la norma⁶⁹.

⁶⁹ Según se deriva de los Informes Anuales de la Entidad (<https://www.avalmadrid.es/publicaciones.php>), durante los ejercicios 2013 a 2018 los fondos propios de Avalmadrid fueron de 40.111.000 euros, de los que un 0,5% supone unos 200.000 euros.

Pues bien, en lo que hace a la determinación de la sanción que procede proponer respecto de la Entidad, entiende esta Instrucción procedente proponer la imposición de una sanción de multa, apreciando la concurrencia de las dos atenuantes señaladas en el precedente epígrafe 7.3.1.b), sin estimar que concurren agravantes específicas.

En atención a ello, se estima oportuno **proponer para Avalmadrid** una sanción de **multa** por importe de **100.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4 Determinación de las sanciones que se propone imponer a los cargos de administración y dirección

Con carácter previo, debe tenerse presente que, en el caso de los cargos de administración y dirección, el límite máximo de la horquilla sancionadora es para cada uno de ellos de 250.000 euros (artículo 13.1 de la LDIEC).

Pues bien, la determinación del importe de la sanción respecto de cada expedientado comporta un juicio individualizado en que habrán de tenerse en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en cada uno de ellos. Esas circunstancias pueden sistematizarse en las siguientes categorías: **(i) el número de requerimientos incumplidos que se le imputan** (uno o dos, según el caso); **(ii) el periodo temporal durante el que cada uno de ellos desempeñó sus respectivas funciones como consejero o director general de la Entidad**, según los casos, siendo, en principio, mayor el grado de responsabilidad de aquellos cargos cuyos mandatos fueron más prolongados, dado que contaron con más tiempo para evitar, corregir o subsanar las irregularidades detectadas por la Inspección, y teniéndose también en cuenta si estaban en el ejercicio de su cargo al tiempo en que se recibió el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012; **(iii) los cargos, adicionales al de consejero o director general, que hubieran tenido relacionados con los hechos objeto del expediente, y, en particular, si fueron miembros de la Comisión Ejecutiva, de la Comisión Delegada de Riesgos o de la Comisión de Riesgos**; y **(iv) la situación particular de cada uno de los expedientados**, para lo cual se valorarán, si las hubiere, especiales circunstancias respecto de cada uno puestas de manifiesto por las alegaciones y prueba obrante en el expediente.

Estas consideraciones generales se completan aludiendo a que también respecto de los cargos de administración y dirección deben considerarse de aplicación las circunstancias atenuantes tenidas en cuenta en relación con la Entidad (falta de intencionalidad en la conducta infractora y colaboración con el supervisor). Finalmente, al igual que sucedía con la Entidad, no se aprecia, respecto de los cargos de administración y dirección, la concurrencia de agravantes específicas.

7.3.4.1 Determinación de las sanciones que se propone imponer a la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid

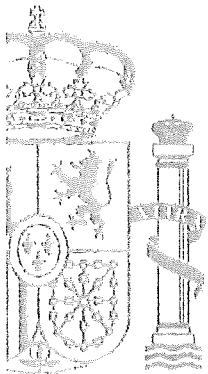
Respecto de esta expedientada, debe tenerse en cuenta: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; (ii) que fue consejera de la Entidad durante todo el periodo relevante (1 de enero de 2013 – 21 de junio de 2018) y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012; y (iii) que, además de mera consejera, ha sido presidenta del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva, perteneciendo, además, a la Comisión Delegada de Riesgos.

Asimismo, debe tenerse en consideración (iv) que la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid recordó en varias ocasiones al resto del Consejo de Administración los requerimientos del Banco de España y adoptó algunas iniciativas al respecto (por ejemplo, folios 1.775 a 1.779, 1.792, 1.882 y 1.885), y asimismo se constata que la expedientada estuvo presente en la reunión de la Comisión Delegada de Riesgos de fecha 4 de julio de 2014 que dio lugar a que la Entidad finalmente cumpliera con el requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos, en la medida en que en esa reunión se acordó “supervisar que se dé cumplimiento a las recomendaciones del Banco de España” y “fijar el importe máximo de los avales a otorgar en la cifra de un millón de euros” (folio 2.926 y 2.927), resultando que pocos días después, el 29 de julio de 2014, la Entidad modificó la Norma General de Riesgos para dar cumplimiento a dicho requerimiento (folios 37, 711 y 6.199).

