ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo
SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso:	**0000148/2012**
Tipo de Recurso:	**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Núm. Registro General:	**01523/2012**
Demandante:	**SANTIAGO GOMEZ SIERRA Y OTROS**
Procurador:	**SR., SÁNCHEZ PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL**
Demandado:	**MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA**
Codemandado:	**BANCO DE ESPAÑA**
Abogado Del Estado	
Ponente Ilma. Sra.:	**Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO**

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO
Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
Dª. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a doce de junio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 148/12, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador Sr., Sánchez Puelles González Carvajal en nombre y representación de **SANTIAGO GOMEZ SIERRA, JUAN MORENO GUTIERREZ, ALFREDO MONTES GARCIA, JOSE LEIVA CORTES, JULIO TOMAS DIAZ DE LA CUESTA, AMALIA FERNANDEZ LOPEZ, FRANCISCO MARTINEZ SACO, JUAN ARIAS GOMEZ, EMILIO LOPEZ MONSALVETE, MARIO ICETA GAVICAGOGEASCOA, MANUEL JESUS AGUILERA RAMOS, MANUEL PEREZ MOYA, MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ DE LA CONCHA, FRANCISCO JESÚS OROZCO MENGIBAR,**

JOAQUIN ALBERTO NIEVA GARCIA Y GERARDO MUÑOZ MENDEZ, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución del Ministro de Economía de fecha 27 de enero de 2012 en materia de sanción por infracción en materia de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito no alcanzando la cuantía de las sanciones impuestas el importe de 600.000 euros, siendo codemandado el BANCO DE ESPAÑA representado por la Procuradora Sra. Llorens Pardo. Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO,**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2012, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto del Sr. Secretario, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dicte sentencia estimando el recurso y anulando la resolución impugnada y aquellas de las que trae origen, anulando igualmente las sanciones impuestas.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

La representación procesal del Banco de España igualmente contestó a la demanda, para exponer sus alegaciones de hecho y de derecho y solicitar la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo alegado, respectivamente, por la actora en su escrito de demanda y el Abogado del Estado y el Banco de España en los escritos de contestación a la demanda.

QUINTO-. Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de junio de 2013, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 27 de enero de 2012 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por SANTIAGO GOMEZ SIERRA, JUAN MORENO GUTIERREZ, ALFREDO MONTES GARCIA, JOSE LEIVA CORTES, JULIO TOMAS DIAZ DE LA CUESTA, AMALIA FERNANDEZ LOPEZ, FRANCISCO MARTINEZ SACO, JUAN ARIAS GOMEZ, EMILIO LOPEZ MONSALVETE, MARIO ICETA GAVICAGOGEASCOA, MANUEL JESUS AGUILERA RAMOS, MANUEL PEREZ MOYA, MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ DE LA CONCHA, FRANCISCO JESÚS OROZCO MENGIBAR, JOAQUIN ALBERTO NIEVA GARCIA Y GERARDO MUÑOZ MENDEZ, contra la Resolución adoptada el día 16 de noviembre de 2011 por dicho Ministerio poniendo fin al expediente sancionador incoado y tramitado por el BANCO DE ESPAÑA con el número IE/CA-1/2010, a la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CORDOBA (CAJASUR) y a personas que ejercieron cargos de administración y dirección en la misma, entre otros los ahora recurrentes.

Las infracciones son todas de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y las sanciones son las siguientes:

-. SANTIAGO GOMEZ SIERRA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 65.000 euros y sanción de inhabilitación por un año.
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 55.000 euros y sanción de inhabilitación por un año
. por la infracción del art. 4 letra c) 35.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 25.000 euros

-. JUAN MORENO GUTIERREZ:

. por la infracción del art. 4 letra n) 50.000 euros

-. ALFREDO MONTES GARCIA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 47.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 20.000 euros

-. JOSE LEIVA CORTES:

. por la infracción del art. 4 letra n) 46.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 20.000 euros

