



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

AUTO

Madrid, a doce de junio del año dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por Doña Blanca GRANDE PESQUERO, Procuradora de los Tribunales y de DON JOSE MARIA BELLA MARTORELL, se vino a interponer querrela por los delitos de estafa (art 248 y ss. del Código Penal), maquinación para alterar el precio de las cosas (art 284 del Código Penal), un delito de publicidad engañosa (art 282 CP) y omisión del deber de denunciar delito (art 408 del Código Penal), contra:

- A) Los miembros del consejo de administración de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. en fecha 21 de Mayo de 2009:
- 1.- Presidente: Carlos STILIANOPOULOS
 - 2.- Vocal: José Luis SÁNCHEZ BLÁZQUEZ
 - 3.- Vocal: Begoña HERNÁNDEZ VELAYOS
- B) Los miembros del consejo de administración de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en fecha 21 de Mayo de 2009:
- 1.- Presidente: Miguel Blesa de la PARRA.
 - 2.- Secretario: Miguel CRESPO RODRÍGUEZ
 - 3.- Secretario: Comisión Ejecutiva: Enrique DE LA TORRE MARTÍNEZ.
 - 4.- Consejero: Gerardo DÍAZ FERRAN.
 - 5.- Consejero: Gonzalo MARTÍN PASCUAL.
 - 6.- Consejero: Jesús PEDROCHE NIETO.
 - 7.- Consejero: Jorge GÓMEZ MORENO.
 - 8.- Consejero: Rodolfo BENITO VALENCIANO.
 - 9.- Consejero. Virgilio ZAPATERO GÓMEZ.
 - 10.- Consejero: José Manuel FERNÁNDEZ NORNIELLA.
 - 11.- Consejero: José María ARTETA VICO.
 - 12.- Consejero: Luis BLASCO BOSQUED.

C) El ex presidente de la C.N.M.V., D. Julio SEGURA

y ello en base a los siguientes hechos:

“El querellante es un empresario que en el año 2005 vendió su empresa, en la que había acumulado beneficios de toda una vida de trabajo, a partir de cuyo momento pasó a vivir de los frutos del precio obtenido de la venta. Por bien que el importe fuera elevado el



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

querellante era y es un inversor conservador cuyo principal objetivo era preservar su capital sin estar dispuesto a admitir pérdidas.

Se adjunta como documento nº4 el test de idoneidad realizado con la entidad Banif en fecha 19 de marzo de 2008 del que resulta el indicado perfil.

Obsérvese que a la pregunta 8 de si prefiere incrementar el capital invertido con una rentabilidad ligeramente superior al tipo de interés del mercado monetario con un riesgo muy controlado o mantener el valor financiero de la inversión, asumiendo el mínimo riesgo contestó esta segunda opción.

Asimismo al contestar la pregunta 9 de cómo se comportaría ante un supuesto de pérdidas manifestó " es imposible que esto me sucediera ya que nunca invierto en activos que puedan bajar fuertemente "

Como aparece en el indicado test de idoneidad, por precaución, el querellante diversificó los bancos en los que realizó inversiones.

Del proceso de venta de las participaciones preferentes:

El querellante en 2008 disponía de unos depósitos a plazo fijo en Caja Madrid y ésta le recomendó activa e insistentemente a través de la oficina bancaria que adquiriera acciones preferentes objeto de la presente querrela como un producto seguro y sin riesgo.

La única información que se le facilitó es la que obra en el resumen del folleto que se acompaña como documento nº5 del que resulta que las participaciones preferentes estaban consideradas por las agencias de calificación como productos seguro de alta calidad con muy bajo riesgo de crédito que valía realmente el 100% del nominal, cuando en realidad, y como veremos con posterioridad su valor era muy inferior (un 22,14 % menos).

Como se observa en dicha información el emisor es caja Madrid Finance Preferred, SA y el garante Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, siendo, por tanto, los miembros del consejo de administración de dichas entidades las personas contra las que se dirige la presente querrela criminal.

A consecuencia de esta información, en fecha 27 de Mayo 2009 el querellante firmó la orden de compra que se acompaña como documento nº6.

La esposa de querellante, que, como es de observar en las órdenes de compra, también adquirió estos productos en las mismas circunstancias, se adherirá como perjudicada a la presente querrela en unos días, junto con numerosos clientes que están otorgando los oportunos poderes para pleitos especiales.

De la información posterior a la venta de las Participaciones Preferentes.

Como es de ver en los extractos que se acompañan como documento nº 7 primero Caja Madrid y posteriormente Bankia hasta el 11 de noviembre de 2011 informaron de que el valor de las participaciones preferentes era el 100% del valor nominal.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

4.4 De la realidad de los hechos ocultados expresamente a la querellante que produjeron un desplazamiento patrimonial que ha provocado un enorme perjuicio al querellante y un desproporcionado luero a las entidades gobernadas por los querellados.

Acompañamos documento nº8 un informe pericial del prestigioso Catedrático de Economía Financiera Don Prosper Lamothe que acredita determinados hechos que podrían tener trascendencia penal:

- 1) *Engaño en la naturaleza del producto, el cambio de rating: Además de una denominación confusa que da a entender que las participaciones preferentes son renta fija y segura, cuando no lo son, entre la fecha en que los querellantes dieron la orden de suscripción de las participaciones preferentes sobre la base de la información facilitada por la Caja Madrid (27 de Mayo 2009), y la fecha en que se ejecutó dicha orden de compra (el 1 de julio de 2009 con fecha valor 7 de julio de 2009) se produjo un hecho de extraordinaria relevancia que no fue comunicado a los querellantes, ni –que sepamos- a ninguno de los adquirientes de los 3.000 millones de euros en participaciones preferentes. Este hecho sustancial consiste en que en la fecha 16-06-2009 Moody's revisó el rating del emisor y de la emisión bajando el rating de las participaciones preferentes de Aa3 a Ba2 o "Bono Basura". Así resulta del hecho relevante publicado el 16 de junio de 2009 (relacionado en la pág. 68 del informe pericial).*

Se acompaña como documento nº9 texto del hecho relevante publicado en la CNMV, como documento nº10 descripción del significado de los términos Aa3 y Ba2 según la agencia Moody's y como documento nº11 nota de prensa de Moody's de fecha 15 de junio de 2009 en, la que razona que se espera un deterioro progresivo las entidades como Caja Madrid, con calificación D+, de continuar la crisis se espera no solo que entren en pérdidas, sino que es posible que deban recibir el apoyo de terceros. Asimismo y con relación a las acciones preferentes Moody's efectúa una degradación de rating coherente con la alta probabilidad de que los bancos entren en pérdidas.

Ello significa que el 16 de junio de 2009 las participaciones preferentes pasaron de ser un producto seguro de alta calidad con muy bajo riesgo de crédito (grado Aa3 según figura en el folleto de emisión) apropiado para inversores muy conservadores, a Ba2 un producto de moderada seguridad (elementos especulativos) y sustancial riesgo de crédito, apropiado solo para inversores especuladores, que desean un muy bajo o moderado riesgo de crédito.

Hay que tener en cuenta que, de haber conocido este cambio de circunstancias muchas personas que suscribieron órdenes de adquisición de participaciones preferentes, las habrían revocado. Incluso los fondos de inversión que pudieron adquirir dichos productos, por el cambio de naturaleza de los mismos habrían estado obligados a venderlos porque sus reglas de inversión no les permite ser titulares de productos especulativos.

Caja Madrid, infringiendo el art 81 y 82 de la Ley del mercado de Valores que le obliga a hacer pública y difundir dicha información entre los inversores, se limitó a comunicar a la CNMV este hecho, impidiendo al querellante revocar la orden de suscripción conforme a lo establecido en la pag 28 in fine del folleto y pag 29 en



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

virtud de los cuales si se daba este supuesto se abriría un plazo de dos días hábiles para que los inversores pudieran revocar sus ordenes de compra.

Se acompaña copia del folleto y sus anexos (valoraciones de AFI e Intermoney Valora, SA) como documento n º12

La CNMV se limitó a publicar el hecho relevante cuando podría y debería haber suspendido la emisión o bien haber obligado a Caja Madrid a "difundir" esa información entre todas las personas que habían suscrito órdenes irrevocables de compra de las participaciones preferentes. La diferencia entre difundir y publicar es que en la primera se hace público y en la segunda se informa al interesado.

De ahí una posible responsabilidad de la CNMV

En definitiva por el hecho de colocar un producto como seguro y no informar de que había sido calificado como un producto de altísimo riesgo antes de formalizar la adquisición, se engañó al querellante (y otros miles de adquirientes). Engaño que provocó un error en mi representado y, como consecuencia, a suscribir la adquisición de las participaciones preferentes señaladas, lo que se ha traducido en un perjuicio para mi poderdante equivalente al importe de su inversión.

- 2) *Engaño en la valoración de las participaciones preferentes: Tal como se razona en el informe pericial, utilizando una metodología adecuada, el valor razonable de las participaciones preferentes objeto de la presente querrela era del 77,86 % lo que significa un precio significativamente alejado del precio al que fue colocado (del 100%).*

En la carta de 17 de febrero de 2009 enviada por la CNMV a la AEB que se acompaña como documento nº13.

De ahí resulta que pudiera haber una responsabilidad de Intermoney Valora SA y Analistas Financieros Internacionales, SA en calidad de valoradores de la emisión porque presuntamente no tuvieron en cuenta todos los parámetros necesarios para realizar una valoración independiente, inclusive la propia degradación del rating. También podría resultar una responsabilidad de la propia CNMV por no haber contestado debidamente las valoraciones y no haber realizado la advertencia a que se refiere el apartado 6 de la carta reseñada anteriormente.

Sobre esta cuestión acompañamos como documento nº14 la noticia publicada en El Economista el 25 de Mayo de 2009 conforme a la cual el sindicato CCOO y la Asociación de Empleados de cuadros Profesionales alertaron de un empeoramiento de las condiciones que ha supuesto "el engaño a muchos clientes" y la existencia de precios distintos en dos canales diferentes: la intranet comercial y los test de regulación Mifid. Asimismo CCOO acusa a la caja de "fuertes presiones sobre los empleados de las oficinas para colocar cuanto antes el producto".

El mismo perito expone su teoría conforme a la cual antes de ofrecer estas emisiones se sabía que su objetivo era reforzar la solvencia de las entidades a costa de los inversores minoristas, pues con el fruto de dichos ingresos hay indicios de que las propias entidades adquirirían títulos propios con fuerte descuento,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

materializando así grandes plusvalías equivalentes a las pérdidas que producirían en los minoristas. En este sentido el informe expone

“España divergía frente al resto de países al afrontar la evidente crisis bancaria desde el ángulo exclusivamente de la liquidez, mientras en Europa se abordaba desde el frente de la solvencia” Las razones fueron dos: políticas y de imagen fundamentalmente. En aquella época los responsables políticos y el Banco de España repetían que España contaba con el mejor sistema bancario del mundo. En el resto del mundo, los gobiernos inyectaban recursos públicos directamente en el capital de las entidades bancarias o vía híbridos de capital (acciones preferentes, participaciones preferentes, bonos subordinados convertibles obligatorios en acciones) con el objetivo de reforzar su solvencia. En España, esto se hizo vía el sector privado, utilizando el canal minorista de la red de sucursales y las unidades de banca privada para la obtención de los recursos propios necesarios para incrementar la solvencia del sistema. Para este perito, esta actuación supone descargar sobre los ciudadanos el primer rescate de la banca española.