En atención a las anteriores circunstancias y a lo ya dicho en los epígrafes 6.2.2.2 y 7.3.4, se propone la imposición a la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid de una multa por importe de **50.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.2 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Fernando Rodríguez Sousa

Respecto de este expedientado, debe tenerse en consideración: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; (ii) que fue consejero durante todo el periodo relevante y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos; y (iii) que,



además, de consejero, fue miembro de la Comisión Ejecutiva y –desde abril de 2015– presidente de la Comisión de Riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición al Sr. Rodríguez Sousa de una multa por importe de **50.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.3 Determinación de las sanciones que se propone imponer a la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid

Respecto de esta expedientada, debe tenerse en consideración: **(i)** que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; **(ii)** que fue consejera de la Entidad durante todo el periodo relevante y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012; y **(iii)** que, además de consejera, fue vocal de la Comisión Ejecutiva de la Entidad y presidenta de la Comisión Delegada de Riesgos y de la Comisión de Riesgos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta **(iv)** que la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid presidió la ya citada primera reunión de la Comisión Delegada de Riesgos de fecha 4 de julio de 2014, que fue fundamental para dar cumplimiento al requerimiento relativo a la política de disminución de la concentración de riesgos.

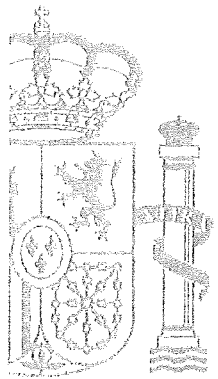
En atención a las anteriores circunstancias y a lo ya dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid de una multa por importe de **48.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.4 Determinación de las sanciones que se propone imponer a Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (antes Mediación y Diagnóstico, S.A.)

Respecto de esta expedientada, debe tenerse en consideración: **(i)** que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; **(ii)** que fue consejera de la Entidad durante todo el periodo relevante y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012; y **(iii)** que, además de consejera, fue miembro de la Comisión Ejecutiva, de la Comisión de Riesgos y de la Comisión Delegada de Riesgos.

Se observa también **(iv)** que Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (antes Mediación y Diagnóstico, S.A.) asistió en su condición de miembro a la ya citada primera reunión de la Comisión Delegada de Riesgos de fecha 4 de julio de 2014, que fue fundamental para dar cumplimiento al requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a Gesmare Sociedad Gestora, S.L.U. (antes Mediación y



Diagnóstico, S.A.) de una multa por importe de **48.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.5 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Alfonso Carcasona García

Respecto de este expedientado, debe tenerse en consideración: **(i)** que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; **(ii)** que fue consejero de Avalmadrid durante todo el periodo relevante y, además, lo era al tiempo en que se recibió el escrito de requerimientos; y **(iii)** que, además de consejero, fue miembro de la Comisión Ejecutiva, de la Comisión Delegada de Riesgos y de la Comisión de Riesgos.

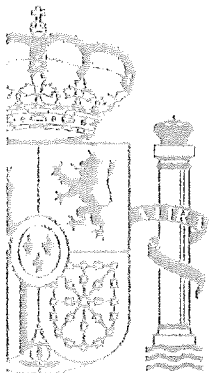
Se observa también **(iv)** que el Sr. Carcasona acudió, como miembro, a la ya citada primera reunión de la Comisión Delegada de Riesgos de fecha 4 de julio de 2014, que fue fundamental para dar cumplimiento al requerimiento relativo a la política de concentración de riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Alfonso Carcasona García de una multa por importe de **48.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.6 Determinación de las sanciones que se propone imponer a Valoración y Control, S.L.

Respecto de esta expedientada, debe tenerse en cuenta: **(i)** que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; **(ii)** que fue consejera durante todo el periodo relevante y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos; y **(iii)** que, además de consejera, fue -desde junio de 2014- miembro de la Comisión Ejecutiva.

Se observa también **(iv)** que en la reunión del Consejo de Administración de Avalmadrid de 21 de marzo de 2013, en el turno de ruegos y preguntas, D. Luis Sotillo, representante de la expedientada aquí considerada, Valoración y Control, S.L., *"pregunta la razón de no haber incluido en el orden del día la cuestión relativa a los acuerdos que deban adoptarse*



sobre la limitación del importe máximo por aval" (vid. epígrafe 6.2.2.1 de la presente Propuesta).

