

AL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 4 DE LA AUDIENCIA NACIONAL

DON JOSE MIGUEL MARTINEZ-FRESNEDA GAMBRA, Procurador de los Tribunales colg. nº 1.081 y de **IZQUIERDA UNIDA**, con domicilio social en la Calle Olimpo nº 35 de Madrid, CIF G 78269206, según se acredita mediante escrituras de poder general para pleitos con cláusula especial para formular querella que se adjuntan como documento número Uno, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

Que por medio del presente escrito vengo, en la representación que ostento, a interponer **QUERELLA CRIMINAL**, de conformidad con lo establecido en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el ejercicio de la **ACUSACIÓN POPULAR** al amparo de lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Española, y en el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra los **CONSEJEROS DE LAS ENTIDADES BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A.** (en adelante BFA) y **BANKIA, S.A.** (en adelante BANKIA o la Sociedad) que se dirán, así como contra las entidades:

1º.- BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A.U, con domicilio social en Paseo de la Castellana nº 189, 28046, Madrid. Su N.I.F. es A-86085685, inscrito en el Registro Mercantil de Madrid, Tomo 29006, libro 0, folio 87, sección 8, hoja M-522312. Inscripción 2ª, inscrito en el Registro Administrativo del Banco de España, con el Código B.E.número: 0488 Código BIC: BFASESMMXXX. Deberá ser notificado de la presente querella en su domicilio social

2º.- BANKIA Sociedad Anónima, con domicilio social en calle Pintor Sorolla Nº8, 46002 Valencia, y CIF A-14010342, está inscrita en el Registro Mercantil de Valencia, Tomo 9.341, libro 6.623, Folio 104, Hoja V-17.274. Es una entidad de crédito sujeta a la supervisión del Banco de España, y está inscrita en el Registro Administrativo del Banco de España, con el Código B.E. número: 2038 Código BIC: CAHMESMMXXX

Su sede operativa práctica, donde también puede ser notificada, de acuerdo con lo establecido en art. 10 de la Ley de Sociedades de Capital, en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior (art.9, centro de su efectiva administración), se encuentra en Madrid, en Plaza de Castilla, Torre Caja Madrid, s/n, Puerta Europa, Paseo de la Castellana nº 189, 28046 Madrid

Consejeros del BFA:

- 1.- D. Rodrigo de Rato Figaredo, ex Presidente.
- 2.- D. Francisco Pons Alcoy, ex Vicepresidente Único
- 3.- D. Ángel Acebes Paniagua
- 4.- D. Francisco Baquero Noriega
- 5.- D. Pedro Bedia Pérez Vocal
- 6.- D. Luis Blasco Bosqued
- 7.- D. José M. Fernández Norniella
- 8.- D. Rafael Ferrando Giner
- 9.- D. José Rafael García-Fuster
- 10.- D. Jorge Gómez Moreno
- 11.- D. Agustín González González
- 12.- D. Jesús Pedroche Nieto
- 13.- D. Remigio Pellicer Segarra

- 14.- D. José María de la Riva Ámez
- 15.- D. Estanislao Rodríguez-Ponga
- 16.- Da. Mercedes Rojo-Izquierdo
- 17.- D. Ricardo Romero de Tejada y Picatoste
- 18.- D. Juan Manuel Suárez del Toro
- 19.- D Antonio Tirado Jiménez
- 20.- D. Ángel Villanueva Pareja

Todos los anteriores forman o formaron parte del citado Consejo desde la constitución del BFA el 3 de diciembre de 2010, habiendo comenzado a operar el 1 de enero de 2011, hasta el 28 de junio 2012.

Deberán ser citados en la sede social del BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, S.A.U, con domicilio social en Paseo de la Castellana nº 189, 28046 Madrid.

Consejeros de BANKIA:

- 1.- D. Rodrigo de Rato Figaredo, Ex Presidente
- 2.- D. José Luis Olivas Martínez, Ex Vicepresidente Único para Participadas
- 3.- D. Francisco Verdú Pons, Ex Consejero Delegado
- 4.- D. José Manuel Fernández Norriella, Vocal
- 5.- D^a. Carmen Caveró Mestre, Vocal
- 6.- D. Arturo Fernández Álvarez, Vocal

- 7.- D. Alberto Ibáñez González, Vocal
- 8.- D. Javier López Madrid, Vocal
- 9.- D. Juan Llopart Pérez, Vocal
- 10.- D^a. Araceli Mora Enguídanos, Vocal
- 11.- D. Jose Antonio Moral Santín, Vocal
- 12.- D. Francisco Juan Ros García, Vocal
- 13.- D. José Manuel Serra Peris, Vocal
- 14.- D. Atilano Soto Rábanos, Vocal
- 15.- D. Antonio Tirado Jiménez, Vocal

Todos los anteriores forman parte del citado Consejo desde la constitucion de Bankia, en Abril 2012 y hasta 25 de mayo de 2012 al menos, habiendo ostentando tambien con anterioridad la condicion de Consejeros en los Consejos de Administracion de CajaMadrid y del resto de cajas de ahorro que dieron lugar a Bankia y al BFA.

Deberán ser citados en la sede en Madrid de BANKIA, en Plaza de Castilla, Torre Caja Madrid, s/n, Puerta Europa, Paseo de la Castellana nº 189, 28046 Madrid

Además de los anteriores, esta querella se dirige también contra las personas jurídicas Bankia S.A. y Banco Financiero y de Ahorros S.A., en calidad de personas jurídicas penalmente responsables, ex artículo 31 bis del Código Penal, así como contra aquellas otras personas desconocidas, con independencia de que hayan sido consejeros de alguna de estas sociedades y que, como consecuencia de la investigación, puedan resultar penal y civilmente responsables de los hechos que se denuncian en este escrito

Se formula querella por la probable y posible comisión de los **DELITOS** siguientes

1º.- Asociación ilícita, previsto artículo 515 del Código Penal, en posible concurso con el artículo 570 bis y ss. del Código Penal.

2.- Delito contable: falseamiento de cuentas anuales, previsto en el artículo 290 del Código Penal

3º.- Delito de estafa previsto y penado en el artículo 248 del Código Penal.

4º.- Delito de apropiación indebida previsto en los artículos 252 y 254 del Código Penal.

5º.- Delito de administración desleal del art 295 del Código Penal

6º.- Delito de falsedad en documento mercantil previsto en el artículo 392 del Código Penal.

7º.- Delito de falseamiento de información económico-financiera con el propósito de captar inversores o depositantes, del artículo 282 bis del Código Penal,

ORGANO JUDICIAL ANTE EL QUE SE PRESENTA.

La presente querella se interpone ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, órgano que viene instruyendo las Diligencias Previas 59/2012, procedimiento en el que se investigan hechos similares a los denunciados y el que existe una pieza separada sobre las denominadas “Participaciones preferentes”, instrumento utilizado para la comisión de los delitos cuya investigación constituye el principal objeto de esta querella

Para el caso de no entenderse procedente la acumulación de la presente querella a las Diligencias Previas 59/2012 seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, conforme a lo establecido en el artículo 65.1, c) y e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial sería igualmente competentes los juzgados centrales de instrucción de dicha Audiencia Nacional, toda vez que los hechos denunciados, de confirmarse su veracidad, serían constitutivos de **delitos que habrían supuesto graves defraudaciones y maquinaciones para alterar precios, con grave repercusión para el tráfico mercantil, en la economía nacional, habiendo podido causar un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.**

Lo anterior, sin perjuicio de que por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional al que finalmente le fuera asignada la presente querella se entendiera que resulta de aplicación lo establecido en el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo entonces competente para investigar los presentes hechos el juzgado de instrucción de Madrid, al haber sido realizados, al menos parte de los hechos criminales denunciados, en la ciudad de Madrid, concretamente en las sedes sociales de Bankia y del B.F.A.