-. JULIO TOMAS DIAZ DE LA CUESTA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 20.000 euros

-. AMALIA FERNANDEZ LOPEZ:

. por la infracción del art. 4 letra n) 41.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 20.000 euros

-. FRANCISCO MARTINEZ SACO:

. por la infracción del art. 4 letra n) 49.000 euros

-. JUAN ARIAS GOMEZ:

. por la infracción del art. 4 letra n) 48.000 euros

-. EMILIO LOPEZ MONSALVETE:

. por la infracción del art. 4 letra n) 41.000 euros

-. MARIO ICETA GAVICAGOGEASCOA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 45.000 euros

-. MANUEL JESUS AGUILERA RAMOS:

. por la infracción del art. 4 letra n) 20.000 euros

-. MANUEL PEREZ MOYA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 27.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 10.000 euros

-. MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ DE LA CONCHA:

. por la infracción del art. 4 letra n) 27.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 10.000 euros

-. FRANCISCO JESÚS OROZCO MENGIBAR:

. por la infracción del art. 4 letra n) 18.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 10.000 euros

-. JOAQUIN ALBERTO NIEVA GARCIA:
. por la infracción del art. 4 letra n) 12.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 10.000 euros

-. GERARDO MUÑOZ MENDEZ:

. por la infracción del art. 4 letra n) 10.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra ñ) 45.000 euros
. por la infracción del art. 4 letra c) 25.000 euros
. por la infracción del art. 5 letra i) 10.000 euros

SEGUNDO.- La Orden impugnada resuelve imponer a los hoy actores, antes Presidentes (Santiago Gómez Sierra y Juan Moreno), Vocales, y Secretarios (Francisco Martínez y Manuel Aguilera) del Consejo de Administración de CAJASUR las sanciones previstas en los Art. 12 y 13 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito por las siguientes infracciones :

1) infracción prevista en el Art. 4 letra n) de la ley 26/1988:

Presentar 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, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero al que pertenezca.

2) infracción prevista en el Art. 4 letra ñ) de la ley 26/1988:

El incumplimiento de las políticas específicas que, con carácter particular, hayan sido exigidas por el Banco de España a una entidad determinada en materia de provisiones, tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, productos o sistemas, cuando las referidas políticas no se hayan adoptado en el plazo y condiciones fijados al efecto por el Banco de España y el incumplimiento ponga en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad.

3) infracción prevista en el Art. 4 letra c) de la ley 26/1988:

Incurrir las entidades de crédito o el grupo consolidado o el conglomerado financiero a que pertenezcan en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos, cuando estos se sitúen por debajo del 80 por ciento del mínimo establecido reglamentariamente en función de los riesgos asumidos, o por

debajo del mismo porcentaje de los requerimientos de recursos propios exigidos, en su caso, por el Banco de España a una entidad determinada, permaneciendo en tal situación por un periodo de, al menos, seis meses.

4) infracción prevista en el Art. 5 letra i) de la ley 26/1988:

El incumplimiento de las normas vigentes en materia de límites de riesgos o de cualquiera otras que impongan limitaciones cuantitativas, absolutas o relativas, al volumen de determinadas operaciones activas o pasivas.

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

-. La demanda pone de manifiesto la existencia de hechos que marcan diferencias esenciales entre este litigio y cualquier otro relacionado con sanciones por la actividad de Cajas de Ahorros.

-. La discrecionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora no alcanza a la posibilidad de *"manejarla con criterios absolutos de oportunidad"* y así no se incoa expediente cuando la situación es grave y si cuando los defectos de gestión y control han sido corregidos. Concluye señalando que la actuación del Banco de España ha sido negligente (folio 11 del escrito de demanda) y este habría incurrido en responsabilidad por falta in vigilando.