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a Valoración y Control, S.L. de una multa por importe de **45.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.7 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Juan Luis Fernández-Rubés Lillo

Respecto de este expedientado, debe tenerse en cuenta: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; y (ii) que fue director general de Avalmadrid durante parte del periodo relevante, entre el 20 de febrero de 2014 y el 23 de febrero de 2016. Además, al tiempo del escrito de requerimientos de 6 de noviembre de 2012, el Sr. Fernández-Rubés Lillo era, desde 2004, consejero delegado de Avalmadrid, por lo que no puede afirmar que desconocía la existencia del citado requerimiento.

En este sentido, debe tenerse presente, según se ha señalado en el epígrafe 6.2.2.4, que el cargo de director general implica una especial involucración en la gestión diaria de la Entidad, conociendo de cerca la realidad de la misma y, en particular, dependiendo de él directamente el seguimiento del riesgo.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.4 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Juan Luis Fernández-Rubés Lillo de una multa por importe de **45.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

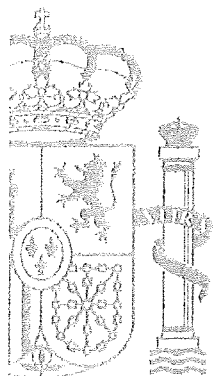
7.3.4.8 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Jesús Martín Sanz

Respecto de este expedientado, debe tenerse en consideración: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; (ii) que fue consejero durante parte del periodo relevante (hasta el 23 de febrero de 2016) y que lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos; y (iii) que, además de consejero, fue miembro de la Comisión Ejecutiva.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición al Sr. Martín Sanz de una multa por importe de **40.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.9 Determinación de las sanciones que se propone imponer a Participaciones y Cartera de Inversión, S.L.

Respecto de esta expedientada, debe tenerse en cuenta: (i) que sólo se le imputa el incumplimiento del requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; (ii) que fue



consejera sólo durante parte del periodo relevante (a partir del 24 de marzo de 2015 [más de dos años después de recibirse el escrito de requerimientos]); y **(iii)** que, además de consejera, fue miembro de la Comisión de Riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1, 6.2.2.6 y 7.3.4, se propone la imposición a Participaciones y Cartera de Inversión, S.L. de una multa por importe de **35.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

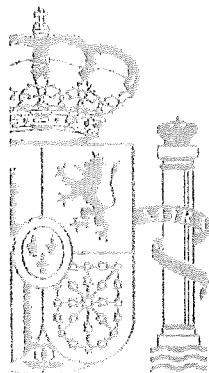
7.3.4.10 Determinación de las sanciones que se propone imponer a Banco Santander, S.A.

Respecto de este expedienteado, debe tenerse en consideración: **(i)** que sólo se le imputa –a título de sucesor universal del Banco Popular Español, S.A.– el incumplimiento del requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; y **(ii)** que fue consejero sólo durante una parte del periodo relevante (a partir del 24 de marzo de 2015 [más de dos años después de recibirse el escrito de requerimientos]); y **(iii)** que, además de consejero, fue miembro de la Comisión de Riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición al Banco Santander, S.A. de una multa por importe de **35.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.11 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía

Respecto de este expedienteado, debe tenerse en cuenta: **(i)** que sólo se le imputa el incumplimiento del requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; **(ii)** que fue consejero durante parte del periodo relevante (a partir del 21 de octubre de 2015, casi



tres años después del escrito de requerimientos); y (iii) que, además de consejero, fue miembro de la Comisión de Riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1, 6.2.2.6 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía de una multa por importe de **33.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.12 Determinación de las sanciones que se propone imponer a CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE

Respecto de esta expedientada, debe tenerse en cuenta: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; y (ii) que fue consejera de Avalmadrid durante todo el periodo relevante y, además, lo era cuando se recibió el escrito de requerimientos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a la citada expedientada de una multa por importe de **30.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.13 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. José María Rotellar García

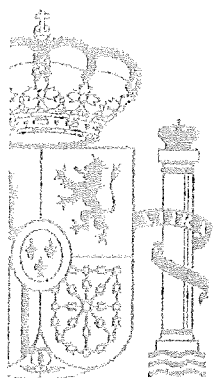
Respecto de este expedientado, debe tenerse en consideración: (i) que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; (ii) que fue consejero durante parte del periodo relevante, entre el 1 de enero de 2013 y el 21 de octubre de 2014 y, además, lo era al tiempo de recibirse el escrito de requerimientos; y (iii) que, además, fue miembro de la Comisión Ejecutiva.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.7 y 7.3.4, se propone la imposición al Sr. Rotellar García de una multa por importe de **18.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.14 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Jorge Morán Santor

Respecto de este expedientado, debe tenerse en cuenta: (i) que sólo se le imputa el incumplimiento del requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; y (ii) que fue director general durante 20 meses (entre el 8 de junio de 2016 [más de tres años y medio después de recibirse el escrito de requerimientos] y el 9 de febrero de 2018).