La querella ahora presentada se fundamenta en los siguientes

HECHOS

Primero.- Situación patrimonial de distintas Cajas de Ahorros.

Al aprobarse las cuentas anuales del ejercicio de 2009, y como consecuencia de la temeraria y probablemente delictiva gestión desarrollada al menos desde 2008 en Caja Madrid, Bancaja, Caja Segovia, Caja Insular de Ahorros de Canarias, Caja de Ávila, Caixa Laietana y Caja Rioja, que la crisis económica puso de manifiesto, ya no se pudo ocultar que dichas cajas se encontraban en una situación de práctica insolvencia, de tal manera que ninguna de ellas estaba en condiciones de hacer frente a sus más elementales obligaciones como entidades de crédito.

Segundo.- Constitución de la SIP Banco Financiero y de Ahorros S. A. (BFA).

Conocedores de esta situación, los órganos directivos del Banco de España, obligaron a dichas entidades a agrupar su gestión mediante la constitución en junio de 2010 de un Protocolo de integración de las cajas en un *Sistema Institucional de Protección (SIP)* (artículo 4 del RDL 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, que modifica el artículo 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo). La finalidad de la constitución de este SIP fue racionalizar la gestión del negocio crediticio de aquellas y crear un sistema de apoyo mutuo (mutualización) frente al rápido deterioro de la solvencia del negocio bancario de las mencionadas Cajas.

La sociedad central de dicho SIP fue el Banco Financiero y del Ahorro, constituido el 3 de diciembre de 2010, cuyo capital social se repartió de la siguiente manera: Caja Madrid, 52,1%, Bancaja, 37,7%, Caja Insular de Canarias, 2,5%, Caja de Ávila, 2,3%, Caixa Laietana, 2,1%, Caja Segovia, 2,0% y Caja Rioja, 1,3%. El BFA fue inscrito en el Registro Mercantil de Valencia el 7 de diciembre de 2010 y en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España el 13 de diciembre de 2010.

En el tiempo intermedio ente la firma del Protocolo de integración de las cajas en un SIP y la constitución de la sociedad central de esta, en fecha 23 de julio de 2010 se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y se publicó el *Hecho Relevante* (**Documento número DOS**) por el que se informaba al mercado que el SIP formado por las Cajas había superado los test de estrés realizados. Lo que se ocultaba en ese *Hecho Relevante* es que esa pretendida superación se debía exclusivamente a que la sociedad central del SIP, el Banco Financiero y de Ahorro, (BFA) contaba con disponer de 4.465 millones de euros que había solicitado al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) aunque, en un intento de ocultar su situación real, se afirmase que esa suma se pedía de manera preventiva, para hacer frente a un eventual escenario futuro de estrés máximo.

Accediendo a la petición formulada en ese sentido, el 29 de junio de 2010, la Comisión Rectora del FROB acordó conceder dicho préstamo a BFA, instrumentado mediante la suscripción de *participaciones preferentes convertibles* con la garantía solidaria de las cajas accionistas de BFA, por el mencionado importe de 4.465 millones de euros, cuya emisión fue acordada por la Junta General Universal de BFA celebrada el mismo día de su constitución, el 3 de diciembre de 2010, y que fue suscrita y desembolsada en su integridad por el FROB.

De las condiciones de la emisión interesa destacar ahora la siguiente: en cualquier momento anterior al quinto aniversario desde la fecha de desembolso por parte del FROB, si el Banco de España considerase improbable, a la vista de la situación del BFA o su Grupo, que la recompra de las participaciones preferentes convertibles pudiera llevarse a efecto, el FROB procedería a la conversión forzosa de las participaciones en capital de la sociedad. Como se sabe, esto fue lo que finalmente sucedió.

Tercero.- Elaboración del plan de engaño y estafa.

Como era de prever, la constitución del BFA no hizo desaparecer la situación de insolvencia del BFA y de las cajas, **situación de insolvencia que, de no ser por la suscripción por el FROB de las participaciones preferentes convertibles**, ya se

habría revelado en toda su crudeza en julio de 2010. Es decir, esa suscripción enmascaró la verdadera situación de quiebra de BFA durante todo el tiempo en que se produjeron los hechos a los que se refiere esta querella, en particular, la salida a bolsa de BANKIA. Como los hechos se encargaron de poner de manifiesto de manera casi inmediata, **la emisión y suscripción de dichas participaciones preferentes no tenía otra finalidad que la de ocultar temporalmente la situación de insolvencia de las cajas de ahorros implicadas**, pues desde el momento en que se realizó dicha suscripción era evidente, para el Banco de España, el FROB , el BFA y las Cajas, que estas últimas no estaban en condiciones de devolver el préstamo en el plazo de los cinco años siguientes a la suscripción puesto que su negocio se estaba deteriorando con gran rapidez. Si se permite la expresión, cualquier persona sabe que si se ponen en la misma cesta seis manzanas podridas el resultado es que se acelera la podredumbre de las seis, no que se sanen.

En ese momento, desde un punto de vista profesional, sólo cabía una respuesta: acometer un saneamiento y reestructuración de dichas entidades, previa su intervención y despidos o sustitución de sus consejeros y equipos directivos, con su consiguiente nacionalización como paso previo a la inyección en la misma de los recursos propios que fueran necesarios. Esto fue lo que hicieron algunos gobiernos de la Unión Europea, como el del Reino Unido, Bélgica u Holanda e, incluso, fue lo que hizo el gobierno de Alemania con las cajas de ahorros regionales de ese país. Como eso no se hizo en este caso, el problema se agravó y, como veremos, se trasladó de manera fraudulenta (previo su enmascaramiento) a los ciudadanos.

Si ello se hubiera hecho en ese momento, el coste para la ciudadanía hubiera sido infinitamente menor del que ha supuesto la posterior inyección en BANKIA de, al menos, 22.000 millones de euros que muy posiblemente no se recuperaran, como ya se comienza a reconocer oficialmente; se hubiera mantenido el carácter social y no lucrativo de las cajas, gestionadas con arreglo a otros criterios; se hubieran conservado más puestos de trabajo; y hubiera evitado la ruina y el sufrimiento de decenas de miles de ciudadanos y ciudadanas que fueron engañados en la ejecución de esta gigantesca estafa cuidadosamente planificada y ejecutada.

En vez de acometer el saneamiento y reestructuración de la SIP y de las Cajas, los gestores de estas y de BFA adoptan un plan para, mediante la ocultación y el engaño,

recabar del mercado, es decir, de los ciudadanos en general, los recursos que les permitiesen tapar su deterioro.