-. Los actores ni conocían ni podían conocer la mayor parte de los hechos por los que son sancionados. Y expone a continuación las medidas que se adoptaron para hacer frente a los hechos que si conocieron. (folios 20 a 33 y 45 a 53 del escrito de demanda)

-. En relación con la concreta infracción relacionada con la fusión con Unicaja, se alega que las autoridades impidieron que se llevara a cabo una fusión con Caja Murcia mucho más beneficiosa. Que la fusión con Unicaja *"fue una imposición de las autoridades reguladoras que resultaba imposible de cumplimentar porque la contraparte nunca manifestó una voluntad decidida de llevarla a cabo".*

-. Sobre la base fáctica expuesta se alega que se ha ejercido la potestad sancionadora de forma arbitraria por el Banco de España con vulneración de los principios de legalidad, de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador y de interdicción de la arbitrariedad.

-. La discriminación se pone igualmente de manifiesto en que se califican e imputan por igual las conductas infractoras pero se proponen sanciones *"enormemente desiguales a los imputados"* (pag. 61 del escrito de demanda).

-. Se ha infringido el principio de culpabilidad porque se imponen las sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del supuesto infractor.

-. La imprecisión de la imputación y la denegación de la prueba han vulnerado los derechos de defensa de los recurrentes.

-. Las concretas sanciones impuestas son ilegales. Y no se tienen en cuenta por el Banco de España los criterios que la jurisprudencia *"maneja habitualmente en aplicación de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad de la potestad sancionadora"* (pág. 78 del escrito de demanda)

Por su parte el Abogado del Estado señala que en el escrito de demanda se realizan consideraciones respecto de las que no va a efectuar alegaciones *"por carecer de relevancia jurídica o no guardar relación con el objeto del proceso"* concretamente las de tipo político sobre la política de fusiones de las Cajas, de tipo religioso, como la condición o no de seglar de los recurrentes, y las relativas a hechos acaecidos con anterioridad a la incoación del expediente sancionador y que no guardan relación con los hechos.

A continuación responde individualizadamente las distintas alegaciones de la actora, para oponer en cada caso la adecuación a derecho de la actuación de la Administración, concluyendo en la procedencia de confirmar el acto administrativo impugnado.

La representación del Banco de España, analiza en primer lugar las irregularidades en la gestión de CAJASUR y el seguimiento continuado de la misma por el Banco de España desde 2004 hasta la sustitución provisional del órgano de Administración. Igualmente, las responsabilidades de los recurrentes en la entidad, los hechos constitutivos de las infracciones, la proporcionalidad de las sanciones impuestas, todo lo cual justifica su pretensión de que el recurso sea rechazado.

CUARTO-. Antes de examinar los concretos motivos de impugnación alegados es preciso recordar que, como ya se ha señalado en anteriores sentencias de esta Sala dictadas en recursos interpuestos por quienes igual que los ahora actores fueron sancionados por infracciones cometidas en su condición de administradores de CAJASUR, este Tribunal está enjuiciando la legalidad de un concreto acto administrativo, que a su vez declara probados determinados hechos, que estos son constitutivos de infracciones, que de las mismas son responsables los ahora actores, y que procede la imposición de determinadas sanciones. En consecuencia, no puede esta Sala enjuiciar lo ocurrido antes de las fechas relevantes, y toda valoración de lo ocurrido en el ejercicio 2004, que según el recurso constituye el núcleo de la reconocida desastrosa situación de la entidad CajaSur, únicamente se menciona para examinar si, como se alega, los actores no son responsables de ninguna infracción porque toda la situación no es sino la desafortunada consecuencia de los incumplimientos de anteriores gestores.

De los antecedentes obrantes en autos resulta que, como pone de relieve el Banco de España, efectivamente en el 2004 se puso de manifiesto una situación que exigió el seguimiento continuado por el supervisor bancario de la situación de la entidad. Pero igualmente resulta que esta situación lejos de mejorar no hizo sino empeorar de forma significativa y grave sin que no solo no se recuperaran los niveles de solvencia exigidos por la ley sino que tras el rechazo de la fusión con Unicaja los recursos propios no hicieron sino bajar, y concretamente, desde el 31 de

diciembre de 2009 en que se situaban en 445 M Euros, el 31 de mayo de 2010 estaban en menos 21M euros, finalizando así la Caja en el FROB.