Las emisiones brutas de participaciones preferentes de emisores españoles en el exterior fueron “cero” y las de deuda subordinada sólo alcanzaron unos ridículos 70 millones euros de acuerdo con los datos del Banco de España.

La banca utilizó la venta masiva de preferentes a minoristas de su propia red de sucursales y unidades de banca privada a través de su canal de distribución de su red de sucursales¹ y unidades de banca privada para capitalizarse y generar plusvalías vía una gestión activa de sus pasivos mayoristas, centrando la colocación entre la clientela minorista a través de su red de sucursales en base a los siguientes motivos:

a) El espectro de colocación sería mucho más amplio y mucho más barato (no en vano el saldo vivo en AIAF a 31.12.09 alcanzó los 33.183,84 millones euros);

b) Los inversores institucionales en el 2007-2008 comenzaron a rechazar claramente este producto y procedieron a su venta en mercado secundario. Los instrumentos híbridos de capital emitidos por el sector bancario comenzaron a registrar caídas en los precios a partir del verano del 2007, y desde septiembre del 2008 sus precios se desplomaron.

c) La mayor parte de las entidades realizaron recompras de emisiones de capital (preferentes y subordinadas) en el mercado secundario con importantes descuentos sobre su valor nominal. Entre otras entidades tenemos a B. Sabadell, Santander, BBVA, B. Pastor, Caja Duero, Caixa Galicia, etc.

En suma, la emisión de participaciones preferentes en España tuvo un volumen constante hasta el año 2005 cuando la CNMV advierte del peligro de su incorrecta comercialización y establece una serie de pautas para su emisión. Con fecha 17 de febrero de 2009, en vista de conflictos de interés que “pudieran llegar a producirse en la comercialización de estas emisiones” (en realidad ya sabía que se habían materializado), y ante la avalancha de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

emisiones minoristas para la captación de capital regulatorio, la CNMV remitió una carta a las organizaciones representantes del sector financiero que actualizaba las pautas a seguir en el análisis efectuado con anterioridad al registro de estas operaciones, transmitidas a través de la carta de 2005.

El "boom de emisiones" en 2009 se disparó asociado a las muy graves dificultades de los emisores españoles para capitalizarse en los mercados mayoristas, la propia limitación intrínseca que las Cajas de Ahorro tienen para generar recursos propios de la máxima calidad, a los rumores sobre su solvencia debido a la crisis inmobiliaria española, y a las oportunidades de arbitraje entre el mercado minoristas de red bancaria y el mayorista de tipo institucional".

De la manipulación de precios posteriores de la emisión:

En fecha 11-04-2013, se ha publicado el informe razonado sobre el caso de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por Bancaja y Caja Madrid, entidades integradas en Bankia, de fecha 11-02-2013. Este documento que se acompaña como documento nº15 acredita lo siguientes:

- Que pese a que, como veremos posteriormente, en el año 2009, se realizaron emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada por la friolera de 13.552,93 millones de euros (la mayor emisión de la historia y un 5.500% más respecto del año 2.008) la CNMV no arbitró una operación de transmisión de dichos productos que garantizase su transmisión en el mercado secundario a precio de mercado hasta el 16-06-2010.

De esta forma, la CNMV permitió que se realizaran transmisiones de participaciones preferentes a valor nominal aun cuando el valor razonable de dichos productos estuviera muy alejado de ese 100%. La apariencia a los inversores de que el producto siempre tenía el mismo precio le confería una falsa sensación de seguridad y una apariencia de tratarse de renta fija y sin riesgo, lo que no era cierto en absoluto.

La CNMV de haber adoptado las decisiones que tomó en junio de 2010 a principios de 2009, no se hubiera extendido la falsa apariencia de seguridad ni habría sido posible la colocación, entre clientes minoristas de perfil conservador, de los productos objeto de la presente querrela, o subsidiariamente inmediatamente después de la adquisición de los productos, los querellantes habrían podido percibir la disminución de valor de los mismos y haber adoptado las decisiones correspondientes.

Por ello, la CNMV podría ser considerada colaborador necesario en el mantenimiento artificial de los precios como mínimo del 1-1-2009 y el 16-06-2010.

- Asimismo el informe acredita que desde el 16-06-2010 hasta el 11-11-2011 los sucesivos titulares del negocio bancario de Caja Madrid (Caja Madrid, Banco Financiero y de Ahorro y Bankia) continuaron realizando transmisiones en el mercado secundario de las participaciones preferentes objeto de la presente querrela (y otros productos similares) a valor nominal, esto es, a 100% cuando su valor real estaba muy alejado, y ello pese a la advertencia de la CNMV de 16-06-2010.
- En la pág.11 de dicho informe se establece claramente la razón espuria por la que dichas entidades mantuvieron artificialmente los precios, ya que literalmente dice:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

“por último debe indicarse el conflicto de interés no solo afecto a las operaciones entre los clientes, sino que se extendía también a la actuación de las entidades.

Éstas, para permitir que la operativa descrita se produjera, se veían beneficiadas ya que así evitaban la existencia de posibles reclamaciones y denuncias por parte de los clientes vendedores (falta de liquidez, falta de información en la compra) etc., el consiguiente perjuicio reputacional e incluso la potencial pérdida de clientes”.

- *“las entidades no actuaron, como era su obligación, en interés de los inversores ya que tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores de que estaban ordenando de los mencionados instrumentos a precio significativamente alejado de su valor razonable ni disponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los mencionados instrumentos a los tenedores de las mismas”.*
- *En los anexos del citado documento se observa que la CNMV, una vez conoció los anteriores hechos, tardó 6 meses en enviar un requerimiento a Bankia para que cesara en dicho comportamiento (entre el 15-04-2011 en que fue informada de estas malas prácticas y el 13-10-2011 en que requirió a Bankia para que cesara en las mismas). Por ello, la CNMV, a través de su órgano de gobierno pudo resultar colaborador necesario en la comisión de delitos durante esos 6 meses toda vez que pudo incurrir presuntamente en un delito de omisión del deber de los funcionarios públicos de denunciar los delitos que tuvieron conocimiento.*

El querellante, en la medida en que desconocía que los valores que había adquirido como renta fija y segura iban perdiendo valor, se considera perjudicado por los presuntos delitos cometidos por los querellados para mantener artificialmente los precios.

4.6.- De las noticias de prensa aparecidas en torno a la comercialización de preferentes que acreditan la magnitud del problema y la posible responsabilidad de la CNMV. En concreto en la pag 28 y ss. del dictamen pericial se adjuntan algunas noticias sobre la actuación de la CNMV y la actuación de los bancos entre la que destacamos:

El Economista publicada el 1.11.2011:

“... La asociación de usuarios de Bancos y Cajas y Seguros de España (Adicae) ha anunciado que denunciará en toda España a las cajas de ahorro y a los bancos por los “abusos y engaños” que están realizando en los productos de ahorro-inversión”.

El Economista publicaba el 13 de marzo de 2012 que algunos grupos parlamentarios están planteando propuestas no de Ley solicitando al gobierno que “garantice a los clientes que contrataron participaciones preferentes la recuperación de su capital inicial y que regule la información que se da sobre estos productos” ante lo que consideran –según sus datos e investigaciones – una comercialización inadecuada en la que la “mayoría” de los inversores recibieron información “opaca” y “engañosa” sobre la rentabilidad y liquidez de estos productos.³¹

Declaraciones del Fiscal General del Estado, D. Eduardo Torres Dulce:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

“Se está estudiando caso a caso todas las emisiones-de preferentes- y no descartamos abrir procesos penales”.

Declaraciones del Ministro de Economía del Reino de España, D. Luis de Guindos:

“... El ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos, ha asegurado este martes que nunca se tendrían que haber comercializado participaciones preferentes entre pequeños y medianos ahorradores y que el Gobierno negocia con Bruselas la mejor solución posible para los inversores...” Todos sabemos que fue un error, que se inició su venta a particulares cuando las instituciones ya no las compraban...” Guindos ha admitido que las preferentes son “ un producto financiero complejo, de naturaleza híbrida y de difícil comprensión para el pequeño inferior”, al tiempo que ha insistido en que “no” se comprobó “ el suficiente conocimiento técnico antes de adquirirlo”.

Declaraciones del Comisario Europeo. D. Joaquín Almunia:

“... Almunia reconoció que han surgido problemas sociales porque pequeños ahorradores han suscrito participaciones preferentes sin conocimiento del riesgo de los activos que estaban comprando...” “ En el caso de España, hay titulares de preferentes que, por decirlo suavemente, han sido engañados”, sentenció el comisario de Competencia. Almunia se mostró contundente al afirmar que, en muchos casos, la comercialización de las preferentes fue un “ abuso” y un “engaño”.

Declaraciones de Presidente del Gobierno de España, D. Mariano Rajoy:

“...Mariano Rajoy asegura que el Gobierno “es plenamente consciente de la magnitud del problema” de las participaciones preferentes y de la “incorrecta” actuación de los bancos y cajas de ahorros en su comercialización...” “...Rajoy ha insistido en que estos productos “complejos y de difícil comprensión” no habrían tenido que colocarse entre minoristas...”45.

Dice la Comisión Europea en la Pág 2. Explanatory Memorandum.

“...Retail investors have lost money with investments that carried risks that were not transparent or understood by those investors, in addition, retail investment products including retail structured products or insurance contracts for investment purposes often have been and continue to be marketed to retail investors as substitutes for simple products such as savings accounts although retail investors do not necessarily understand the differences..”.

(Traducción). Los inversores minoristas han perdido dinero con inversiones de riesgo que no eran transparentes o entendidas por estos inversores. Adicionalmente, los productos de inversión minoristas incluyendo productos estructurados o contratos de seguros con propósitos de inversión, frecuentemente han sido y continúan siendo comercializados a inversores minoristas como sustitutos de productos simples como las cuentas de ahorro, aunque los inversores no necesariamente entienden las diferencias.

SEGUNDO.- Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2013, por la citada representación se vino a interesar la adhesión a la citada querrela de Doña María Ángeles PUIGDOMENECH ARBUSSA, al haber adquirido junto al querellante las participaciones preferentes de CAJA MADRID a que se refiere la querrela.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

En el mismo escrito se venía a desistir de las acciones ejercitadas contra:

- Doña Begoña HERNÁNDEZ VELAYOS
- D. Enrique DE LA TORRE MARTÍNEZ
- D. Miguel CRESPO RODRÍGUEZ
- D. Virgilio ZAPATERO
- D. jorge GÓMEZ MORENO
- D. Luis BLANCO BOSQUE.