En la página 124 del Folleto de la Oferta Pública de Suscripción de Acciones (OPS) de BANKIA (**Documento número TRES, apartado d) “consolidación del sector”**) lo reconoce con toda claridad, no sabemos si de manera ingenua o con desfachatez:

“Bankia nace en el marco del proceso de reestructuración del sistema bancario español, que afecta principalmente al sector de cajas de ahorro. La reestructuración en marcha tiene como objetivo ajustar la dimensión del sistema bancario y fortalecer a las entidades para superar la coyuntura cíclica actual y enfrentar el contexto regulatorio y competitivo más severo de los próximos años.

Las integraciones se han convertido en el principal mecanismo para acometer la reestructuración. A lo largo de 2010 se concretaron 12 procesos de integración que afectan al 95% del sector de cajas. Como resultado de ello, se ha reducido el número de instituciones de 45 a 17. La concentración de entidades ha supuesto un aumento del tamaño medio de las instituciones, de 29.000 millones de euros de activos a 76.000 millones de euros, junto con el compromiso de ajustes de capacidad de en torno al 10%-25% en oficinas y 12%-18% de las plantillas”.

Es muy importante tener presente que los querellados no son víctimas de la crisis económica, del azar o de los cambios normativos en la regulación del sector bancario. Son autores y ejecutores conscientes de un plan de engaño con finalidad criminal que, hasta el final -es decir, hasta que se les cesó de los consejos de administración- intentaron ocultar maliciosamente la desastrosa situación patrimonial de BFA y BANKIA por un afán exclusivo de obtener beneficios crematísticos personales exorbitados, según está acreditado documentalmente, como luego se verá.

El único objetivo de este plan de engaño y estafa era permitir a los consejeros de las Cajas y de la SIP alargar la ilusión falsamente creada con el fin de mantenerse en sus cargos para seguir disfrutando las prebendas vinculadas a sus cargos. Este hecho es importante tenerlo presente: lo que movió a los querellados no fueron motivos altruistas o defensa de las cajas o de un interés público, pues en otro caso hubieran puesto en conocimiento de los órganos de inspección bancaria y financiera la situación y habría habido un cambio de gestores y consejeros, es decir, ellos habrían sido sustituidos por

otros. Lo que les movió fue exclusivamente su lucro personal y el mantenimiento de una red clientelar y parasitaria en las cajas que ellos controlaban o en la que influían, en definitiva a la que aquellos pertenecían que, al desarrollarse y extenderse durante más de diez años, había llevado a la ruina a las Cajas.

Este animo fraudulento y delictivo es lo único que puede explicar la continuidad de los consejeros y el nombramiento del denunciado Rodrigo Rato, cuya "exitosa" experiencia empresarial es notoria. Este nombramiento se debe muy probablemente a un ajuste de cuentas -más propio de una película de gánster que de un proceso racional de reconocimiento de mérito y capacidad- entre las distintas facciones del Partido Popular de Madrid.

Una prueba de ello es que cuando se recibe la ayuda del FROB mediante la suscripción **de las participaciones preferentes convertibles**, los consejeros de BFA y de las cajas no se reducen sus remuneraciones de manera acorde con la situación de las entidades, sino que se reparten alegremente unos nueve millones de euros (páginas 67 a 74 del **Documento número CUATRO**), como si aquellas tuviesen una trayectoria boyante y como si su gestión al frente de las cajas hubiera sido mínimamente satisfactoria o hubiera reportado beneficios a las entidades.

Otra prueba de ello es que en el tiempo que media entre la constitución de BFA y la OPS de BANKIA, el 31 de enero de 2011, BFA comunica a la CNMV un Hecho Relevante (**Documento número CINCO**) dando cuenta del avance del resultado del ejercicio de 2010 en el que, sobre su solvencia global, se dice que:

"La ratio de 'core capital' se sitúa, tras los saneamientos efectuados, en el 7,04%, con una ratio Tier I del 8,91% y una ratio total de solvencia del 11,85%. No obstante, la cobertura de insolvencias del Grupo se eleva al 61%, con un nivel de provisiones genéricas de 1.580 millones de euros que, de haber sido mantenidas en reservas del Grupo, habrían elevado su 'core capital' hasta el 7,6%" (página 5).

Sobre el riesgo inmobiliario se afirma:

“El saldo total de financiación concedida destinada a construcción y promoción inmobiliaria totaliza 41.280 millones de euros, con una tasa de morosidad del 18%, siendo digno de destacar que la cobertura total (garantías y provisiones) de los riesgos dudosos a estos sectores alcanza el 100%, y la totalidad del riesgo vivo con estos sectores (incluyendo saldos en situación normal, así como los clasificados como subestándar y dudosos) presenta una cobertura total del 81% entre garantías y provisiones.

Por su parte, el saldo de inmuebles adjudicados y adquiridos en balance totaliza 7.402 millones de euros, cuya cobertura excede el 33%” (página 4).

Y se termina justificando la inminente OPS de BANKIA en los siguientes términos, (página 9):

“Las nuevas exigencias de capital, recientemente anunciadas por el Gobierno, anticipan los requerimientos de “core capital” de 2013 a finales de este año. Ante este nuevo escenario, el nivel de solvencia del Grupo será reforzado mediante una salida a Bolsa”

El referido plan puede describirse como la realización de un engaño a gran escala con el fin de trasladar a los inversores, los ciudadanos ahorradores, el peso del riesgo asumido por las cajas, mediante la ejecución de un plan que se desarrolló en las siguientes fases:

- (1) Cediendo el negocio crediticio a otro banco -BANKIA- del que BFA era socio único.
- (2) Ocultando la situación de insolvencia patrimonial del negocio bancario, vendiendo parte del capital de BANKIA a los ciudadanos, mediante una salida a bolsa de dicha parte por una Oferta Pública de Suscripción de Acciones (OPS).
- (3) Manteniendo el mismo ocultamiento de la situación patrimonial de BANKIA, proceder a realizar una venta masiva entre el público de las denominadas **Participaciones Preferentes**, - que ni son participaciones sociales ni tiene preferencia alguna- trasladando así masivamente el riesgo de insolvencia ya conocido y existente, mediante engaño, a pequeños ahorradores e inversores no profesionales.

Cuarto.- Las Participaciones Preferentes, instrumento del engaño.

Las participaciones preferentes son valores negociables (art. 2.1.h Ley del Mercado de Valores, LMV) que formalmente constituyen una obligación a favor de quién la suscribe frente a quién las emite.

Las participaciones preferentes se regulan en *la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de Mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*. Fueron introducidas por la Ley 19/2003, de 4 de Julio, y modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de Abril (BOE de 12 de Abril) por la que se traspone al derecho español la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de Septiembre de 2009, especialmente para determinar las condiciones para aceptar como recursos propios de las entidades de crédito.

Frente a otros valores negociables como las acciones o las obligaciones, las participaciones preferentes se caracterizan porque crean una deuda a muy largo plazo, cuando no eterna, a cambio de que su titular tenga preferencia para percibir unos intereses o rendimientos generados por las mismas, por delante de los socios de la sociedad emisora o de otros titulares de valores negociables, como son los bonos o las obligaciones.

La anterior característica hace, que a pesar de ser deuda, desde un punto de vista contable se consideren como recursos propios del emisor. Esta es la razón por la que las cajas de ahorros y bancos, así como grandes empresas españolas, han venido emitiéndolas desde hace años. Por este motivo se les llamó instrumentos de capital híbridos, aunque nominalmente son títulos de deuda. Al ser esta de muy largo alcance, incluso casi perpétua, permite considerarlos como recursos propios de la entidad emisora y no como deuda. De esta manera, la emisora parece más solvente frente a terceros de lo que realmente es, porque contabiliza como recurso propio algo que jurídicamente, de forma incuestionable, es deuda.