Esta Sala ha dictado sentencias en las que se examinaba la conformidad a derecho de resolución del Banco de España de 14 de julio de 2006 en expediente sancionador incoado a CAJA SUR por infracciones muy graves consistentes en el incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente.

La continúa vigilancia del Banco de España impide aceptar la alegación de la actora relativa a la existencia de culpa in vigilando del supervisor bancario.

QUINTO-. La demanda señala que existen hechos que marcan diferencias esenciales entre este litigio y cualquier otro relacionado con sanciones por la actividad de Cajas de Ahorros. En primer lugar porque ha habido desviación de poder, además, la Caja fue vendida por un euro, pero no se produjo ningún perjuicio ni para inversores, ni para el Estado, ni la Junta de Andalucía.

Continúa señalando la demanda que la situación se gestó durante la actuación de los gestores anteriores a 2004, y las sanciones le están siendo exigidas a quienes no son responsables de lo ocurrido entonces. Esto constituye una infracción del principio de responsabilidad consagrado en el art. 130 de la ley 30/1992 pues no se sanciona a las personas responsables de los hechos sino a quienes no lo son.

Tanto D. Santiago Gómez Sierra, como D. Juan Moreno Gutiérrez, D. Alfredo Montes García, D. Juan Arias Gómez, D. Manuel Pérez Moya, D. Francisco Orozco Mengíbar, y D. Joaquín Nieva García son sacerdotes.

La Sala considera que no ha habido la denunciada desviación de poder: el Tribunal supremo ha señalado que esta comporta la existencia de un acto administrativo ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad pero afectado de invalidez por contradecir en su motivación la verdadera finalidad de la actividad administrativa. Para su apreciación es preciso que quien la invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe. Es preciso la constatación, en la génesis del acto administrativo, de una disfunción entre el fin objetivo que corresponde a su naturaleza y a su integración en el Ordenamiento Jurídico y el fin instrumental propuesto por el órgano administrativo del que deriva, disfunción que es apreciable tanto si se persigue un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que se pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla. Ninguno de estos elementos ha sido probado en este caso, no apreciándose por la Sala la denunciada desviación de poder.

La actora sostiene que se está sancionando a los recurrentes por hechos ocurridos cuando no tenían responsabilidades en CAJASUR lo que es contrario al principio de responsabilidad consagrado en el art. 130 de la ley 30/1992.

Durante los ejercicios posteriores al año 2004 el Consejo de la entidad no solo no puso en práctica políticas de contención del perfil de riesgo, sino que profundizó e incremento su política de riesgos en el sector inmobiliario, lo que fue decidido por quienes eran miembros del Consejo de la Caja, gestores y directores de la entidad en unos años en los que existía clara conciencia del riesgo por las previas y coetáneas actuaciones del supervisor bancario. Los actores conocían los hechos en su condición de administradores de CAJASUR y el hecho de que tanto D. Santiago Gómez Sierra, como D. Juan Moreno Gutiérrez, D. Alfredo Montes García, D. Juan Arias Gómez, D. Manuel Pérez Moya, D. Francisco Orozco Mengíbar, y D. Joaquín Nieva García sean sacerdotes, no constituye una circunstancia eximente de la responsabilidad que adquirieron cuando aceptaron hacerse cargo de los puestos respectivamente ocupados en CAJASUR.

Como igualmente pone de relieve la Administración, es especialmente importante el cargo de Presidente dentro del organigrama de la entidad, por tener atribuidas en el art. 38 amplias funciones ejecutivas:

-. Supervisión de todos los departamentos, oficinas y servicios.
-. Autoriza las actas.
-. Exige el cumplimiento de las normas de aplicación a las Cajas de Ahorros.
-. Es responsable de cumplir y hacer cumplir los acuerdos de los órganos de gobierno de la entidad.