TERCERO.- Conferido el oportuno traslado al ministerio Fiscal, por este se ha venido a presentar informe mediante el que interesa la desestimación de la querella, al amparo de lo dispuesto en el artículo 313 de la L.E.Crim., en base a los siguientes razonamientos:

“El Fiscal, en el traslado conferido por Providencia de 29 de abril de 2013 para que informe sobre la aceptación de la competencia y, en su caso, admisión a trámite de la querella presentada por la representación de D. José María Bella Martorell, a la que mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2013 se adhirió su esposa D^a. M^a Ángeles Puigdomenech Arbussa, DICE:

PRIMERO.- En la querella se recoge que D. José María Bella, empresario de profesión, en el año 2008, tras recomendársele en la oficina de Caja Madrid en la que tenía unos depósitos a plazo fijo que adquiriera participaciones preferentes al ser un producto seguro y sin riesgo, decidió, junto con su esposa D^a. M^a Ángeles Puigdomenech, firmar en fecha 25 de mayo de 2009 dos órdenes de compra para adquirir 900 títulos por valor nominal de 90.000 euros y 2.500 títulos por valor nominal de 250.000 euros respectivamente, hechos éstos que, si bien expuesto de forma un tanto confusa, parece considerar como constitutivos de un delito de estafa (artículo 248 y ss CP), publicidad engañosa (282 CP), maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 284 CP) y omisión del deber de denunciar delito (art. 408 CP)

Obsérvese que en las órdenes de compra incorporadas como documento nº 6 de la querella aparece claramente reflejado en la fecha de vencimiento de los productos que adquirió (participaciones preferentes Caja Madrid 2009) su carácter perpetuo.

Además, en su querella también realiza una valoración del informe de fecha 11 de febrero de 2013 emitido por la CNMV para concluir que, de lo expuesto en el mismo sobre la forma en que las entidades Bancaja y Caja Madrid casaban sus operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada, debe desprenderse la comisión de un delito de maquinación para alterar el precio de las cosas previsto en el artículo 284 del CP, si bien ninguno de los dos querellantes se ven afectados por esta conducta en la medida que adquirieron sus participaciones preferentes en el mercado primario

SEGUNDO.- La primera cuestión que debe analizarse es la referida a la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de estafa, publicidad engañosa, manipulación de precios de mercado y omisión del deber de perseguir delitos. La norma procesal clave para resolver la competencia, una vez que el artículo 88 de la LOPJ confiere a los Juzgados Centrales la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

mencionada Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se encuentra en el art. 65.1º c) LOPJ que establece que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento de "las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia."

Las estafas (artículos 248 a 251 CP) están incluidas en la Sección 1ª del Capítulo VI dedicado a las Defraudaciones dentro del Título XIII del Libro II del Código penal por lo que no ofrece duda su inclusión en el ámbito competencial de la Audiencia Nacional, al margen de que la jurisprudencia viene reiteradamente interpretando el término "defraudación" en sentido material y no estrictamente formal, es decir, como conductas que causan daño patrimonial por medio del engaño, el fraude o el abuso de derecho penalmente tipificados (AATS de 22 de abril de 1999, 22 de mayo de 2004 y 17 de enero de 2005 entre otros).

Sobre el delito del artículo 284 CP, el Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse en el auto de 10 de diciembre de 2004. Recuerda esta resolución que en el año 1985, fecha de la LOPJ, la designación "De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas" se encontraba en el Capítulo V (el siguiente al de las defraudaciones) del Título XIII del libro II del CP, que sancionaba dos tipos de delitos en sendos artículos, el 539 que ha pasado al 262 del vigente Código Penal y el 540 que ha sido sustituido por el 284 de este último Código. "No parece aventurado decir - señala el citado auto- que en aquel año de 1985 fue voluntad del legislador referir esas expresiones - defraudaciones y para alterar el precio de las cosas- al contenido concreto que en ese momento tenían tales dos capítulos en el CP vigente entonces. Pero la interpretación de cualquier norma jurídica ha de tener por objeto, no investigar la voluntad del legislador, sino buscar objetivamente la voluntad de la ley, a fin de hacer posible la adaptación del derecho a los cambios sociales que pudieran producirse y que han de llevar consigo las modificaciones legales necesarias. Así, si existen otras figuras penales que pudieran encajar en alguno de estos dos conceptos -defraudaciones o maquinaciones para alterar el precio de las cosas-, éstas podrían quedar incluidas en tal norma procesal del art. 65.1º c) que estamos examinando. Lo que ocurre, por ejemplo, con las defraudaciones contra la Hacienda Pública -introducidas en 1977- y las realizadas contra la Seguridad Social -que lo fueron en junio de 1995-."

Atendiendo a la citada doctrina, el delito del artículo 284 CP queda dentro de la competencia de la Audiencia Nacional, pues constituye una nueva forma del antiguo delito de maquinación para alterar el precio de las cosas. En cuanto al artículo 282 bis, introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, si bien castiga una conducta que propiamente no cabe entender incluida en el antiguo concepto de maquinación para alterar el precio de las cosas, sí puede considerarse una defraudación en sentido material y, en todo caso, habría de apreciarse la competencia por conexidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 LOPJ in fine en relación con el artículo 17 LECr.

El otro requisito exigido para la aplicación de este artículo 65.1º c) LOPJ, viene determinado por la producción o posibilidad de producción de uno de los tres resultados siguientes:

- a) Grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil
- b) Grave repercusión en la economía nacional.
- c) Perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

Conforme a reiterada jurisprudencia ha de existir, o ser posible: una multiplicidad importante de sujetos perjudicados, (generalidad) distribuida en el territorio de varias provincias. A este respecto, hay que citar aquí el acuerdo del pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 30.4.1999, que quedó así redactado: "la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de la posibilidad de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas".

Respecto a la concurrencia de los mencionados requisitos, debe comenzar por advertirse que la querella la presentan dos personas físicas por lo que, individualmente valorada, esta querella no puede considerarse competencia de la Audiencia Nacional. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que consta en esta Fiscalía la existencia de otras querellas presentadas simultáneamente a la presente por hechos similares a los en ésta descritos y que determinarían, en su caso, la acumulación de todas ellas en un único procedimiento. En esa previsión y puesto que las participaciones preferentes fueron adquiridas por una multiplicidad de personas que finalmente han resultado perjudicadas con su inversión habiendo perdido todo o gran parte del dinero que destinaron a la adquisición de este producto y que el Gobierno ha tenido que intervenir y dictar un Real Decreto Ley, en concreto el RDL 6/2013 de 22 de marzo, de protección a titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, para regular su canje por acciones, deben considerarse cumplidos los requisitos de grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional y del perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

Por lo que se refiere a los delitos de los artículos 282 y 408 CP, la competencia de la Audiencia Nacional para conocerlos procedería por conexidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 LOPJ in fine en relación con el artículo 17 LECr.

De conformidad con lo expuesto, este Juzgado Central es competente para conocer de los delitos objeto de la presente querella

TERCERO.- Entrando ya en el análisis de los hechos descritos en la querella resulta conveniente, antes de valorar su trascendencia penal, hacer una somera referencia a las características de las participaciones preferentes y a la forma en que se comercializó este producto.

Las participaciones preferentes se encuadran dentro de los denominados "híbridos financieros" al ser una vía de financiación empresarial a largo plazo a mitad de camino entre las acciones y las obligaciones o bonos. Se trata de valores atípicos de carácter perpetuo que forman parte de los recursos propios de la entidad que los emite desde el punto de vista contable, lo que las aproxima a las acciones, pero de las que se diferencian en que no conceden derechos políticos ni derecho de suscripción preferente. En cuanto a la remuneración que estos instrumentos financieros proporcionan a sus titulares hay que indicar que, por una parte, es parecida a la de la renta fija, ya que se trata de una remuneración predeterminada (fija o variable) no acumulativa, lo que implica que en el caso de que no se abonaran los dividendos por insuficiencia de beneficios se perdería el derecho a recibirlos. Por otra parte, la remuneración se asemeja a la renta variable pues está condicionada a la obtención de suficientes beneficios distribuibles por parte de la sociedad garante o del grupo financiero al



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

que pertenece. Por su orden de prelación en el crédito son similares a la deuda subordinada, esto es, están por delante de las acciones ordinarias (y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorro) y por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados. Las participaciones preferentes son perpetuas, aunque el emisor puede acordar la amortización una vez transcurridos una serie de años desde su desembolso, previa autorización del garante y del Banco de España en su caso.

La legislación española permitía la emisión de participaciones preferentes y su negociación en los mercados de valores desde 1998, en virtud de un Acuerdo del Consejo de la CNMV, aunque con anterioridad las filiales extranjeras de empresas españolas domiciliadas fuera del territorio nacional ya emitían estos productos. La Ley 19/2003, de 4 de julio, introdujo una nueva disposición adicional segunda en la Ley 13/1985, de 24 de mayo por la cual se regularon con mayor detalle los requisitos de las participaciones preferentes de las entidades de crédito a efectos de su cómputo como recursos propios y su régimen fiscal. Desde 1998 hasta épocas recientes la colocación de participaciones preferentes entre los inversores experimentó un gran auge pese a la complejidad de su valoración, especialmente por el pequeño inversor. Según datos de la CNMV, entre enero de 1998 y diciembre de 2012, se emitieron 115.283 millones de euros y hubo más de tres millones de suscriptores.

Como recuerda el Defensor del Pueblo en su Estudio sobre Participaciones Preferentes de marzo de 2013, con anterioridad a 2008 las participaciones preferentes funcionaron con normalidad y los inversores pudieron recuperar su capital sin ninguna dificultad. Al menos hasta 2008, el valor nominal de las participaciones preferentes coincidía con su valor de mercado o venta, realizándose la mayor parte de las colocaciones de preferentes indistintamente entre inversores institucionales y minoristas. En este periodo, era una práctica frecuente entre las entidades, dependiendo de la emisión y una vez transcurridos unos años, la amortización anticipada, de tal modo que el inversor recuperaba el 100 por cien de su inversión más los intereses percibidos. Otra práctica de las entidades era la recompra de la participación, cuando el cliente lo solicitaba, al 100 por cien del nominal vendiéndola a continuación a otro cliente por ese precio. También facilitaban el caso al 100 por cien del nominal entre clientes interesados en vender o comprar en la propia sucursal o red de oficinas de la entidad, comunicando estos casos posteriormente al mercado regulado AIAF. Las participaciones preferentes tenían pues suficiente liquidez.

A partir de 2008, se observa que los inversores institucionales dejan de mostrar interés por la compra de este tipo de productos, por lo que las entidades incrementaron la comercialización de las participaciones preferentes entre la clientela minorista. Por otra parte, la situación económica en general y de las entidades financieras en particular, hace que se empiece a alejar el valor de mercado del valor nominal de algunas participaciones preferentes. El 8 de diciembre de 2011, la Autoridad Europea Bancaria (EBA), aprueba nuevos requerimientos de capital, dejando de computar las participaciones preferentes como capital de alta calidad. Además, el Acuerdo de Basilea III, derivado del plan de acción que el G-20 acordó en la cumbre de Washington en noviembre de 2008, y que ha entrado en vigor en 2013, prevé que este tipo de productos no se acepten en el futuro como recursos propios de primera categoría, lo que hace que haya disminuido notablemente el atractivo de estas emisiones.