Una de las características de la legislación española es que las sociedades anónimas cotizadas y las entidades de crédito no están sujetas a las exigencias de solvencia

económica que tienen que cumplir las demás sociedades anónimas que quieran emitir títulos de deuda, recogidas en el artículo 405 de la *Ley de Sociedades de Capital*, que les impone un límite máximo en la emisión de obligaciones y cualquier otro valor negociable de deuda (artículo 510 LSC). El artículo 405 LSC establece:

“1. El importe total de las emisiones no podrá ser superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido afectadas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. En los casos en que la emisión esta garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con aval solidario de entidad de crédito no será aplicable la limitación establecida en el apartado anterior.

3. En el caso de que la emisión este garantizada con aval solidario de sociedad de garantía recíproca, el límite y demás condiciones del aval quedarán determinados por la capacidad de garantía de la sociedad en el momento de prestarlo, de acuerdo con su normativa específica.”.

La inexistencia de ese límite respecto al aval en las emisiones de preferentes ha permitido un sobre endeudamiento de las sociedades cotizadas españolas y de los bancos y cajas.

Desde el punto de vista de su comercialización, las participaciones preferentes deben considerarse como instrumentos financieros complejos, por lo que las mismas nunca deberían haberse vendido a pequeños ahorradores o a inversores minoristas. El artículo 78 bis de la LMV distingue a los clientes entre profesionales y minoristas. Para clasificar al cliente dentro de un grupo u otro el comercializador de instrumentos financieros debe hacer dos test: el de idoneidad y el de adecuación (artículo 79 de la LMV). La finalidad de estos test es doble. Clasificar al cliente, así como *“comprobar si el producto financiero es adecuado para él, en función de los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que mas le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del*

cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de como se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor” (artículo 79 bis LMV).

La mayoría de los ciudadanos -los mismos a los que las cajas endosaron miles de participaciones preferentes- son clientes minoristas porque no reúnen los requisitos para ser inversor profesional. Los inversores profesionales son aquellos que además de ser empresarios, reúnen las siguientes condiciones:

- 1º.- Que el total de las partidas del activo de la empresa sea igual o superior a 20 millones de euros;
- 2º.- Que el importe de la cifra anual de negocios de la empresa sea igual o superior a 40 millones de euros;
- 3º.- Que los recursos propios de la empresa sean igual o superiores a 2 millones de euros.

Si no se es cliente profesional sino minorista se puede solicitar a la entidad financiera un trato como profesional siempre que, primero, el cliente haya realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; segundo que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; tercero que el cliente ocupe o haya ocupado durante al menos un año al menos un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos. Aún así la mayoría de los españoles no pueden ser incluidos como clientes profesionales.

La calidad de cliente minorista prohíbe que se les puedan vender instrumentos financieros complejos como las participaciones preferentes, porque difícilmente entenderían el funcionamiento de estas.

En nuestro caso concurren dos circunstancias que hacen especialmente grave lo sucedido, la comercialización masiva de participaciones preferentes por Bankia:

Primero, las cajas emisoras estaban en una situación en la que no eran capaces de generar beneficios desde el mismo momento en que emitieron las participaciones preferentes, por lo que desde entonces ya sabían que no iban a poder cumplir con sus

obligaciones. Esta situación era conocida y fue, no solo consentida sino alentada, por el Banco de España y la CNMV en una huida hacia adelante para evitar el rescate de aquellas entidades. Hay que señalar que esas emisiones se hicieron cuando ya había comenzado la crisis financiera y las cajas estaban siendo obligadas a unirse en SIP.

Segundo, las mismas cajas que emitieron las participaciones preferentes las comercializaron sin respetar las obligaciones legales de separar ambas actuaciones de forma eficaz porque comercializaron las participaciones a través de sus oficinas, sin informar a los clientes y sin hacer en muchos casos los test de idoneidad, e incluso en ocasiones, a falsificarlos. Esto fue por tanto una actividad organizada desde las direcciones de las cajas.

La concurrencia de estas circunstancias calificar estas ventas como estafas organizadas porque el emisor y también vendedor de las participaciones preferentes sabía que no podía hacer frente a sus obligaciones y engañó a sus clientes vendiéndolas con coberturas tales como cuentas de ahorro, productos de inversión o acciones en sociedades mercantiles, etc. Y la actuación de los órganos rectores del Banco de España y de la CNMV fue, sin duda de cooperador necesario, porque el primero aliento utilizar ese instrumento y ninguno de ambos advirtieron nunca a los clientes del peligro que corrían sus inversiones, como habría sido su obligación.

Quinto.- Colaboradores necesarios.

Al mismo tiempo, el Banco de España y el Ministro de Economía y Hacienda, conocedores de la verdadera situación de las cajas y del BFA, por motivos posiblemente partidistas que, de manera burda y torticera, pretendieron encubrir bajo el manto de un falso patriotismo más bien demagógico -la supuesta defensa del sector del crédito español-, negaron públicamente la realidad de los hechos que nos ocupan y permitieron, cuando no alentaron, y ciertamente colaboraron, la ejecución de ese plan gigantesco de engaño, estafa, falsedad y maquinación para alterar el precio de las cosas, además, de permitir el fraude que se realizó al Tesoro Público en las subvenciones que se concedieron.

Para el éxito de su plan delictivo era imprescindible ocultar la verdadera situación patrimonial de BANKIA, que la hacía inviable como banco sin un previo saneamiento y reestructuración de su negocio bancario. Y para ello, los directivos de BFA y BANKIA contaron con la colaboración necesaria de:

(1) Deloitte, en su condición de auditor desde muchos años antes de las Cajas, BFA y BANKIA, por lo que era plenamente conocedora de su situación patrimonial.

(2) De los órganos rectores del Banco de España que eran plenos conocedores de la situación del negocio crediticio de BANKIA, en su condición de supervisor de los Bancos y Cajas de Ahorros.

(3) Del Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La del primero porque habiendo pertenecido largos años al Consejo Rector del Banco de España conocía personalmente, de manera plena, la situación de las Cajas y la SIP. La del segundo en su condición de miembro nato del Consejo Rector del Banco de España.

(4) Banco de Inversión Lazard Ltd., en el que, desde diciembre de 2007 a diciembre de 2009, el denunciado Rodrigo Rato, al cesar en su cargo de Director Gerente del Fondo Monetario Internacional, desempeñó la función de responsable para Europa y Latinoamérica. Dicho banco fue contratado el 14 de marzo de 2011, para realizar el asesoramiento financiero de la Oferta Pública de Suscripción de las acciones de BANKIA en las operaciones de venta de acciones.

Sin la colaboración de todos ellos no se hubiera podido ejecutar el plan en engaño trazado ocultando a los inversores -es decir, a los potenciales adquirentes de las acciones y de las participaciones preferentes- la verdadera situación de BANKIA.

Sexto.- Cesión del negocio bancario a BANKIA como paso previo a la salida a bolsa.