Del expediente resulta que todos y cada uno de los recurrentes, en sus respectivas condiciones y durante los periodos descritos en la resolución impugnada, participaron en la toma de decisiones de la entidad, y tuvieron conocimiento del desarrollo de la gestión empresarial de la Caja. Con independencia de lo ocurrido con anterioridad, durante los concretos periodos de tiempo en que los recurrentes desempeñaron sus responsabilidades se ha acreditado que tuvieron lugar graves deficiencias en materia de control interno, que figuran detalladas en el informe de la Dirección de Supervisión del Banco de España de 7 de julio de 2010, corroborados por sucesivos informes del Departamento de Inspección del supervisor bancario. La Sala se remite expresamente a dichos informes, y da por probado que no existieron políticas prudentes de financiación y de mecanismos de control interno eficaces que redujeran las altas tasas de morosidad, ni existieron mecanismos de control para moderar el elevado perfil de riesgo, ni existió el control adecuado sobre los procesos de inversión y desinversión de las empresas participadas, ni se controló debidamente el riesgo de liquidez, ni el riesgo tecnológico.

Con este fundamento debe desestimarse igualmente la alegación relativa a la intervención extemporánea del Banco de España al que se reprocha intervenir no cuando la situación era grave, en 2004 , fecha en la que como se ha visto más arriba si intervino, sino cuando estaba corregida, lo que como igualmente se verá no había ocurrido.

SEXTO-. Los hechos que se han probado en el expediente administrativo, por los que se impone sanción y que objetivamente constituyen los tipos infractores, son los siguientes:

-. Deficiencias de control interno: inexistencia de políticas prudentes de financiación y de mecanismos de control interno eficaces que redujeran las elevadas tasas de morosidad. Se utiliza la vía de urgencia para aprobar las operaciones, no se valora adecuadamente la capacidad de reembolso y la solvencia del solicitante del crédito, no existen y cuando existen no se cumplen los límites formales de financiación.

-. Inadecuados procedimientos de control que moderasen el elevado perfil de riesgo.

-. Deficiencias en materia de riesgo tecnológico.

Todas estas actuaciones constituyen el elemento objetivo de la infracción tipificada en el art. 4 letra n) de la ley 26/1988.

En segundo lugar, la Caja no llevó a efecto, en el plazo otorgado por el Banco de España, el Plan de Actuaciones diseñado para garantizar la viabilidad de la entidad (en adelante, el "Plan de Actuaciones") y que incluía la fusión con Unicaja y la obtención de fondos del Fondo de Garantía de Depósitos (en adelante, FGD). El rechazo del proyecto de fusión acordado por el Consejo de Administración supuso el incumplimiento de las medidas en él contempladas en materia de provisiones, tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, necesarias para garantizar la viabilidad de CajaSur.

Los hechos integrados en este cargo se consideraron constitutivos de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4.ñ) de la LDIEC.

En tercer lugar, quedó acreditado que CajaSur se mantuvo, al menos durante 6 meses, entre octubre de 2009 y mayo de 2010, en una situación de infracapitalización, por debajo del 80 por 100 del mínimo establecido reglamentariamente en función de los riesgos asumidos por la referida Caja de Ahorros.

Este incumplimiento dio lugar a la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 4.c) de la LDIEC.

Por último, a fecha 31 de diciembre de 2009, se superaron por la Caja los límites de grandes riesgos establecidos en la normativa aplicable respecto de algunos grupos de acreditados, en particular, se superaron los límites del 25% de recursos propios establecido en el caso de riesgos contraídos con la misma persona o grupo económico ajeno a la propia entidad, y del 20% de los riesgos mantenidos frente a entidades no consolidadas del propio grupo económico.

Los hechos que sustentaron este cargo se consideraron constitutivos de una infracción grave tipificada en el artículo 5.i) de la LDIEC.