En respuesta a esta tendencia, la CNMV comunica el 17 de febrero de 2009 a las entidades emisoras de productos de renta fija (participaciones preferentes y deuda subordinada, entre otros) que si estos solo son comercializados entre inversores minoristas deben incluir un informe de valoración de un experto independiente, con objeto de determinar si las condiciones de emisión destinada a minoristas son equiparables a las que debería tener



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

una emisión similar lanzada en el mercado mayorista. Esta comunicación se sumaba a una normativa que ya era muy clara en la protección del inversor. Especialmente tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que incorpora la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados de instrumentos financieros. Dicha ley modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores y su normativa de desarrollo (RD 1310/2005 de 4 de noviembre y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero), introduciendo reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos y la posterior comercialización de los mismos. De conformidad con esta regulación, las entidades debían pasar a calificar las participaciones preferentes como productos complejos, quedaban obligadas a evaluar y determinar el perfil del cliente, realizando las comprobaciones necesarias para asegurarse de la idoneidad de los potenciales clientes minoristas para asumir este tipo de inversión y, en su caso, a advertir a los clientes de su ausencia de conocimientos y experiencia. Debían igualmente transmitir a los clientes toda la información necesaria de forma clara, precisa e imparcial y poner a su disposición un tríptico/resumen del folleto de la emisión en el que figuraran las características del producto: perpetuidad, remuneración condicionada a la existencia de beneficios y fluctuación en el precio nominal, lo que podría conllevar pérdidas en su venta. Con todas estas medidas se pretendía dar mayor grado de información al inversor y otorgarle la máxima protección antes de que éste decidiera materializar su inversión, sin impedirle contratar finalmente el producto cuando así lo estimara oportuno.

La mencionada normativa, en términos generales, parece que se ha cumplido a tenor de lo analizado por la CNMV que, en su informe sobre comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, asegura que "salvo casos puntuales" las entidades que comercializaron participaciones preferentes la cumplieron, siendo este cumplimiento especialmente elevado en el caso de BANKIA. Sin embargo, la CNMV admite que esta afirmación se basa solo en los procedimientos establecidos y en la documentación aportada y que no puede comprobar si, como alegan los clientes, hubo recomendaciones verbales para que las adquirieran. Por eso, el mencionado cumplimiento no es incompatible con la existencia de numerosas reclamaciones de inversores que manifiestan haber recibido una información verbal contradictoria con los documentos que firmaron. Es más, a tenor del contenido de las numerosas sentencias que ya se han dictado por distintos tribunales civiles de territorios de diversas Audiencias ante las reclamaciones individualizadas presentadas por algunos inversores cuestionando la comercialización de estos productos, parece claro que existe un significativo número de casos en los que en que las entidades han incurrido en importantes deficiencias en la comercialización de este complejo producto

Finalmente han sido los clientes minoristas los principales perjudicados con las compras que efectuaron a través de los empleados de las distintas sucursales bancarias en las que tenían depositados sus ahorros, quienes les habrían ofrecido la posibilidad de invertir en este producto, indicándoles que se trataba de una inversión con la que podían obtener unos importantes beneficios pero sin explicarles, en muchas ocasiones, de una forma adecuada y comprensible los riesgos que igualmente conllevaba su inversión puesto que, si bien es cierto que ésta podía generar cuantiosos beneficios, como de hecho sucedió con determinadas emisiones e inversores, también lo es que, dadas sus características, podía producirse el resultado contrario, esto es, el sufrimiento de cuantiosas pérdidas difíciles de recuperar.

CUARTO.- La Fiscalía es consciente de la importancia del problema, que afecta a múltiples ciudadanos que, en toda España, han adquirido estos valores. No cabe duda de que un gran número de estos adquirentes se sienten engañados, por no haber sido debidamente informados y advertidos de los riesgos del producto. De lo que se trata es de dilucidar si nos



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

encontramos o no ante una materia penal pues, dada la cercanía entre el ilícito penal y el ilícito civil, su diferenciación resulta a veces muy compleja.

El art. 1265 CC enumera como uno de los vicios de la voluntad el dolo, que hará nulo el consentimiento prestado. El dolo es en sentido estricto la maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro y puede ser principal, en cuanto determina la celebración del contrato, o incidental. Al primero se refiere el art. 1269 CC y cuando es grave produce la nulidad del contrato (art. 1270, párrafo primero). Las maquinaciones o artificios fraudulentos deben ser tales que ilusionen a una persona sensata, más allá de los disimulos tolerados por el uso, máxime en el comercio. Tales maquinaciones comprenden no sólo la insidia directa o inductora del error del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (SSTS, Sala 1ª, de 28-1-1989, 27-9-1990, 21-7-1993 y 15-6-1995). En principio, tales ocultaciones dolosas no se ven invalidadas por la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada, salvo que el error pudiera haber sido evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta en todo caso que el Derecho no puede premiar la mala fe so pretexto de la confianza ajena sin convertirse más en protector de los astutos que en defensor de los confiados. En cuanto al dolo incidental, al no ser determinante de la celebración del contrato sino solo de las condiciones del mismo haciéndolas más onerosas, su efecto es obligar al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

En el ámbito penal, el artículo 248 CP que castiga la estafa exige que el engaño empleado por el sujeto activo del delito sea la causa del error sufrido por la víctima y que este error sea, por su parte, la causa del acto de disposición que motivará el perjuicio de dicha víctima o de un tercero. La esencia del delito de estafa reside en el elemento "engaño", médula, eje o piedra angular de la infracción y cuya diferencia con el engaño civil que vicia la voluntad del contratante no resulta sencillo. Hay teorías que niegan toda diversidad fundamental entre ilícito civil y penal, otras que distinguen el delito civil del penal por criterios ontológicos, por circunstancias accidentales, razones políticas, procesales o, incluso, meramente prácticas o de eficacia. El engaño generador de la estafa debe ser, en todo caso, "bastante", esto es, "suficiente, eficaz y claramente buscado por su autor para aprovecharse de su víctima y conseguir su finalidad" (STS núm. 121/2013 de 25 de enero; 564/2007 de 25 de junio o 634/2000 de 26 de junio). Desde esta perspectiva, a diferencia del dolo civil, las conductas omisivas consistentes en silenciar defectos o vicios de los productos objeto del contrato, no parecen susceptibles, por regla general, de encuadrarse en la estafa, al margen de la discutida posibilidad de la comisión por omisión de este delito, cuestión en la que ahora no se entra. Y es que lo que la ley penal proscribiera es una maquinación, una combinación de ardid que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros, fraude penal que, a diferencia del fraude civil, consiste en una grande y evidente impostura apta para eludir la perspicacia de las personas más avisadas pues, como sintetizaba Quintano, "si bien todo engaño consiste en una mentira, no toda mentira constituye engaño".

Pues bien, desde el punto de vista sustantivo nos encontramos con un producto que en sí mismo no puede considerarse fraudulento y que a la fecha de su comercialización se encontraba autorizado y regulado por la CNMV, por lo que el engaño se centra esencialmente en la forma de comercialización del producto y estaría más cerca del llamado dolus bonus propio del comercio que del engaño bastante que exige el tipo penal de la estafa. En el presente caso, el error impropio o "error in negotio" sufrido por los contratantes trae causa de unas técnicas de venta en las que el contrato es lo último que suele ver el consumidor, presentándosele el documento cuando el vendedor supone que ya está convencido y casi como una cuestión de mero trámite. Todo ello puede implicar un disenso sobre la causa del contrato



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

que dará lugar a su nulidad mas no a la apreciación de un engaño penalmente relevante pues resulta difícilmente sostenible la existencia de un plan preconcebido claramente orquestado por las entidades querelladas, a las que habría que sumar –no se olvide- la práctica totalidad del sistema bancario y financiero español, a la hora de comercializar sus productos y engañar a los potenciales inversores, a sabiendas de la situación que la adquisición de los mismos iba a generarles puesto que, si bien es cierto que han podido incurrir en graves deficiencias en su comercialización y que incluso han primado sus propios intereses por encima de los de sus clientes, también lo es que esta actuación no es suficiente para generar el “engaño bastante” exigido por el tipo penal, más aún si tenemos en cuenta que, pese a su complejidad y riesgos, ha habido inversores que han obtenido cuantiosos beneficios con su inversión,

Tampoco el encaje penal buscado por la parte querellante resulta posible mediante la aplicación de la modalidad de estafa que nuestra jurisprudencia califica como “negocios jurídicos criminalizados”, en los que, como se recoge, entre otras, en la STS 684/2004 de 25 de mayo, “...el señuelo o superchería utilizado por el defraudador es el propio contrato con apariencia de regularidad, a través del cual y previamente el estafador piensa aprovecharse económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento...” Esta modalidad delictiva viene caracterizada por el propósito inicial de incumplir lo pactado y obtener beneficio con el cumplimiento de la otra parte, situándose el engaño implícitamente en esa actuación inicial de incumplimiento. No existe en la querrela presentada dato objetivo alguno que apunte a que esa forma de actuación predeterminada al incumplimiento y al aprovechamiento de la inversión del cliente fue la utilizada por las entidades querelladas a la hora de comercializar sus productos.

No obstante lo dicho, cierto es también que en la valoración de la idoneidad del engaño deberán ponderarse, junto a la perspectiva objetiva, consideraciones de índole subjetiva, como ha establecido reiterada jurisprudencia, por lo que cabe pensar en supuestos particulares de relevancia penal del engaño (personas incapaces, de edad avanzada, analfabetas...).

QUINTO.- De lo expuesto puede ya colegirse que la comercialización de participaciones preferentes se acomoda al ámbito civil mucho más propiamente que al penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima que preside el Derecho Penal obliga a extremar el celo a fin de que no sea la magnitud del perjuicio ocasionado ni el número de afectados lo que determine el seguimiento del procedimiento penal sino la existencia de indicios racionales de una posible responsabilidad de esa naturaleza punitiva. En la venta de las participaciones preferentes lo que prima es el aspecto civil. La obtención de la reparación indemnizatoria adquiere un primer plano que desborda por completo la cuestión penal, siendo ésta, en la concepción social, únicamente el presupuesto necesario que condiciona el éxito de aquélla. Por otra parte, debe romperse con el mito de acudir preferentemente a la vía penal, cuando hoy se puede obtener una respuesta más rápida y eficaz ante la jurisdicción civil y contencioso administrativa, en cuyos campos se ha producido una cierta objetivización de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción penal en la que, por natural exigencia de la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente, se exigirá que pueda aislarse una conducta personal, directamente reprobable y encuadrable dentro de un tipo penal, algo que en este caso y, dejando de lado aquellas actuaciones concretas en que primen las ya mencionadas consideraciones de índole subjetiva del contratante, no parece probable. Del mismo modo, es absolutamente rechazable la ilegítima utilización de la jurisdicción penal como vía de presión para la obtención de una reparación estrictamente civil.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

Desde el punto de vista de la eficacia en la reparación de los perjuicios ocasionados, la vía civil se antoja asimismo mucho más idónea para dar una respuesta satisfactoria a los adquirentes de participaciones preferentes. Son pues también razones prácticas las que abonan la conveniencia de acudir a la vía civil. Porque, dejando de lado la extraordinaria dificultad de atribuir responsabilidades penales por la comercialización de este producto, la propia repercusión social de los hechos viene demandando una actuación jurisdiccional diligente que otorgue rápida solución a los intereses en juego y repare pronta y eficazmente los perjuicios ocasionados por los abusos de las entidades bancarias. La experiencia nos demuestra que el proceso penal no dota a los órganos judiciales de las medidas precisas, de todo orden, para responder de forma adecuada a hechos de la naturaleza que se analiza, tanto por la falta de adecuación de las normas procesales penales, como por la inexistencia de unos cauces ágiles para canalizar los medios de orden personal y material que se precisan para abordar este tipo de situaciones, como por la propia naturaleza y garantías del proceso penal. Resulta impensable la tramitación de un proceso y la eventual celebración de un juicio al que se verían finalmente avocados cientos de acusados, tantos como comerciales y directores de sucursales, y miles de posibles perjudicados, contratantes en circunstancias necesariamente distintas entre sí.