El 31 de enero de 2011 Rodrigo Rato anuncia la intención de iniciar los trámites de salida a bolsa de BANKIA. Desde este momento se produce una sucesión organizada y cuidadosamente planificada de "noticias" orientadas a embellecer (es decir, a ocultar) la

situación de BANKIA, con el fin de lograr el objetivo trazado de desplazar a los pequeños ahorradores y a los inversores no profesionales el riesgo ya inasumible de BFA y BANKIA.

El 17 de febrero de 2011 el Consejo de Administración de BFA decide formalmente la salida a bolsa de BANKIA. Con este motivo, el 10 de marzo se publica un Hecho Relevante de BFA (**Documento número SEIS**) que, por su importancia, se transcribe en su totalidad:

"El Banco de España ha fijado en 1.795 millones las necesidades de capital de Bankia para alcanzar el 8% de capital principal, porcentaje mínimo establecido por la normativa para las entidades financieras que coticen en bolsa.

La información, hecha pública hoy por el regulador, se basa en la existencia de un 7,10% de capital principal –core capital– en Bankia a 31 de diciembre de 2010. Además el Banco de España señala que Bankia tiene una posición de partida de 14.125 millones de euros.

Los datos del Banco de España coinciden con las previsiones de Bankia y con la decisión adoptada por el Consejo de Administración de salir a Bolsa en los próximos meses para cubrir las necesidades de capital fijadas en un 8% para las entidades financieras que coticen.

Aunque en el informe del supervisor se indica que Bankia necesitaría 5.775 millones de euros adicionales para llegar al 10% de capital principal, puesto que en este momento no es una entidad cotizada, también recoge que el Consejo de Administración del 17 de febrero acordó iniciar los trámites para la salida a Bolsa del Banco, lo que supone un nivel de capital mínimo a cumplir por la entidad del 8%.

Con la apelación a los mercados de capitales, Bankia cubrirá los requerimientos de capital mínimo establecidos por el Real Decreto Ley para el Reforzamiento del Sector Financiero, según recoge el plan de capitalización que presentará en los próximos días al Banco de España y en el que se detallará la estrategia de la entidad y el calendario de la operación. Bankia, además de su salida a Bolsa, ha tomado diferentes medidas para reforzar su capital y sanear la entidad:

- Provisiones de 9.200 millones de euros en 2010 para sanear completamente el balance y estar preparados para los escenarios económicos más estresados.*
- Provisiones genéricas de 1.578 millones de euros.*
- Cargo anticipado del coste de la reestructuración por la fusión (en las cuentas 2010): 1.424 millones de euros.*

Con un core capital del 7,10%, Bankia cumple en la actualidad con los requisitos de solvencia internacionales marcados por Basilea II. Sus niveles son iguales o superiores, en muchos casos, a gran parte de entidades financieras europeas."

El 5 de abril de 2011 la Junta General del BFA acuerda segregar el negocio bancario y para bancario a favor de Banco Altae S.A. -que pasaría a llamarse casi inmediatamente BANKIA-, el cual acepta mediante acuerdo de su Junta del 6 de abril del mismo año, como paso previo a la salida a bolsa de parte del capital de la cesionaria mediante una Oferta Pública de Suscripción (OPS). La modalidad que se utiliza para dicha cesión es la de ampliación de capital de BANKIA, suscrita íntegramente por BFA, de doce mil millones de euros, mediante la emisión de novecientos millones de acciones de dos euros de nominal cada una, con una prima de emisión de diez mil doscientos millones de euros. El mismo 5 de abril de 2011 se publica un Hecho Relevante de BFA (**Documento número SIETE**) en el que se dice que

"Bankia saldrá a bolsa con unos activos totales de 275.000 millones de euros y un valor neto patrimonial de 12.000 millones de euros".

El 15 de abril de 2011 se publica un Hecho Relevante de BFA (**Documento número OCHO**) de extraordinaria importancia, cuyo literal es el siguiente:

"La Comisión Ejecutiva del Banco de España en su reunión del día 14 de abril de 2011 ha aprobado la estrategia y calendario de cumplimiento de los nuevos requisitos de capital principal diseñado por el Grupo Bankia.

La estrategia propuesta por el Grupo Bankia contempla:

- Como alternativa prioritaria, la salida a bolsa. La ampliación de capital se realizaría por una filial bancaria de Banco Financiero y de Ahorros, a la que se traspasaría la mayor parte del negocio bancario del grupo, a través de una Oferta Pública de Suscripción en los mercados de valores. Tras su salida a bolsa, el grupo Bankia contaría con más del 20% de su capital en manos de terceros, con lo que, el capital principal exigible sería del 8% en lugar del 10%. Por tanto, las necesidades de capital adicional serían de 1.795 millones de euros. La salida a Bolsa de Bankia es una operación en curso para la que se han iniciado

ya los trámites y trabajos necesarios y nombrado Bancos coordinadores globales y asesores, tal como se hizo público mediante hecho relevante de fecha 14 de marzo de 2011.

- Como segunda alternativa, para el caso de que no fuese factible salir a bolsa debido a la situación de los mercados, se intentaría realizar la ampliación de capital entre inversores privados por un importe y con una estructura societaria semejante a la alternativa planteada como prioritaria, con lo que el requisito de capital mínimo sería también del 8%. Por tanto, las necesidades de capital adicional serían de 1.795 millones de euros

- Como medida contingente, y último recurso, y siempre que no se haya podido culminar ninguna de las anteriores, Grupo Bankia plantearía la solicitud de apoyo financiero temporal al FROB".

La importancia de este Hecho Relevante reside en que, prescindiendo de lo que se había dicho en los Hechos Relevantes publicados en las semanas anteriores, en este último reconoce de manera palmaria la situación de práctica insolvencia de BFA y BANKIA y declara, sin medias tintas, que su objetivo es desplazar el riesgo hacia los ahorradores, inversores minoristas o mercado, esto es, hacia decenas de miles de ciudadanos desprevenidos y engañados. En vez de parar y sanear el grupo, se decide seguir adelante con el engaño en una huida hacia adelante desesperada. El Banco de España debía haber parado en ese momento la perpetración de la gigantesca estafa que se avecinaba. Y la CNMV no debería haber autorizado la OPS. Ambos sabían, en ese momento, que BANKIA estaba en quiebra de la que no podía salir con la capitalización que se pretendía realizar mediante la OPS.

Que esto es así lo demuestra el hecho de que se reconoce de manera directa que, a pesar de la suscripción por parte del FROB de las participaciones preferentes convertibles, de la OPS o la colocación entre inversores privados, el grupo necesitará 1.750 millones de euros de capital adicional.

La publicación de este hecho relevante y la decisión del Banco de España no puede considerarse ajena a la calificación que las Agencias de Calificación Fitch y Standard and Poors' habían hecho de BFA y BANKIA apenas unos días antes, en la que ambas

agencias habían colocado la solvencia de ambos bancos en "**revisión con implicaciones negativas**".

El 10 de mayo de 2010 el grupo BFA y BANKIA informó de sus resultados en el primer trimestre, con un titular triunfalista (**Documento número NUEVE**):

" El Banco Financiero y de Ahorros (BFA) ha obtenido un beneficio atribuido de 195 millones de euros en el primer trimestre del año, con un incremento del 15,6% respecto al resultado proforma obtenido en el mismo periodo del año anterior. BFA ha optado por reforzar sus niveles de solvencia, elevando el ratio de 'core capital' hasta el 7,34%, desde el 7,1% con que cerró el ejercicio 2010. En un ejercicio de prudencia, ha elevado en 129 millones de euros su provisión genérica, hasta situarla en 1.688 millones. Los recursos propios computables de BFA se sitúan en 24.167 millones, de los que 18.101 millones corresponden a recursos propios básicos o de primera categoría.