El Consejo no ejerció adecuadamente sus funciones que no se limitan a la imposición de condiciones, sino que incluyen el velar por el cumplimiento de las normas, lo que no ocurrió. Se identifican en la resolución impugnada las deficiencias detectadas: los sucesivos requerimientos del Banco de España, señalando los

concretos importes de los riesgos a clasificar, la insuficiencia de las provisiones asignadas, las deficiencias advertidas en la concesión y seguimiento de los créditos.

Se detalla y justifica la vulneración flagrante de los límites formales de financiación, tanto cuantitativos como temporales, superando notablemente el 50% del valor de tasación, (llegándose en algunos casos hasta el 90%, 65% y 55,68% del mismo) con claros incumplimientos de los límites internos de financiación. En resumen, la Entidad presentaba serias deficiencias en los mecanismos de control interno que afectaban a aspectos esenciales y que por sí solas ponían en peligro la solvencia y viabilidad de la Entidad, respecto de las que los actores no adoptaron medidas adecuadas tendentes a su subsanación.

En relación con el proyecto de fusión con UNICAJA, ha quedado acreditado que la oposición de los Consejeros trajo consigo el fracaso del Plan de Actuaciones previamente presentado y aprobado por el Banco de España y, en definitiva, a la necesidad de iniciar la reestructuración de la Entidad que culminó con la subasta de la misma, el traspaso de la totalidad de su activo y pasivo a otra entidad de crédito y un coste para el FROB de 392.000.000 de euros.

Tras la presentación por Cajasur, el 28 de julio de 2009, para su aprobación por el Banco de España de un Plan de Actuaciones, la Comisión Ejecutiva del Banco de España aprobó, el 29 de julio de 2009, el Plan de Actuaciones elaborado conjuntamente por Unicaja y Cajasur (folios 4035 y siguientes del expediente administrativo) y, desde ese momento, asumió las acciones que se contenían en el mismo de obligatoria ejecución. Sin embargo, el día 5 de mayo de 2010, más de nueve meses después de la aprobación del Plan de Actuaciones y a la vista de que la fusión no se había materializado, el Banco de España requirió a la Caja *"para que antes de que finalice el día 21 de mayo de 2010, se produzcan avances en la materialización del Plan de Actuaciones y, en concreto, se haya procedido, al menos, a la aprobación por los Consejos de Administración de Cajasur y de Unicaja del Proyecto de Fusión..."*, requerimiento que lejos de ser atendido, llegó a rechazarse expresamente por Cajasur, según consta también en el expediente, en el Acta de la sesión del 21 de mayo de 2010 del Consejo de Administración de la Caja, día en el que vencía el plazo fijado por el Banco de España, ante lo cual la Comisión Ejecutiva del Banco de España, el mismo 21 de mayo de 2010 aprobó la reestructuración ordenanza de la Caja y la sustitución del órgano de administración, designándose como administrador provisional al FROB.

A 31 de mayo de 2010, la declaración de recursos propios elaborada internamente por la Caja, mostraba unos recursos propios básicos de menos 21.000.000 de euros, frente a requerimientos mínimos exigidos de 946.000.000 de euros.

Al respecto es de tener en cuenta que, con arreglo al Real Decreto 2606/1996, el Plan de Actuación constituye un instrumento esencial para articular el proceso de saneamiento de la entidades de crédito que –como sucedió con Cajasur- se encuentran en situación de grave riesgo, pudiendo contener una amplia gama de medidas tanto preventivas como de saneamiento, con el fin de reconducir, en este caso, la crítica situación de la Entidad y, en definitiva, garantizar la viabilidad de la Caja.

El rechazo por parte del Consejo de Administración del Proyecto de Fusión impidió el cumplimiento del Plan de Actuaciones aprobado por el Banco de España dentro del plazo concedido para su ejecución y, con ello, el de las medidas exigidas por el Supervisor, poniendo en peligro la viabilidad de la entidad crediticia hasta el punto de tener que llegar a la intervención y rescate por parte del FROB.