La preferencia de la vía civil sobre la penal fue acordada en el encuentro celebrado en la Fiscalía General del Estado de 21 de septiembre de 2012 y al que asistieron, entre otros, los Fiscales Superiores de los distintos TSJ. El Defensor del Pueblo, en su Estudio sobre Participaciones Preferentes de marzo de 2013 se refiere también a la solución civil analizando los distintos pronunciamientos judiciales. Precisamente esta vía civil es la que está dando cumplida respuesta a aquellos adquirentes de participaciones preferentes que no fueron debidamente informados de la naturaleza y riesgos del producto bien mediante el ejercicio de acciones de cesación en defensa de los intereses supraindividuales de los consumidores, colectivos o difusos, bien mediante el ejercicio de acciones individuales.

Las primeras, las acciones de cesación, son posibles cuando existe un interés colectivo (un grupo de personas que se encuentra en igual o similar posición jurídica con relación a un bien y dicho grupo está determinado o es fácilmente determinable en su composición) o difuso (una comunidad indeterminada o de muy difícil determinación de sujetos). Normalmente, en el caso de los intereses colectivos existirá una vinculación jurídica de los miembros del grupo con un tercero o entre sí; en los difusos, en cambio, no existirá dicho vínculo jurídico y el único nexo entre los sujetos interesados estará formado por circunstancias fácticas contingentes. Es en este ámbito en el que se enmarcan las acciones de cesación ya ejercitadas por la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Galicia en las emisiones de participaciones preferentes de Caixa Galicia sobre la base del artículo 11.4 LEC, que legitima al Fiscal para la protección de tales intereses supraindividuales de los consumidores. Se basa la demanda en la vulneración de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios que dispone el derecho básico a la información correcta y en sus artículos 17 y siguientes impone que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad (Texto Refundido RDLeg. 1/2007, de 16-11).

Por lo que se refiere a las acciones civiles individuales, se está consolidando un criterio jurisprudencial adoptado en numerosas sentencias dictadas resolviendo las reclamaciones presentadas por inversiones minoristas de participaciones preferentes, lo que demuestra que, entre las posibles vías judiciales a las que se puede acudir, es la civil la que se perfila como la más adecuada para dar una respuesta rápida y eficaz a la principal finalidad buscada por los inversores que no es otra que la de obtener la devolución de su dinero, reservado la vía penal, como se ha dicho, para aquellos casos individuales donde se han



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

detectado indicios del delito de estafa por parte del empleado del banco cuando las especiales circunstancias del adquirente permiten colegir que se abusó de su incapacidad para conocer siquiera mínimamente el producto contratado.

En este sentido y, a título meramente ejemplificativo, podemos hacer referencia a algunas de las sentencias dictadas en este vía:

- Sentencia núm. 377/2012 de fecha 27 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª), en la que, tras concluir que la entidad demandada (CAM) incurrió en omisiones de información esenciales sobre aspectos principales del contrato, especialmente en lo relativo al riesgo que asumían los inversores con la compra de un producto tan complejo como eran las participaciones preferentes, considera que los demandantes, a la hora de suscribir sus contratos, incurrieron en error sobre la esencia del mismo, error de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento prestado, motivo por el que confirma la dictada en instancia que declaró la nulidad del contrato suscrito, condenando a la entidad demandada a restituir a los demandantes el importe de las participaciones que poseían.

- Sentencia núm. 514/2012 de fecha 3 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª), en la que se concluye que la entidad demandada (Cajas de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares) incumplió los deberes de información cuando, en el año 2008, asesoró al actor para que no rescatara el importe invertido en participaciones preferentes sino que mantuviera su inversión hasta el año 2009, pese a conocer que la situación económica de la entidad no era buena, incumplimiento que se agravó aún más teniendo en cuenta que el actor era un inversor minorista que, pese a haber hecho constar en el test de conveniencia que se le practicó para determinar su perfil de inversor, que su profesión tenía alguna relación con temas financieros, ello en modo alguno pudo suponer que tuviera acceso a una información tan compleja como la relativa a las participaciones preferentes, complejidad que debió incrementar la obligación de información exigible al banco sobre las vicisitudes que podían rodear la inversión ofrecida, razones por las que se confirma la sentencia dictada en instancia que condenó a la entidad demandada a abonar al actor el valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers que suscribió.

- Sentencia núm. 16/2013 de fecha 30 de enero dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1ª), que resuelve que la entidad demandada (Caja Rural de Córdoba) no informó debidamente a la parte actora (quien carecía de la cualificación y conocimientos técnicos necesarios) de las características del producto que iba a adquirir, en especial del riesgo que conllevaba la adquisición de participaciones preferentes, lo que motivó que se representara la realidad del contrato que suscribió de forma equivocada, incurriendo por ello en error esencial a la hora de prestar su consentimiento. La sentencia confirma la dictada en instancia en el sentido de declarar la nulidad del contrato suscrito y condenar a la entidad demandada a abonar a la parte actora el importe invertido más los intereses devengados, previa deducción de las cantidad percibida por ésta en concepto de intereses.

- Sentencia núm. 163/2013 de fecha 4 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), que igualmente confirma la dictada en instancia que declaró la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado entre la parte actora y la entidad demandada (Banco Santander) al entender que se incumplió el deber de información y evaluación de determinación del perfil del inversor que correspondía a la entidad emisora, condenando a ésta a devolver a los actores el importe de su inversión así como los intereses correspondientes.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

- Sentencia de fecha 8 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid en la que, tras entender que el consentimiento prestado por la cliente demandante lo fue viciado por error sustancial al no haber cumplido la entidad demandada (Bankia) sus deberes legales de practicarle el test de idoneidad y de informarle de forma clara y precisa sobre las características del producto adquirido, declara la nulidad del contrato que la misma firmó suscribiendo participaciones preferentes de Caja Madrid Finance Preferred Serie II (2009) condenando a la entidad demandada a pagarle la cantidad invertida con los intereses legales correspondientes, previa deducción de las cantidades percibidas por la demandante en concepto de intereses abonados por la demandada.

- Sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en la que, tras realizar un análisis pormenorizado de toda la normativa aplicable en materia de participaciones preferentes así como del ámbito que debe alcanzar el deber de información sobre las características de este producto y determinación del perfil de inversor, obligaciones ambas que corresponden a las entidades emisoras de estos productos, declarada la nulidad del contrato suscrito por los actores con la entidad demandada al concluir que existió vicio en el consentimiento que prestaron, condenando a Bankia a la restitución del precio que pagaron más los intereses correspondientes, acordando igualmente poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal al entender que la venta que de dichas participaciones se hizo a uno de los actores aquejado de la enfermedad de Alzheimer, sin oírle ni asesorarle, presenta claros indicios de poder constituir una infracción penal.

En la misma línea que las sentencias mencionadas se pronuncian, entre otras, las siguientes: sentencia núm. 278/2011 de fecha 2 de septiembre dictada por la AP de Palma de Mallorca; sentencia de fecha 23 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de O Porriño; sentencia núm. 67/2013 de fecha 8 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona; sentencia de fecha 9 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid; sentencia núm. 477/13 de fecha 11 de abril dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid; sentencia de 12 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de A Coruña y sentencia núm. 76/2013 de fecha 30 de abril de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia, sentencias todas ellas de fechas muy recientes que confirman que es la vía civil la más adecuada para resolver los problemas generados con la comercialización de las participaciones preferentes.

Por otra parte, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE) presentó el 16 de abril de 2013 una demanda civil colectiva en los Juzgados de Madrid en nombre de 300 titulares preferentistas de Caja Madrid.

SIXTO.- La querrela se dirige también contra "el ex Presidente de la CNMV D. Julio Segura", de manera ciertamente confusa e imprecisa. Aunque no es función del Ministerio Fiscal suplir las deficiencias en que incurran las partes en sus escritos, con la finalidad de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas pasamos a analizar el tipo del artículo 408 CP que parece imputársele.

Debemos señalar que el legislador ha diseñado en el artículo 408 del CP un delito de omisión pura en el que se exige que su autor, en todo caso autoridad o funcionario público, de una forma deliberada, deje de perseguir delitos de los que haya tenido conocimiento, incumpliendo, de esta manera, las obligaciones de promover la persecución de delitos que tenga encomendadas, tratándose, por tanto, de una figura delictiva que solo admite el dolo



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

directo. La imposibilidad de incardinar dentro del tipo penal la actuación del Presidente de la CNMV parece clara en la medida en que no concurre ninguno de los elementos que lo configuran. Para empezar, la previa existencia de delito que deba denunciarse, elemento éste que, obviamente, constituye su núcleo esencial y que no puede admitirse de conformidad con lo ya expuesto. La propia dificultad de atribuir reproche penal a las conductas descritas deshace la posibilidad de comisión de este delito, más aun cuando constan numerosas actuaciones de la CNMV que, en el ámbito de sus competencias de supervisión y control, se dirigían precisamente a regular y mejorar la comercialización de estos productos. La ausencia del presupuesto básico de esta figura delictiva hace innecesario entrar en el análisis del resto de los elementos del tipo que, en todo caso y como se ha dicho, tampoco concurrirían en los hechos denunciados.

SÉPTIMO.- La querrela hace mención al "Informe razonado sobre el case de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por Bancaja y Caja Madrid, entidades integradas en Bankia" emitido el 11 de febrero de 2013 por el Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades de la CNMV. En este informe se analizan los hechos detectados en la revisión horizontal de los procedimientos de case de operaciones entre clientes minoristas sobre instrumentos híbridos emitidos por las entidades o sus grupos. En la medida en que los querellantes adquirieron sus participaciones preferentes en el mercado primario, los posibles incumplimientos de Caja Madrid en el case de operaciones entre clientes no les afectan.

De conformidad con lo expuesto y al amparo del artículo 313 LECr, el Fiscal interesa la desestimación de la querrela por no ser los hechos en que se funda constitutivos de delito.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Como establece el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo en un solo proceso"

Los supuestos de conexidad están descritos y regulados en el artículo 17 de la L.E.Crim. que recoge en sus números 1º y 2º la conexidad subjetiva y en sus números 3º y 4º se recoge la conexidad objetiva y por último el número 5º recoge la conexidad mixta (subjetiva y objetiva) que comprende los diversos delitos que se imputan a una misma persona al incoarse contra ella causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre si, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados (comisión relacionada –artículo 17.5), analogía para cuya apreciación bastara con que los delitos sean meramente semejantes entre si, en atención a su naturaleza, bien jurídico violado, modo de actuar del agente, homogeneidad, presidiendo para su apreciación el criterio interpretativo «in bonam partem» y en atención a los principios de unidad procesal, rapidez de la justicia y economía del procedimiento, eludiendo así criterios rígidos y principios generalizadores prohibitivos que puedan obstaculizar la aplicabilidad de la acumulación conexidad (STS 28 de enero de 1975, 10 de noviembre de 1982, entre otras).



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 1987 señala que la analogía o relación entre sí exigida por el artículo 17.5º puede derivar de plurales circunstancias de tiempo, de lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, «modus operandi» del agente y otras, debiendo huirse de posturas eminentemente restrictivas, alentando a este respecto criterios beneficiosos para el reo.