El coeficiente de solvencia total se situó en el 12,3%, 0,38 puntos básicos más que a la conclusión de 2010. Por su parte, el Tier I queda en el 9,2%, con una mejora de 0,26 puntos básicos. La entidad ha logrado también una significativa mejora en su estructura de financiación. Los depósitos de clientes financian el 83% del crédito de clientes, lo que supone un aumento de 6 puntos porcentuales respecto al nivel de diciembre de 2010".

Ajena a este juego de propaganda, el 30 de mayo de dicho año, la agencia de calificación Standard and Poors' rebajó la calificación de BFA y BANKIA a 'BBB-/A-3'. También sitúa en 'BB+' las calificaciones de la deuda subordinada que ha sido transferida de Caja Madrid a BFA, y ha mantiene en 'BB-' (CreditWatch negative) las calificaciones de las participaciones preferentes garantizadas anteriormente por Caja Madrid y, en ese momento, por BFA. Hay que destacar que el 11 de marzo de 2011, dos meses antes, esa misma agencia había calificado a BFA y BANKIA como 'A-' a largo plazo y 'A-2' a corto plazo, con stand-alone credit profile (SACP) en 'bbb', con perspectiva estable. La misma degradación de la calificación tanto hicieron Fitch y Moody's, en fechas cercanas. El deterioro de BANKIA era ya imparable antes de su salida a bolsa.

La temeridad y mala fe de los querellados llegó al extremo de que, producida la intervención del Banco de Valencia S.A. por el Banco de España, BFA el 21 de noviembre de 2011 se emitió el Hecho Relevante (**Documento número DIEZ**) que se transcribe:

"A los efectos de lo previsto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en relación con la decisión del Banco de España de intervenir el Banco de Valencia, el Banco Financiero y de Ahorros (BFA) informa de los siguientes puntos:

- BFA ostenta una participación financiera del 27,3% en Banco de Valencia a través de su participación del 69,98% en Bancaja Inversiones SA.

- De acuerdo a la información actualmente disponible, esta circunstancia no tendrá un impacto significativo en la solvencia del grupo BFA"

Ajena a esa información temeraria, el 15 de diciembre de 2011, la agencia de calificación Standard and Poor's situó el rating a largo y corto plazo de BFA en 'BB+/B' (**Documento número ONCE**). El rating a largo plazo se mantuvo en revisión negativa ("Credit Watch Negative") hasta la resolución de la revisión del Reino de España. También situó en 'BB-' las calificaciones de la deuda subordinada y en 'B+' las calificaciones de las participaciones preferentes garantizadas por BFA, manteniendo ambas calificaciones en revisión negativa ("Credit Watch Negative").

El 30 de marzo de 2012, persistiendo en sus esfuerzos por ocultar la realidad, se publicó el siguiente Hecho Relevante (página 2 del **Documento número DOCE**):

"BFA-Bankia se refuerza con 1.304 millones y avanza en el cumplimiento de los requerimientos del Gobierno.

El Grupo BFA-Bankia anunció, tras conocerse el Real Decreto-Ley 2 / 2012, que contaba con diversos mecanismos para dar cumplimiento a sus exigencias. En concreto, cifró su capacidad de generación de capital en 2012 en más de 8.000 millones de euros a través de:

- Canjes y recompras de deuda subordinada y participaciones preferentes*
- Venta de activos no estratégicos*
- Optimización de los activos ponderados por riesgo*
- Generación de resultados*
- Provisiones genéricas por importe de 1.100 millones de euros"*

El 30 de abril de 2012 BFA-BANKIA presentó el resultado del primer semestre de dicho ejercicio y las cuentas anuales del grupo correspondientes a 2011 sin el preceptivo

informe de la auditora de cuentas, provocando la intervención de ambas sociedades y la destitución de sus consejeros; esto no se produce de manera inmediata, como legalmente debía haber sido, sino que se retrasó unos días en luchas de salón, por la delictiva actuación del Gobernador del Banco de España, que intentó enmascarar la situación hasta el último momento y por la lucha entre las distintas fracciones del Partido Popular. Y, junto a ello, la pasividad de un Presidente de la CNMV que abdicó de sus obligaciones. La intervención se instrumentó mediante la conversión de las participaciones preferentes emitidas por BFA y suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó con ello a ser el único accionista de BFA.

Séptimo.- Oferta Pública de Suscripción de acciones de BANKIA.

El 28 de junio de 2011 el Consejo de Administración de BANKIA acuerda realizar una OPS de parte de su capital. Como es sabido, la OPS no es más que una compraventa de acciones realizada en un mercado regulado y, por lo tanto, se sujeta al cumplimiento de determinadas prescripciones legales, que han sido establecidas en interés y protección de los inversores posibles adquirentes de las acciones que se ponen a la venta. En particular, el artículo Artículo 30 bis de la *Ley del Mercado de Valores* (LMV) establece que

“Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores.”

Le corresponde específicamente a la CNMV vigilar por el cumplimiento de dichas prescripciones. El artículo 26.4 LMV dispone expresamente que:

“El procedimiento para la admisión de valores a negociación en los mercados secundarios oficiales deberá facilitar que los valores se negocien de un modo correcto, ordenado y eficiente. Reglamentariamente se regulará dicho procedimiento y se determinarán las condiciones que han de cumplirse para la aprobación del folleto informativo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y para su publicación. La falta de resolución

expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre el folleto durante el plazo que se establezca reglamentariamente tendrá carácter desestimatorio.”

En este orden de cosas, el artículo 27.1 LMV dispone que:

“El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores. Esta información se presentará de forma fácilmente analizable y comprensible.”

Esto supone que la CNMV no es un sujeto pasivo que se limita a acusar recibo de los folletos de emisión que se le presentan sino que debe revisar, al menos, que aquel cumple con los requisitos legales formales y materiales establecidos para la emisión pues, como dice el artículo 13.II LMV, aquella velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.

Esto es particularmente relevante porque la CNMV, sin que se conozcan los motivos, eximió a BANKIA de cumplir con los requisitos del artículo 12 del RDL 1310/2005, que establece lo siguiente:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1.b) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, el emisor, de acuerdo con la normativa que le sea aplicable, deberá aportar para su registro en la CNMV sus cuentas anuales individuales y consolidadas, en el caso de que esté obligado a formular estados consolidados. Los estados deberán comprender, al menos, los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos, y los dos últimos ejercicios en los demás casos. Asimismo, los estados deberán haber sido preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable al emisor.