Continuando con los hechos, a fecha 31 de octubre de 2009, CajaSur tenía un clara insuficiencia de recursos propios computables, siendo el coeficiente de solvencia del 5,3% frente al mínimo del 8% (66% de cobertura) fijado en la normativa de solvencia de 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de información de los Intermediarios Financieros de 1985, en el Real Decreto 216/2008 de Recursos Propios de las Entidades Financieras y en la Circular del Banco de España 3/2008 a Entidades de Crédito, sobre Determinación y Control de Recursos Propios Mínimos.

La insuficiencia de recursos propios de la Entidad advertida a fecha 31 de octubre de 2009 se confirma y mantiene al cierre de ese año, y tras el fracaso del plan de retorno al cumplimiento, sigue manteniéndose el incumplimiento a fecha 31 de mayo de 2010.

Se alega por la recurrente que la imprecisión de la imputación y la denegación de la prueba han vulnerado los derechos de defensa de los recurrentes.

En primer lugar, la normativa de aplicación al caso es el Real Decreto 2119/1993 que establece el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros.

En este caso, según resulta del expediente se describen los hechos constitutivos de las infracciones tipificadas en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con lo que queda garantizado el derecho de los interesados a conocer la acusación, siendo así que los hechos imputados no han sufrido alteración alguna a lo largo de la tramitación del expediente administrativo, como no ha sufrido alteración la calificación de los mismos como infracción grave. En este momento del procedimiento no es preciso presentar al expedientado una versión previa de la resolución sancionadora, habiendo llevado a cabo la Administración una imputación provisional de responsabilidad respecto de los expedientados en relación con los hechos y las posibles infracciones.

En cuanto a la prueba, no existe un derecho ilimitado de los expedientados a que se practiquen todas y cada una de las pruebas que propongan, teniendo el instructor del expediente la posibilidad, ejercitada en este caso con moderación, de efectuar un juicio de legalidad y pertinencia, no apreciándose que la negativa a practicar alguna de las propuestas haya producido indefensión a los recurrentes.

SEPTIMO-. La actora sostiene que se han vulnerado los principios de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador y de interdicción de la arbitrariedad, que se ha discriminado a los recurrentes, porque se califican e imputan por igual las conductas infractoras pero se proponen sanciones desiguales

a los imputados. Igualmente, la infracción de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Esta Sala no aprecia las infracciones de principios rectores del procedimiento administrativo sancionador denunciadas: se han detallado las actuaciones y se han puesto en relación con la situación de cada uno de los recurrentes en la entidad para delimitar su responsabilidad.

El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente en las fechas relevantes) imponía a los administradores el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal, el artículo 133 regulaba su responsabilidad por la gestión social, desde la perspectiva intra societaria, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores y el artículo 89 desde las perspectiva extra societaria, respondiendo a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Resulta, en definitiva, que por las citadas disposiciones de la LSA., los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad, a cuyos efectos la Ley les proporciona la posibilidad de controlar las cuentas de la misma y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas a su objeto social, ya controlando el estado de las cuentas, y en general, cumpliendo con sus obligaciones legales, que exceden de la pasiva asistencia a las sesiones del Consejo de Administración.

La conclusión es que los administradores tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley.

La actora ha alegado que la Administración no ha tenido en cuenta todo aquello que los administradores, ahora recurrentes, llevaron a cabo para mejorar la situación de la entidad en términos de organización, funcionamiento, control de riesgos y situación financiera. Del expediente resulta que pese a la supervisión del Banco de España, los administradores recurrentes adoptaron decisiones que agravaron la situación incluso cuando ya se había establecido, por ejemplo, el exceso de concentración de riesgos con determinadas empresas.

En cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en sentencias dictadas confirmando las de esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien

entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente. En el supuesto enjuiciado, la comisión de las infracciones administrativas por las que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de culpa, pues los recurrentes, al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, causaron -con la concurrencia de las actividades positivas de otros- los hechos constitutivos de las infracciones, siendo en consecuencia responsables de las mismas.