En el presente caso, la querrela interpuesta por la representación de D. José María Bella, empresario de profesión, refiere que en el año 2008, tras recomendársele en la oficina de Caja Madrid en la que tenía unos depósitos a plazo fijo que adquiriera participaciones preferentes al ser un producto seguro y sin riesgo, decidió, junto con su esposa y también querellante, D^a. M^a Ángeles Puigdomenech, firmar en fecha 25 de mayo de 2009 dos órdenes de compra para adquirir 900 títulos por valor nominal de 90.000 euros y 2.500 títulos por valor nominal de 250.000 euros respectivamente, señalando que la única información que se le facilitó es la resultante del folleto que se acompaña, del que se desprende que las participaciones preferentes estaban consideradas por las agencias de calificación como productos seguros, de alta calidad y con muy buen riesgo de crédito, hechos éstos que considera como constitutivos de un delito de estafa (artículo 248 y ss CP), publicidad engañosa (282 CP), maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 284 CP) y omisión del deber de denunciar delito (art. 408 CP).

Además, en su querrela también realiza una valoración del informe de fecha 11 de febrero de 2013 emitido por la CNMV para concluir que, de lo expuesto en el mismo sobre la forma en que las entidades BANCAJA y CAJA MADRID casaban sus operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada, debe desprenderse la comisión de un delito de maquinación para alterar el precio de las cosas previsto en el artículo 284 del CP.

Pues bien, a la vista de tales hechos, los mismos deben relacionarse con otros similares de los que ya conoce este Juzgado en sus Diligencias Previas nº 59/ 2.012, y en cuyo marco, el Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de mayo de 2.013, viene ordenar la admisión a trámite una querrela interpuesta por la admisión de participaciones preferentes por un cliente de BANCAJA, que denuncia hechos similares a los aquí referidos, disponiendo que:

“Las distintas actuaciones (orquestradas y verificadas al tiempo en toda España) de las 7 Cajas finalmente agrupadas, de venta de preferentes (producto financiero complejo) no solo se efectuaron en perjuicio de los clientes en el momento de su comercialización, sino con su posterior negociación en mercados internos aprovechando la falta de transparencia del mercado para crear un mercado interno ficticio, en el que se manipularon de forma continuada los precios de cotización, de tal modo que no puede confirmarse la resolución impugnada en cuanto ésta separa, como un mundo totalmente aparte e independiente “el súbito deterioro patrimonial” de BANKIA, pues este no fue un súbito deterioro, sino la consecuencia de una previa actuación conjunta para sobre valorar artificialmente el valor de las Cajas a fusionar,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

de modo que crearon un producto artificialmente saneado mediante la venta masiva a los pequeños ahorradores de productos de nulo valor financiero.

No puede separarse "el deterioro patrimonial de la entidad BANKIA S.A., que fue creciendo progresivamente en breve periodo de tiempo, pasando su balance en pocos días de unos beneficios declarados de 305 millones de euros a unas pérdidas de 2.979 millones de euros" (objeto de este procedimiento según el Fundamento Jurídico Tercero de la resolución recurrida) de la previa y planeada recapitalización fraudulenta y meramente formal de las entidades, gravemente deficitarias ya ab initio. Recapitalización fraudulenta que, ante la imposibilidad de las Cajas de acudir a los mercados financieros, no tuvieron reparo en verificar a costa de los más débiles: los clientes, los ahorradores, los pensionistas, y ello, con el objetivo futuro de conformar todos ellos una nueva Entidad que pudiera ser inscrita como Banco y salir a Bolsa, lo que requería de una apariencia necesaria de solvencia." y añade: "Esta conducta individual (hechos concretos) si aparece, indiciara y razonablemente inscrita en los actos preparatorios, previos e inseparables del posterior brusco deterioro patrimonial de BANKIA, en cuanto constituyen maniobra de recapitalización artificial de una de las Cajas de Ahorro cuyo proyecto de fusión estaba en marcha y que culminó el 3 de diciembre de 2.010 con la creación de la Sociedad Central del S.I.P. bajo el nombre de "Banco Financiero y de Ahorros S.A.", por lo que procede admitir la personación como perjudicados de los recurrentes."

En virtud de lo acordado en dicha resolución este Juzgado debe admitir a trámite la querrela aquí interpuesta por D. José María BELLA MARTORELL y Doña María Ángeles PUIGDOMENECH ARBUSSA, y previa acumulación de las presentes a las Diligencias Previas seguidas en este Juzgado con el número 59/2012, tener al mismo por personado y parte, en calidad de perjudicado y en el ejercicio de la acción particular.

Dicha condición de perjudicados por los hechos denunciados, deberá examinarse con el carácter provisional que, como es sabido, se presenta en esta primera fase procesal, mediante la que se deben realizar las diligencias pertinentes y necesarias encaminadas a determinar el verdadero alcance y naturaleza de los hechos denunciados.

SEGUNDO.- Respecto a las alegaciones que efectúa al Ministerio Fiscal y en las que fundamente su petición en el sentido de que se rechace la querrela interpuesta, deberá recordarse que la admisión a trámite de una querrela no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene, de suerte que sólo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión "a limine", mientras que, cuando no se excluya "ab initio", habrá de admitirse a trámite la querrela, y darse cabida en la tramitación del mismo a aquellos que aparezcan como posibles perjudicados por los mismos; siendo así que en el presente caso los hechos denunciados en la querrela merecen una investigación en sede penal, y ello por cuanto los mismos presentan, indiciariamente, relevancia penal, es decir: podrían ser constitutivos de delito, pues lo afirmado en la querrela no es algo que "ab initio" pueda considerarse ajeno a los tipos penales denunciados, debiéndome remitir en este punto a



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

las resoluciones ya dictadas en la admisión de anteriores querellas presentadas sobre estos mismos hechos, y así aunque Ministerio Fiscal, en su informe, entienda que los hechos que son objeto de la querella presentada carecen de relevancia penal, para lo que realiza un examen mediante el que se pronuncia a favor de considerar que nos encontraríamos ante un disenso sobre la causa del contrato que dará lugar a su nulidad, más no a la apreciación de un engaño penalmente relevante, se hace necesaria la práctica de la correspondiente investigación sobre el alcance y naturaleza de los hechos denunciados, pues su relevancia penal no puede excluirse sin haberse realizado, al menos, una mínima comprobación de los hechos denunciados.

De esta forma, el artículo 313 de la L.E.Crim., ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente o cuando los hechos no son constitutivos de delito.

En relación con esta segunda posibilidad, que es la que aquí interesa, se trata de una previsión formulada de forma negativa. La ley procesal no dispone que el Juez admitirá la querella si los hechos fueran constitutivos de delito, lo que obligaría a un análisis, seguramente prematuro en muchos casos, encaminado a constatar la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito que, al menos en opinión del querellante, constituyen los hechos imputados en cada caso. Por el contrario, la ley, dejando esa verificación a la fase previa al juicio oral con carácter provisional, para en éste, en su caso, realizar el examen definitivo de la cuestión, lo que dispone es el rechazo de la querella cuando ya, tras su examen, pueda excluirse el carácter delictivo de la conducta imputada al querellado. No se trata, pues, en momento procesalmente tan temprano, de afirmar la existencia de un hecho delictivo, sino de comprobar si se puede excluir definitivamente su existencia.

Es por ello que la admisión a trámite de una querella no constituye, todavía y en todo caso, un acto de imputación judicial, aunque permita al querellado comenzar a defenderse en el proceso conforme al artículo 118 de la L.E.Crim., una vez que tal admisión le ha sido debidamente comunicada. Supone, por el contrario, la apertura de una vía para la investigación judicial de unos hechos que una o varias personas, actuando como querellantes, bajo su responsabilidad, que es la que marca la ley, ponen en conocimiento del órgano jurisdiccional e imputan a los querellados, y respecto de los que, tal como vienen relatados en la querella, no se puede excluir, en ese momento, su carácter delictivo ni la intervención en ellos de los querellados. Naturalmente, lo anterior no excluye la posibilidad de una verdadera imputación judicial tras la comprobación de la existencia de datos que avalen la realidad de los hechos imputados, lo que ordinariamente formulará el instructor de la causa una vez recopilados judicialmente, y con las garantías que ofrece a las partes el proceso, aquellos datos que, indiciaria y provisionalmente, supongan la presunta participación de los querellados en la comisión de delito.

El carácter delictivo de la conducta imputada se puede rechazar por dos razones, fundamentalmente:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

- En primer lugar, porque los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como viene redactado, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (ATS de 26 de octubre de 2001).

En estos casos carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, no serían constitutivos de delito en ningún caso.

- En segundo lugar, cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se disponga de ningún elemento que avale racionalmente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. En este segundo grupo de casos, aunque la ley no lo dispone de forma expresa, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querrela, que pueda ser considerado accesible y racional.

Por lo tanto, sin perjuicio de la futura precisión acerca de la existencia de pruebas y del posterior examen de la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de los delitos imputados, de lo que ahora se trata es, exclusivamente, de establecer, en primer lugar, si, a los efectos de admisión a trámite de la querrela, puede ser excluido el carácter delictivo de las conductas imputadas a los querrelados y, en segundo lugar, si existen indicios de que tal conducta efectivamente ha sido ejecutada.

Y en el presente caso, de verificarse en fase de instrucción indicios racionales sobre la comisión los hechos que son objeto de denuncia, no puede descartarse su relevancia penal, y aún menos sin haberse efectuado un mínimo de actividad de instrucción sumarial, desde el momento en que compartiendo este Juzgado con el Ministerio Fiscal la delgada línea que puede separar, en este tipo de hechos, el ilícito penal del ilícito civil, no es en absoluto descartable la existencia del primero, y que la tutela judicial ampara a quien acude a los Tribunales a fin de que se investigue si en el diseño, implantación, emisión, comercialización y gestión de estos productos financieros pudiera haberse incurrido en delito.

Late en la tesis del Ministerio Fiscal la figura conocida como negocios jurídicos criminalizados. Sobre éstos la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene dicho que será puerta de la estafa, cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechanza al patrimonio ajeno. Conforme a ella, para que cualquier negocio civil o mercantil pueda ser considerado como punible desde el punto de vista penal, es preciso que surja a modo de medio engañoso, utilizado para producir el error de la otra persona que contrata, la cual es entonces, y por ello, inducida a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

operación, quien, desde un principio, perseguía esa finalidad lucrativa. Es decir, engaño, ánimo de lucro, perjuicio y relación causal, como elementos configuradores del tipo penal previsto en el artículo 248.1 del Código Penal. Para distinguir, pues, cuándo nos encontramos antes un negocio jurídico criminalizado y cuándo ante un mero incumplimiento civil, se han barajado diversas teorías por la jurisprudencia y la doctrina científica, como la del "dolo antecedente" o la del "dolo típico", situación anímica que habrán de deducir los Tribunales de los antecedentes fácticos y de las circunstancias de todo orden que concurran en el supuesto de hecho sometido a su consideración (STS de 3 de abril de 2001). Concluyendo más recientemente la STS de 13 de mayo de 2005 que *"para que concurra la figura delictiva de que se trata, resulta precisa la concurrencia de esa relación interactiva montada sobre la simulación de circunstancias que no existen o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos o puede disponer de los mismos en términos que no se habrían dado de resultar conocida la real naturaleza de la operación."* Esta determinación deberá ser el objeto de la presente instrucción, pues aunque no sea desdeñable la inexistencia de un dolo penalmente relevante, tampoco lo es su existencia, para lo que deberá establecerse, a través de la presente instrucción, si existen indicios de que los querellados albergaban, antes de producir el engaño denunciado, el decidido propósito de no cumplir con las condiciones anunciadas, sea por voluntad de no hacerlo, sea por algún tipo de imposibilidad de la que fueran conscientes. No se trata de que el producto o los productos financieros de alto riesgo comercializados por las querellas fueran legales, que lo eran, sino si en su comercialización y negociación se ocultó la verdadera situación de las entidades participadas por los preferentistas y el verdadero riesgo en que se incurría al invertir en dichos productos.