2. La CNMV podrá aceptar cuentas anuales del emisor que cubran un período inferior a los señalados en el apartado anterior cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el emisor sea un vehículo de objeto especial, es decir, un emisor cuyos objetivos y fines sean fundamentalmente la emisión de valores, y los valores a los que se refiera la admisión sean valores de titulización, o bien sean valores que estén garantizados, siempre que el garante haya publicado cuentas anuales auditadas que cubran los tres últimos ejercicios.

b) Que el emisor solicite la admisión de sus valores a negociación en el segmento especial denominado «nuevo mercado», creado por la Orden Ministerial, de 22 de diciembre de 1999.

c) Que la CNMV así lo decida en interés del emisor o de los inversores, siempre que entienda que los inversores disponen de la información necesaria para formarse un juicio fundado sobre el emisor y sobre los valores cuya admisión a negociación se solicita"

Al respecto hay que tener presente que alguna de las Cajas de Ahorros que habían constituido BFA habían emitido instrumentos financieros y, en consecuencia, la CNMV conocía sus cuentas anuales y estados financieros y, por ello, de su quiebra. Al mismo tiempo, hay que tener presente que el Subgobernador del Banco de España es miembro nato del Consejo de la CNMV, de la misma manera que el Vicepresidente de esta lo es del Consejo Rector del Banco de España. En estas circunstancias, conociendo que BANKIA estaría quebrada sin la ayuda del FROB, la CNMV no debiera haber autorizado la OPS.

Ese mismo día se depositó en la CNMV el Folleto informativo de la OPS de BANKIA, inscrito al día siguiente el 29 de junio de 2011 (**Documento número TRECE**), que oculta totalmente la situación de pre insolvencia de la sociedad, a la que presenta como una entidad saneada. Este Folleto fue objeto de varias modificaciones parciales posteriores, realizadas en el curso de la OPS, que no afectan a los hechos que son objeto de la presente querella.

Como se ha visto después, cuando ya no se podía tapar, en el Folleto de emisión se oculta deliberadamente la situación de la sociedad emisora y del grupo al que pertenece así como la finalidad de la emisión, que se apoyaba en un gigantesco engaño y ocultación. Esto explica que los distintos riesgos se presentan de manera genérica, estereotipada y sin concretar.

Se incide en la línea de presentar la OPS como un reforzamiento del banco, ocultando las razones que se encontraban detrás:

“El pasado mes de febrero, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero ("RD-ley 2/2011"), con un doble objetivo: de un lado, reforzar el nivel de solvencia de todas las entidades de crédito, mediante el establecimiento de un nivel elevado de exigencia con relación al capital de máxima calidad, con objeto de disipar cualquier duda sobre su solvencia; y acelerar la fase final de los procesos de reestructuración de las entidades, a través del marco creado por el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros” (página 99).

En la página 103 del Folleto de emisión se afirmaba:

"A 31 de marzo de 2011 los recursos propios computables del Grupo Bankia según los criterios definidos en el acuerdo de capital de Basilea II se sitúan 13.221 millones de euros de los cuales prácticamente la totalidad son recursos propios de primera categoría y en concreto recursos propios Core. Los activos ponderados por riesgo totalizaron a cierre de trimestre 164.731 millones de euros, por lo que a dicha fecha la ratio de solvencia total (ratio BIS II) se situó en el 8,03% con un Core Capital del 7,92%. Considerando los datos a 1 de enero de 2011, fecha de efectos contables del grupo económico Bankia, la ratio de solvencia total ascendió al 7,62%. La mejora en el primer trimestre de 2011 de esta ratio se debe tanto al mayor saldo de recursos propios computables, debido, entre otros, a un mayor nivel de exceso de provisiones de deterioro de activos en relación a la pérdida esperada, al aumento de las plusvalías de la cartera disponible para la venta, a la mejora de los resultados de los socios minoritarios, a la contabilización de los resultados del primer trimestres, como por el menor saldo de activos ponderados por riesgo, ligado, principalmente, al desapalancamiento de balance".

Añadiendo en las páginas siguientes:

"Por tanto, según cálculos internos del Banco y de acuerdo con los criterios establecidos en el RD-ley 2/2011, Bankia precisaría captar 4.967 millones de euros para alcanzar una ratio de capital principal del 10%, importe que se reduciría a 1.045 millones de euros, suficiente para alcanzar una ratio de capital principal del 8% en caso de que, como consecuencia de la presente Oferta, el Banco consiga colocar acciones a terceros por un porcentaje igual o superior al 20% de su capital social.

En este sentido, la salida a bolsa de Bankia permitirá alcanzar los niveles de capital principal exigidos por el Real Decreto-ley 2/2011, siendo aplicable, una vez completada dicha operación de salida a Bolsa, el requerimiento del 8% de las exposiciones ponderadas por riesgo."

Por último, en la misma página 104 se afirmaba:

"(...) el patrimonio neto total del Grupo Bankia ascendía, al concluir el primer trimestre de 2011, a 13.875 millones de euros, 171 millones de euros más que a 1 de enero de 2011, 1,25% más en términos relativos. Por epígrafes, los fondos propios del Grupo Bankia (capital, prima de emisión, reservas y resultado del ejercicio) totalizaron, a 31 de marzo de 2011, 12.992 millones de euros, incrementándose en el trimestre en 16 millones de euros. Por su lado, los ajustes por valoración registraron un aumento de 75 millones de euros, mayoritariamente por los ajustes por valoración de la cartera de activos financieros disponibles para la venta, que se incrementaron en 117 millones de euros debido al impacto de la positiva evolución de los mercados en el trimestre. Finalmente, los intereses minoritarios alcanzaron 807 millones de euros, 79 millones más que a 1 de enero de 2011. Indicar que, en términos pro forma, los intereses minoritarios se reducen en 580 millones por el efecto, principalmente, de la adquisición con posterioridad al 31 de marzo de 2011 del 49% de participación en Corporación Financiera Caja de Madrid, S.A., por lo que la participación de Bankia en esta sociedad se eleva al 100% de su capital. En términos de patrimonio neto pro forma, este descenso en intereses minoritarios se compensa parcialmente con un incremento reservas de 285 millones de euros".

Esta línea de mentira y ocultamiento se llevó hasta el último momento, como se comprueba leyendo el Hecho Relevante de 10 de febrero de 2012 en el que se

presentaron los resultados provisionales de 2011 (**Documento número CATORCE**) que, casi a continuación, se mostraron como radicalmente falsos, que arrojaban un beneficio neto de 309 millones de euros (páginas 1 y 2):

" Bankia ha obtenido un beneficio neto atribuido de 309 millones de euros en 2011, en un ejercicio en el que ha realizado un esfuerzo en provisiones de 3.692 millones de euros, de las que 1.139 millones corresponden a los nuevos saneamientos exigidos por el Real Decreto Ley 2/2012. Excluyendo el efecto de las dotaciones a provisiones derivadas de la nueva normativa del Gobierno, el beneficio atribuido al Grupo habría ascendido a 406 millones de euros al finalizar diciembre, un 14% más que en 2010

La entidad afronta 2012 con una elevada capacidad de generación de capital, superior a 8.000 millones de euros, que le permitirá cubrir de forma holgada los requerimientos pendientes derivados del nuevo decreto. Este objetivo se conseguirá gracias a cuatro palancas ya consolidadas: generación de resultados, venta de activos no estratégicos, optimización de activos ponderados por riesgo y conversión de instrumentos TIER I y TIER II (preferentes y deuda subordinada)".

Adicionalmente, la gestión unificada del capital derivada del proceso de integración y la reestructuración del balance han permitido a la entidad situar su core capital en el 10,1% a cierre de diciembre, con un exceso sobre el mínimo requerido de 3.302 millones, y una vez considerados los efectos del Real Decreto 2/2012 (páginas 4 y 19).