Debe tenerse también en consideración que, bajo su mandato, se produjeron ciertas mejoras en el seguimiento del riesgo (folios 3.518, 3.555 y 3.563).



En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.3 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Jorge Morán Santor de una multa por importe de **15.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

7.3.4.15 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa

Respecto de este expedienteado, debe tenerse en consideración: **(i)** que se le imputa el incumplimiento de los dos requerimientos; **(ii)** que fue consejero durante parte del periodo relevante, entre el 1 de enero de 2013 y el 21 de octubre de 2014, y que lo era al tiempo de recibirse el escrito de requerimientos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.1 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa de una multa por importe de **13.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

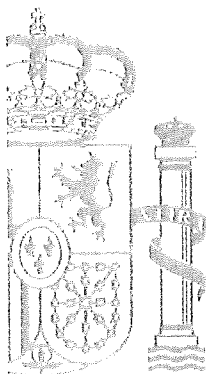
7.3.4.16 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Pedro Irigoyen Barja

Respecto de este expedienteado, debe tenerse en consideración: **(i)** que sólo se le imputa el requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; **(ii)** que fue consejero durante un año (entre el 21 de octubre de 2014 [casi dos años después del escrito de requerimientos] y el 21 de octubre de 2015); y **(iii)** que, además de consejero, fue miembro de la Comisión Delegada de Riesgos (sólo en su última sesión de 22 de octubre de 2014, folios 3.001 a 3.027) y miembro de la Comisión de Riesgos.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.9 y 7.3.4, se propone la imposición al Sr. Irigoyen Barja de una multa por importe de **10.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.

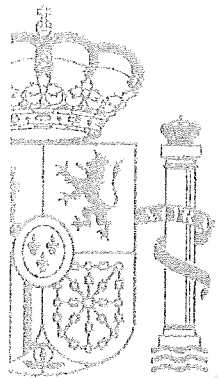
7.3.4.17 Determinación de las sanciones que se propone imponer a D. Juan Iranzo Martín

Respecto de este expedienteado, debe tenerse en consideración: **(i)** que sólo se le imputa el incumplimiento del requerimiento en materia de seguimiento del riesgo; **(ii)** que fue consejero durante apenas cuatro meses (entre el 17 de junio de 2014 [aproximadamente



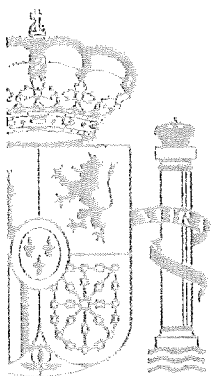
año y medio después del escrito de requerimientos] y el 21 de octubre de 2014); y (iii) que, además, de consejero, fue miembro de la Comisión Ejecutiva.

En atención a las anteriores circunstancias y a lo dicho en los epígrafes 6.2.2.5 y 7.3.4, se propone la imposición a D. Juan Irazo Martín de una multa por importe de **4.000 euros**, que se sitúa en el tercio inferior de la horquilla sancionadora.



8 Autoridad competente y norma de atribución

Según se ha indicado en el epígrafe 2 de la presente Propuesta, la norma procedimental aplicable al presente expediente es la Ley 10/2014 en su redacción anterior al RDL 19/2018. El artículo 90 de dicha Ley atribuye al Banco de España la competencia para la instrucción de los expedientes y para la imposición de las sanciones correspondientes.