Los elementos que la jurisprudencia ha venido estimando como necesarios para que el delito en cuestión, el delito de estafa, se produzca, suponen:

a) La acción engañosa, precedente o concurrente que viene a constituir la «ratio essendi» de la estafa, realizada por el sujeto activo del delito, con afán de enriquecerse él mismo o un tercero (ánimo de lucro), siendo tal acción adecuada, suficiente y eficaz para provocar un error esencial en el sujeto pasivo, quien realiza por efecto de ese error un acto de disposición o desplazamiento patrimonial que cause un perjuicio a él mismo a un tercero, existiendo, por lo mismo, una relación de causalidad entre el engaño de una parte y el acto dispositivo o perjuicio de la otra (STS, entre otras, de 12-XII-86; 24-IV-87; 29-V-89...);

b) En cuanto a la antijuridicidad, la transmisión económica realizada ha de implicar el quebranto o violación de normas que la rigen, no solamente de carácter civil, sino penal ante la repudiación que el ente social hace de la conducta llevada a efecto por el actor de la infracción criminal, que se pone de relieve a través de conductas que la legislación sanciona como delitos;

c) En cuanto a la culpabilidad es preciso que se ponga de manifiesto la conciencia y voluntad del acto realizado, y además que el engaño, como elemento



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

subjetivo consista en cierto artificio o maquinación insidiosa con operatividad para producir en el sujeto pasivo una equivocación o error que le induce a realizar la transmisión del objeto delictivo con beneficio lucrativo para el agente de la acción, lo que origina el ánimo de lucro consistente en cualquier tipo de provecho, utilidad o beneficio. Este último elemento impide la comisión delictiva a título de culpa, puesto que es evidente que estamos ante un elemento subjetivo del injusto (STS 8-III-85).

El ánimo que se expresa como uno de los elementos del delito (el más importante en éste) pertenece a la intención, esfera íntima del ser humano, su presencia solo podrá deducirse de datos externos y objetivos, externos de la realidad, que puedan ser aprehendidos por los sentidos, y desde el examen de estos datos con la presunción de inocencia presente, no pueden extenderse, sin más, a aquellos que se encuentran ocultos en la mente o en la conciencia de la persona, como lo que sabe, lo que quiere, el deseo, el conocimiento...o los proyectos que impulsan la conducta del ser humano, todo lo cual corresponde al arcano de los más íntimos sentimientos y que, por su propia naturaleza inmaterial, únicamente pueden ser inferidos mediante el análisis de las circunstancias concurrentes que rodean esa conducta objeto del enjuiciamiento. En este momento es, por ello, prematuro aventurar cual era el ánimo, o la finalidad de los querrelados en la concepción y puesta en práctica de estos productos financieros, pero no es excluible que el mismo fuera ajeno a la realización de una venta lícita, sin engaños, sobre el objeto de comercio.

Además, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el engaño ha de ser cualificado como bastante. Es cierto que esta cualificación ha sido objeto de gran discusión doctrinal y que se ha oscilado, en cuanto a su interpretación, desde la consideración de que el engañador ha de representar una verdadera «mise en scene» capaz de provocar error en las personas más «avispadas» hasta la consideración más laxa de que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura, o a otras circunstancias que habrán de valorarse en cada supuesto, y que, como ha puesto de manifiesto la STS de 31-XII-96 «...el engaño puede ser activo o positivo, realizando una convincente exposición de ventajas inexistentes, o puede ser omisivo, ocultando o sustrayendo datos que si el otro contratante hubiera conocido, le harían desistir de su voluntad de contratar. En este caso, el dolo existente va más allá del dolo civil en el que es necesario que existan palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, pero permanece una posibilidad, siquiera remota, de cumplir lo convenido, mientras que el dolo penal aparece cuando en función de las circunstancias perfectamente conocidas por el autor del incumplimiento, se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática...», y esta misma sentencia, por referencia a la presencia de contratos bajo los que se enmascara el engaño suficiente para configurar el delito de que estamos tratando, hace una referencia a los denominados “contratos criminalizados, en los que, con la apariencia de un contrato, se simula el verdadero propósito que es el del incumplimiento por parte de quien engaña, cuando por la otra parte, además, se cumple con la contraprestación pactada en el contrato”. En idéntico sentido, la STS de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

5-VI-2000, o la del STS de 24-III-92, en cuyo fundamento cuarto se concreta "...como modalidad muy caracterizada de la estafa se halla la que ha venido reconociéndose como consumada, a través de los denominados "contratos criminalizados", en los que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito, aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude, valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los negocios jurídicos, con claro y terminante ánimo 'ab initio', de incumplimiento por parte del defraudador cuando media un contrato, el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o de iniciar muy parcialmente un cumplimiento para desembocar en un incumplimiento definitivo, en el que el contrato es una ficción al servicio del fraude, creando un negocio vacío o captatorio, que encierra realmente una asechanza del patrimonio ajeno...se oculta el decidido propósito de no cumplir la contraprestación que le incumbe o se silencia la imposibilidad de cumplirla en que se encuentra, induciendo, en todo caso, con engañoso comportamiento, a quien confía en obtener de la operación una ganancia o satisfacción de alguna necesidad mediante ella...todo ello subyaciendo una situación engañosa grave, un engaño defraudatorio, que ha movido a la voluntad a contratar" y en este orden igualmente, la jurisprudencia ha distinguido el momento en que se produce el dolo que conlleva el engaño "...toda afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso, o bien el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos el engaño ha de ser, necesariamente, antecedente, causante y bastante: Antecedente, por cuanto que tendría que preceder y determinar el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado 'dolo subsequens'. Causante, ya que el engaño debe hallarse ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial, de tal forma que éste haya sido generado por aquel. Y por último, bastante, entendido en el sentido de la idoneidad del engaño en cuanto que sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia" (STS de 23-I-98), en la que, en referencia al caso concreto, absuelve a los acusados porque, en todo caso, "el engaño o la mendacidad es posterior al acuerdo de voluntades y no ha sido determinante a mover la voluntad de los sujetos pasivos, sino solo dolus subsequens (subsiguiente o sobrevenido para causalizar el desplazamiento interpatrimonial) que hace más onerosa la contribución de los compradores" y así concluye que "el incumplimiento contractual, que no engaño determinante y causal de la aceptación contractual ha de predicarse", absolviendo a los acusados del delito de estafa.

Bien es cierto que, conforme se concreta en la STS de 14-I-89, la doctrina que expresa que el dolo específico del delito de estafa ha de ser siempre antecedente y nunca subsecuente es aplicable únicamente a supuestos en que el engaño causante del desplazamiento entre patrimonios, la contraprestación, se realice en un solo acto y nunca puede excluir aquellos casos en que la dinámica comisiva se proyecte en estadios temporales sucesivos y así se alude a la posibilidad de distintas fases en el iter de los negocios jurídicos criminalizados, donde esta sentencia (y por referencia la de 16-XI-73 y 9-V-88) distingue incluso una primera fase que no extravase los perfiles del mero incumplimiento contractual y una posterior, en que el móvil se transmuta y surge el engaño que es nervio o eje de la infracción penal, y es aquí en donde debe ponerse de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

relieve la necesaria investigación, en sede penal de las “malas prácticas” relacionadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su informe, las cuales se refieren no solo al proceso de comercialización, sino también al de negociación de las participaciones preferentes, y si efectivamente se vino a crear un mercado interno ficticio, en el que se hubiera manipulado de forma continuada los precios de cotización para mantenerlos artificialmente altos, a fin de aparentar que la cotización de estos productos era estable, fingiendo ante los inversores la existencia de un mercado secundario real, de forma que, como señala la CNMV se hubiera creado un conflicto de interés entre los clientes que compraban las emisiones y los que las vendieron, puesto que el valor razonable era muy inferior a aquel al que se realizaron las transacciones, de forma que los compradores habrían adquirido títulos al 100% cuando su valor razonable era sensiblemente inferior (mínimo del 25,3% y máximo del 61,9% en las emisiones previas a 2009, y mínimo del 53,3 % y máximo del 98,5% para las de 2009 y 2010), mientras que los vendedores se veían beneficiados al realizar la operación inversa. De esta forma, el informe de la CNMV refiere que *“el conflicto de interés no solo afectó a las operaciones entre los clientes, sino que se extendía también a la actuación de las entidades. Estas, al permitir que la operativa descrita se produjera, se veían beneficiadas ya que así evitaban la existencia de posibles reclamaciones y denuncias por parte de los clientes vendedores (falta de liquidez, mala información en la compra, etc.), el consiguiente perjuicio reputacional e incluso la potencial pérdida de clientes”*. Y si, como dice la CNMV *“las entidades no actuaron, como era su obligación, en interés de los inversores”* deberá averiguarse qué otro interés pudiera haber llevado a las mismas a realizar este tipo de prácticas y de operaciones, y en este sentido es de resaltar la conclusión que emite la CNMV en su informe, al referir que *“Las entidades (Bancaja, Caja Madrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quáter cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable.*

Las entidades no establecieron ninguna medida destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicasen los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos, perjudicándolos en beneficio de otros clientes que, de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores”.

“Con independencia de que las entidades participaran de forma activa en la busca de compradores, estaban obligadas a establecer procedimientos adecuados para prevenir que los conflictos de interés señalados se materializasen provocando perjuicio a los compradores”

“Las entidades no actuaron, como era su obligación, en interés de los inversores ya que tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores de que estaban ordenando la compra de los mencionados instrumentos a precios significativamente alejados de su valor razonable, ni disponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los mencionados instrumentos a los tenedores de los mismos”



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

Estas actuaciones, calificadas desde la Comisión Nacional del Mercado de Valores como de "malas prácticas", deben ser objeto de investigación en sede judicial, desde el momento en el que se está advirtiendo de una necesidad de captación de compradores, de una deliberada falta de información a los clientes y de un claro conflicto de intereses entre estos y entre los mismos y la entidad, conflicto de intereses que se resolvió a favor de la entidad, y en perjuicio de los clientes.

TERCERO.- Este Juzgado coincide en lo sustancial con el Ministerio Fiscal cuando afirma que debe romperse con el mito de acudir preferentemente a la vía penal, cuando se puede obtener una respuesta más rápida y eficaz ante la jurisdicción civil y contencioso administrativa, en cuyos campos se ha producido una objetivización de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la jurisdicción penal en la que, por natural exigencia de la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente, se exigirá que pueda aislarse una conducta personal, directamente reprochable y encuadrable dentro de un tipo penal.