No se aprecia la denunciada infracción del principio de no discriminación por la cuantía de las sanciones impuestas: en los folios 178 a 257 de la resolución del Banco de España (folios 32245 a 32324 del expediente) se detalla minuciosamente que criterios se han tenido en cuenta, como se valoran el criterio temporal, las concretas funciones desempeñadas y la concurrencia del elemento intencional, en grado de dolo o de culpa.

En cuanto a las sanciones respectivamente impuestas a los recurrentes y a la entidad, como alega el Banco de España el efecto reputacional que conlleva la sanción de amonestación pública tiene consecuencias gravosas en la esfera del sancionado, no pudiendo considerarse arbitraria tal decisión dado el fundamento atribuido a la misma: es más efectivo poner en conocimiento del mercado la índole de las infracciones cometidas, la actuación sancionadora sobre las mismas, y la coherencia que guarda la amonestación pública con la actuación de los poderes públicos para sostener la viabilidad de la entidad.

En cuanto a la exculpación de los Sres. Arcenegui y Senent, como en su momento analizó el Banco de España, existe un fundamento de desigualdad que justifica el trato supuestamente desigual: el Sr. Senent fue director general durante solo cuatro meses, y en este tiempo careció por completo de posibilidades reales de reprimir las deficiencias de control interno. En cuanto al Sr. Arcenegui, no le eran imputables las deficiencias advertidas durante el periodo en que ejerció su cargo y además se comprobó que activamente intentó adoptar diversas medidas de modificación de la operativa de la entidad.

En relación con la errónea atribución de responsabilidades y la inexistencia de elemento intencional, la Sala se remite a los razonamientos anteriores sobre la concurrencia del elemento subjetivo en las infracciones y la correcta atribución de responsabilidad a los recurrentes con fundamento en los cargos de responsabilidad en la entidad durante los periodos en que las citadas infracciones se cometieron.

Por último se alega la falta de proporción de las multas impuestas. Las multas son proporcionadas partiendo de la base de que la más alta de las impuestas (65.000 euros a SANTIAGO GOMEZ SIERRA por la infracción del art. 4 letra n) y sanción de inhabilitación por un año) se encuentra por debajo del grado medio previsto por la ley, pues el art. 13 de la LDIEC en el art. 12 contempla un máximo (antes de la reforma operada por la ley 2/2011) de 150.000 euros e inhabilitación y la menor, de 10.000 euros equivalente al 6,6% del tope legal.

En cuanto a la infracción sancionada por el art. 13 de la citada LDIEC el máximo previsto era de 90.000 euros, y la multa más alta impuesta, de 25.000 euros se

encuentra dentro del mínimo. De las alegaciones de la actora no resulta justificación alguna en cuya virtud el importe de las sanciones debiera ser aún más bajo.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

OCTAVO-. De conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede efectuar condena al pago de las costas a la parte actora que ha visto rechazado íntegramente su recurso.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **SANTIAGO GOMEZ SIERRA, JUAN MORENO GUTIERREZ, ALFREDO MONTES GARCIA, JOSE LEIVA CORTES, JULIO TOMAS DIAZ DE LA CUESTA, AMALIA FERNANDEZ LOPEZ, FRANCISCO MARTINEZ SACO, JUAN ARIAS GOMEZ, EMILIO LOPEZ MONSALVETE, MARIO ICETA GAVICAGOGEASCOA, MANUEL JESUS AGUILERA RAMOS, MANUEL PEREZ MOYA, MARIA DEL CARMEN DOMINGUEZ DE LA CONCHA, FRANCISCO JESÚS OROZCO MENGIBAR, JOAQUIN ALBERTO NIEVA GARCIA Y GERARDO MUÑOZ MENDEZ**, contra Resolución del Ministro de Economía de fecha 27 de enero de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos. Con condena al pago de las costas a la parte actora.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando

Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.