9 Parte dispositiva

Por cuanto antecede, vistos los hechos que se consideran probados y los fundamentos jurídicos que les son aplicables, la Instrucción del procedimiento formula la presente Propuesta de resolución para su elevación, en su día, al órgano correspondiente, en atención a las competencias atribuidas al Banco de España por el artículo 90 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; todo ello conforme al siguiente fallo:

PRIMERO.- Imponer a **Avalmadrid, Sociedad de Garantía Recíproca**, una sanción de multa por importe de cien mil euros (100.000 €), prevista en el artículo 10.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (norma sancionadora sustantiva aplicable atendiendo al momento de comisión de los hechos), por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 5.r) de dicha Ley 26/1988, consistente en presentar deficiencias de control interno cuya corrección le había sido previamente requerida por el Banco de España.

SEGUNDO.- Imponer a los cargos de administración y dirección de Avalmadrid, Sociedad de Garantía Recíproca, que seguidamente se enumeran, por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 5.r) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (norma sancionadora sustantiva aplicable atendiendo al momento de comisión de los hechos), consistente en presentar deficiencias de control interno cuya corrección le había sido previamente requerida por el Banco de España, las sanciones de multa que a continuación se relacionan, previstas en el artículo 13.1.c) de la citada Ley 26/1988:

2.1 A la **Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid**, consejera de Avalmadrid, una sanción de multa por importe de cincuenta mil euros (50.000 €).

2.2 A **D. Fernando Rodríguez Sousa**, consejero de Avalmadrid, una sanción de multa por importe de cincuenta mil euros (50.000 €).

2.3 A la **Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid**, consejera de Avalmadrid, una sanción de multa por importe de cuarenta y ocho mil euros (48.000 €).

2.4 A **Gesmare Sociedad Gestora, S.L. (antes Mediación y Diagnósticos, S.A.)**, consejera de Avalmadrid, una sanción de multa por importe de cuarenta y ocho mil euros (48.000 €).

2.5 A **D. Alfonso Carcasona García**, consejero de Avalmadrid, una sanción de multa por importe de cuarenta y ocho mil euros (48.000 €).

2.6 A Valoración y Control, S.L., consejera de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **cuarenta y cinco mil euros (45.000 €)**.

2.7 A D. Juan Luis Fernández-Rubíes Lillo, director general de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **cuarenta y cinco mil euros (45.000 €)**.

2.8 A D. Jesús Martín Sanz, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **cuarenta mil euros (40.000 €)**.

2.9 A Participaciones y Cartera de Inversión, S.L., consejera de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **treinta y cinco mil euros (35.000 €)**.

2.10 A Banco Santander, S.A., en su condición de **sucesor universal de Banco Popular Español, S.A.**, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **treinta y cinco mil euros (35.000 €)**.

2.11 A D. Jesús Alejandro Vidart-Anchía, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **treinta y tres mil euros (33.000 €)**.

2.12 A CEIM Confederación Empresarial de Madrid CEOE, consejera de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **treinta mil euros (30.000 €)**.

2.13 A D. José María Rotellar García, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **dieciocho mil euros (18.000 €)**.

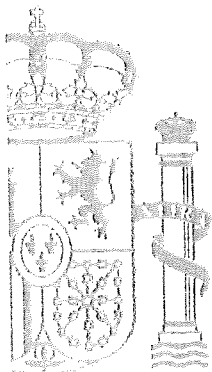
2.14 A D. Jorge Morán Santor, director general de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **quince mil euros (15.000 €)**.

2.15 A D. Juan Pablo Lázaro Montero de Espinosa, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **trece mil euros (13.000 €)**.

2.16 A D. Pedro Irigoyen Barja, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **diez mil euros (10.000 €)**.

2.17 A D. Juan Iranzo Martín, consejero de Avalmadrid, una sanción de **multa** por importe de **cuatro mil euros (4.000 €)**.

TERCERO.- Sobreseer y archivar el presente expediente disciplinario IE/SGR-1/2018 respecto de los expedientados **D. Manuel Beltrán Pedreira, D. Valentín Bote Álvarez-Carrasco y Accionariado y Gestión, S.L.**, todos ellos consejeros de Avalmadrid.



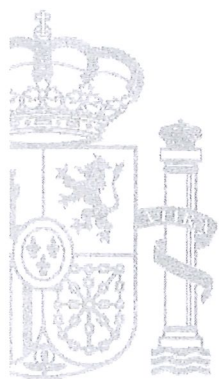
Madrid, 5 de julio 2019.



José Manuel Pérez Pardo de Vera
Instructor



Daniel Pérez García
Instructor adjunto



elplural.com
PERIÓDICO DIGITAL PROGRESISTA