Pero este criterio, basado únicamente en la eficacia y rapidez en obtener una respuesta de la Justicia lo es tan solo en lo que se refiere a la reparación indemnizatoria, y no es ni puede servir de excusa para crear espacios de impunidad, si es que se ha cometido algún ilícito penal, y siendo así que los perjudicados por los hechos que se denuncian no tienen la obligación de acudir a la vía penal, en cualquier caso les queda a salvo la jurisdicción civil para reclamar aquello que consideren en justicia para la reparación de los daños y perjuicios que se les hubiere podido ocasionar, como también se les vienen ofreciendo otras vías, como lo son las arbitrales. En la voluntad de los perjudicados se encuentra la elección de qué tipo de reparación pretenden ejercer, y así, el artículo 107 de la L.E.Crim. previene que *"la renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante, pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también corresponde"*. De hecho, la querellante, Unión Progreso y Democracia, lo es en el ejercicio de la acción popular, por lo que, al no tratarse de un perjudicado, lo único que le incita al ejercicio de la acción es la reparación penal, y no la civil al no tratarse de un perjudicado.

Ni se limita, ni se perjudica, por el hecho de incoarse un proceso penal en averiguación de si las conductas denunciadas son constitutivas de delito, los derechos indemnizatorios de los posibles perjudicados por tales hechos, a quienes en todo caso se les abre una vía más para la satisfacción de sus derechos, sin cegarse aquellas que ya están en su mano, y ello por cuanto lo que se pretende desde la acusación es realizar una investigación penal que determine si en la concepción, preparación, emisión, comercialización y negociación de estos productos financieros se produjo algún tipo de ilícito por parte de las entidades y de los responsables máximos de las mismas y de los directivos encargados de su concepción y desarrollo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

Tampoco entiende este Juzgado que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es a quien incumbe, mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal y tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa sancionadora; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal de los inversores, teniendo como referente la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, incorporando como figura delictiva la denominada estafa de inversores, incriminando a los administradores de sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores que falseen las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, y de ese modo consigan captar inversores u obtener créditos o préstamos, protección penal que el legislador llevó a cabo, precisamente, por la repercusión social que en los últimos tiempos han tenido determinados hechos de los que han resultado perjudicados múltiples personas, y que afectaron al patrimonio y a los ahorros de las mismas.

CUARTO.- Por todo ello, procede admitir a trámite la querrela interpuesta contra los miembros de los Consejos de Administración tanto de CAJA MADRID como de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, como entidades responsables de la emisión de las participaciones preferentes objeto de la denuncia interpuesta por D. José María BELLA MARTORELL, y tener igualmente dirigida la querrela contra el BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO en su condición de sucesor de la primera de las entidades citadas.

Se dirige también la querrela contra D. Julio SEGURA SÁNCHEZ, al considerar que, en el desarrollo de su función como presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *de haber adoptado las decisiones que tomó en junio de 2010 a principios de 2009, no se hubiera extendido la falsa apariencia de seguridad ni habría sido posible la colocación, entre clientes minoristas de perfil conservador, de los productos objeto de la presente querrela, o subsidiariamente inmediatamente después de la adquisición de los productos, los querellantes habrían podido percibir la disminución de valor de los mismos y haber adoptado las decisiones correspondientes*, entendiéndolo el querellante que la C.N.M.V. *"tardó seis meses en enviar un requerimiento a Bankia para que cesara en dicho comportamiento (entre 15-4-2011 en que fue informada de esas malas prácticas y el 31-10-2011 en que requirió a Bankia para que cesara en las mismas). por ello, la CNMV a través de su órgano de gobierno pudo resultar colaborador necesario en la comisión de los delitos durante esos 6 meses toda vez que pudo incurrir presuntamente en un delito de omisión del deber de los funcionarios públicos de denunciar los delitos que tuvieran conocimiento.*

La figura delictiva a que se refiere la parte querellante está contemplada en el art. 408 del C.P., que sanciona a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia, o de sus responsables.

Los requisitos configuradores de dicho ilícito penal se hallan constituidos por:

1º) Condición de autoridad o funcionario que tenga legalmente atribuida la persecución del delito. Por lo tanto, el sujeto activo solo lo puede ser el funcionario público o autoridad que, faltando a las obligaciones de su cargo, deja de promover la persecución de delitos. Esta caracterización limita considerablemente el círculo de los posibles autores, dentro del amplio espectro de funcionarios, pues solamente los que tienen asignada la función de promover la persecución de los delitos y de sus responsables pueden cometerlo, ya que sólo ellos faltan a la obligación del cargo cuando no promueven la persecución de un delito o de su responsable.

2º) Omisión pura, en el sentido de que ha de ser patente, manifiesta y total.

3º) Dolo directo íntimamente relacionado con el anterior, la conducta omisiva tiene que haber sido deliberadamente buscada por el sujeto activo de forma que es consciente y desea no perseguir un determinado delito aun cuando la ley le obliga precisamente a todo lo contrario.

La actual redacción del tipo ha incluido la expresión "intencionadamente" a diferencia del art. 359 del anterior C.P., que usaba la expresión "maliciosamente" por lo que la escasa jurisprudencia sobre este tipo coincide en considerar que se ha producido un reforzamiento del dolo. Consecuentemente no sólo estarían excluidas conductas omisivas por culpa o imprudencia como ya lo estaba en el anterior Código, sino que ahora estaría también excluido el dolo eventual. El legislador persigue evitar una criminalización generalizada de la inactividad administrativa. Consecuentemente debe entenderse que para constatar este dolo directo reforzado la omisión ha de ser evidente, flagrante, clamorosa, incontestable, deliberada, grosera. En definitiva mantener un criterio similar al fijado por la jurisprudencia respecto al delito de prevaricación administrativa en donde no sólo se exige ilegalidad en la actuación del funcionario autoridad sino un plus de contradicción con la norma que justifique la intervención del Derecho Penal.

De esta forma, en ningún caso cabría entender que la conducta imputada por el querellante a D. Julio SEGURA, es decir, la falta de diligencia en efectuar el requerimiento a BANKIA, pueda ser objeto del ilícito penal señalado por dicha parte querellante, pues ninguna conducta punible cabe apreciar en los hechos que se le imputan, ni desde el punto de vista subjetivo, pues desde el cargo que ostentaba no tenía la función de instar la persecución de delitos, ni desde el punto de vista objetivo, pues aunque este Juzgado considere necesaria abrir la investigación, en sede penal, de los hechos denunciados, este criterio no es compartido por otras instituciones, como el Ministerio Fiscal, que en su informe entiende que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal..



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

QUINTO.- Se interesa por la parte querellante que se acuerde exigir fianza solidaria a los querellados, para asegurar sus responsabilidades pecuniarias, por importe de 221.000 euros, y en caso de no ser prestada se proceda al embargo de sus bienes a fin de cubrir dicha cantidad.

Sobre este particular deberá formarse pieza separada, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo razones de urgencia para su adopción, procede a la celebración de la audiencia prevista en este último, a fin de que las partes personadas puedan alegar lo que se estime oportuno en relación a la petición de garantía de responsabilidad civil solicitada y su cuantía.

Conforme viene interesado, se deberá dar acceso en este particular al Banco Financiero y de Ahorros S.A., respecto del que la parte querellante ejerce las acciones civiles que le pudieran corresponder.

SEXTO.- Procede la práctica de aquellas diligencias interesadas en cuanto las mismas sean útiles y pertinentes para la determinación de la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: Admitir a trámite la querrela interpuesta por la Procuradora Doña Blanca GRANDE PESQUERO, en nombre y representación de D. José María BELLA MARTORELL y de Doña María Ángeles PUIGDOMENECH ARBUSSA contra:

A) Los miembros del consejo de administración de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. en fecha 21 de Mayo de 2009:

- 1.- Presidente: Carlos STILIANOPOULOS
- 2.- Vocal: José Luis SÁNCHEZ BLÁZQUEZ

B) Los miembros del Consejo de Administración de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en fecha 21 de Mayo de 2009:

- 1.- Presidente: Miguel Blesa de la Parra.
- 2.- Consejero: Gerardo DÍAZ FERRAN.
- 3.- Consejero: Gonzalo MARTÍN PASCUAL.
- 4.- Consejero: Jesús PEDROCHE NIETO.
- 5.- Consejero: Rodolfo BENITO VALENCIANO.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

6.- Consejero: José Manuel FERNÁNDEZ NORNIELLA.

7.- Consejero: José María ARTETA VICO.

a quienes se dará traslado de la querella presentada, requiriéndoles a fin de que se personen asistidos de letrado y representado mediante Procurador, bajo apercibimiento de serles nombrados del turno de oficio si no los designasen.

No se admite a trámite la querella contra D. Julio SEGURA SÁNCHEZ.

Se acuerda LA ACUMULACIÓN de las presentes diligencias a las Diligencias Previas seguidas en este mismo Juzgado con el número 59 / 2.012, en donde se formarán las piezas separadas que correspondan para una correcta instrucción de la causa.

Practíquense de las siguientes diligencias:

1.- Recíbese declaración a los citados querellados.

2.- Recíbese declaración en calidad de testigos a las siguientes personas:

-D Juan Alcalde Guindo Director de supervisión de ESI- ECA de la CNMV y co-autor del informe acompañado como documento nº 15 de la querella

-Don José María Marcos Bermejo Director General de Entidades de la CNMV y co-autor del informe acompañado como documento nº 15 de la querella.

-Presidente de la Asociación de Empleados de Cuadros Profesionales de Caja Madrid en el mes de Mayo de 2009, cuya identidad deberá interesarse a la Unidad Adscrita de Policía Judicial de la Audiencia Nacional.

3.- Procédase a la ratificación del informe pericial acompañado a la querella y emitido por D. Proper Lamothe Fernández.

4.- Documental:

4.1 Oficiése a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a fin de que remita a este Juzgado

4.1.1 Copia cotejada del "Informe razonado sobre el cese de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por Bancaja y Caja Madrid, entidades integradas en Bankia", de fecha 11-02-2013.

4.1.2 Todos los informes internos de comprobación de valoración de la emisión de participaciones preferentes de Caja Madrid ISIN ESO115373021, así como la correspondencia mantenida por correo electrónico o cualquier otro medio (ya sea enviada como recibida) con AFI (Analistas Financieros Internacionales,, SA) e Intermoney Valora S.A.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 38 / 2.013

4.2 Líbrese oficio a las mercantiles BANKIA S.A. y Banco Financiero y de Ahorros (BFA) a fin de que aporten a este Juzgado:

4.2.1 El saldo mensual (en importe con desglose se los títulos que se refiere) de la autocartera que cada una de las entidades del grupo Caja Madrid tenían desde el 1 de enero de 2009 hasta la actualidad. Idéntica información respecto de BFA y Bankia con relación a títulos de Caja Madrid.

4.2.2 Evolución del saldo mensual de títulos propios de capital en cartera propia. Desde 01/01/2009 hasta la fecha.

4.2.3 Relación de las operaciones llevadas a cabo con títulos propios (preferentes y subordinadas) llevadas a cabo por el emisor y por empresas del grupo. Fecha, volumen y precios. Desde 01/01/2009 hasta la fecha.

4.2.4 Comunicaciones e informes que le remitiera Moody's y otras agencias de rating a Caja Madrid desde 01/01/2009 hasta la actualidad. Especialmente comunicaciones e informes precio a la publicación del hecho relevante de 16 de junio de 2009 con relación a la bajada de rating.

Este Auto no es firme, contra el mismo podrá interponerse recurso de reforma en este Juzgado en plazo de TRES días, conforme al artículo 766 de la LECRIM, o directamente recurso de apelación para ante la SALA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, en el plazo de CINCO días.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. D. FERNANDO ANDREU MERELLES, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº CUATRO de la AUDIENCIA NACIONAL, doy fe.

E./