Como prueba de lo anterior se encuentra el hecho de que unos meses antes, el 15 de julio de 2011, en medio de la OPS, BANKIA publica un Hecho Relevante (**Documento número QUINCE**) para salir al paso de los resultados de las pruebas de estrés de la banca europea, en el que se trata de enmascarar el resultado adverso de dichas pruebas, en los siguientes términos:

1. A cierre del pasado ejercicio se realizaron saneamientos extraordinarios contra reservas con un impacto en patrimonio de 6.419 millones, con diversas contrapartidas, cuyo objetivo era devolver al capital su naturaleza de último recurso y garantía de la continuidad del negocio, siendo un paso previo necesario para poder acudir a los mercados. Esta cifra representa un 3,2% sobre los activos ponderados por riesgo a 31 de diciembre. La contrapartida más relevante fue la destinada a incrementar el fondo de insolvencias, alcanzando los 9.422 mm €. Todo ello impacta en el ratio core Tier 1 de

partida, situándolo en un 6,9% (inferior en 20 puntos básicos al comunicado al mercado por BFA – Bankia, consecuencia de las particularidades metodológicas del ejercicio que afectan tanto al cálculo de APRs como a las deducciones de recursos propios).

2. En abril de 2011 se aprueba la segregación de activos entre BFA y Bankia que supone el traspaso a Bankia de todo el negocio bancario, reteniendo en BFA determinados activos e inversiones crediticias así como participaciones no financieras y la participación en el Banco de Valencia. Con esta segregación de activos, que no se refleja en los test de stress, Bankia ha mejorado de forma notable su perfil de riesgo.

3. El 29 de junio de 2011 se inicia el proceso de oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia. El objetivo de colocación se establece en una banda entre 3.636 mm. € y 4.164 mm. €. El ejercicio de estrés incorpora en su resultado una hipótesis prudente de suscripción de 3.000 mm €.

Así, como resultado de estos tres pasos, se presenta a los inversores una entidad saneada como consecuencia de la constitución extraordinaria de provisiones así como de la segregación de activos, pero ninguno de estos dos aspectos se contemplan en el Core Tier 1 Capital ratio que determina el resultado del ejercicio de stress.

Esto se dice en el mismo ejercicio en el que la entidad sufrió unas pérdidas descomunales que, una vez descubiertas a pesar de los intentos de los querellados y de los organismos supervisores en ocultarlas, obligaron a su práctica intervención y sustitución de sus administradores, así como a una inyección masiva de dinero público que se tardarán décadas en recuperar, en caso de que ello sea posible. Y, sobre todo, se afirma en medio de una OPS, engañando a los inversores.

Los consejeros de BFA y BANKIA persistieron hasta el final en su plan de engaño y manipulación en su propio beneficio. Así, como se ha dicho antes, el 10 de febrero de 2012 BANKIA publicó un Hecho Relevante sobre sus resultados de 2011, en el que, como se vio, se afirmaba que

“Bankia ha obtenido un beneficio neto atribuido de 309 millones de euros en 2011, en un ejercicio en el que ha realizado un esfuerzo en provisiones de 3.692 millones de euros, de las que 1.139 millones corresponden a los nuevos saneamientos exigidos por el Real

Decreto Ley 2/2012. La entidad afronta 2012 con una elevada capacidad de generación de capital, superior a 8.000 millones de euros, que le permitirá cubrir de forma holgada los requerimientos pendientes derivados del nuevo decreto. Este objetivo se conseguirá gracias a cuatro palancas ya consolidadas: generación de resultados, venta de activos no estratégicos, optimización de activos ponderados por riesgo y conversión de instrumentos TIER I y TIER II (preferentes y deuda subordinada). “

En el informe de gestión de las cuentas anuales de 2011 del Grupo BFA-BANKIA se continuaba con el engaño, al presentar de esta manera la salida a bolsa:

"El pasado 28 de junio de 2011 la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración de BFA y, posteriormente, el Accionista Único y el Consejo de Administración de Bankia, adoptaron los acuerdos necesarios para poner en marcha la salida a Bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones de Bankia (OPS).

El 20 de julio de 2011 culminó con éxito el proceso de salida a Bolsa de Bankia con la admisión a negociación oficial de las nuevas acciones ofertadas. El precio inicial de la acción quedó establecido en 3,75 euros. En virtud de la mencionada OPS, Bankia ha emitido 824.572.253 nuevas acciones de 2 euros de valor nominal cada una de ellas y con una prima de emisión por acción de 1,75 euros, lo que ha supuesto una ampliación de capital en Bankia por un importe total de 1.649 millones de euros, con una prima de emisión de 1.443 millones de euros.

Con esta ampliación, el capital social de Bankia para a ser de 3.465 millones de euros, representado por 1.732.572.253 acciones nominativas íntegramente suscritas y desembolsadas, de las cuáles BFA mantiene la titularidad de 908.000.000 acciones, equivalentes a un 52,41% del capital social de Bankia. Por el contrario, el número de acciones en manos de accionistas minoritarios, una vez admitidas a negociación oficial las nuevas acciones, supone el 47,59% del capital social de Bankia. No obstante lo anterior, el volumen final de acciones (y, por ende, los porcentajes de participación anteriormente indicados) está condicionado a la opción de suscripción “green shoe” a favor de las Entidades Coordinadoras Globales (hasta 82.457.226 acciones), cuyo ejercicio podrá efectuarse en una vez, total o parcialmente, en la fecha de admisión a negociación o durante los 30 días naturales siguientes a dicha fecha.

La salida a bolsa de Bankia ha sido una decisión estratégica que hará más fuerte al Grupo BFA, que tras la OPS de Bankia será una de las entidades europeas más capitalizadas y líder en negocio doméstico. Se trata de un éxito conseguido en tiempo récord en medio de una situación especialmente difícil de los mercados, lo que convierte la salida a bolsa de Bankia en referencia en todo el sector bancario español y europeo.

La Oferta Pública de Suscripción de acciones de Bankia ha sido la más relevante que ha tenido lugar en España en los últimos años".

Esto último es cierto: fue tan relevante que estafó directamente a decenas de miles de personas y supuso un quebranto para el Estado de unos 22.000 millones de euros.

Lo triste es que ese comunicado triunfalista se publicó sólo unos días antes de que se desmoronase el "juego de espejos" y terminase la aventurera huida hacia adelante de los querellados.

Los sucesos acaecidos en los últimos días de abril y primeros días de mayo de 2012, que culminaron con la conversión de las participaciones suscritas por parte de FROB, la destitución de todos los consejeros de BFA y BANKIA, la reformulación de las cuentas anuales de 2011 y, en fin, con la inyección de más de 22.000 millones de euros por parte del FROB ponen de relieve que toda la información suministrada durante los dos años anteriores era pura y simplemente una mentira deliberada, cuya única finalidad era el lucro personal de los consejeros denunciados, a cuyo efecto no dudaron en poner en práctica un inmenso engaño a miles de ciudadanos ahorradores y pequeños inversores minoristas.

Octavo.- Las remuneraciones de los consejeros.

La conducta de los consejeros denunciados no se debía a motivos altruistas o ignorancia inexcusable, sino a su propio afán de enriquecimiento e interés económico. En efecto, según la Memoria de las Cuentas Anuales Consolidadas de BFA (página 60 del **Documento número DIECISEIS**), las remuneraciones declaradas por los consejeros de BFA durante 2010 fueron de 1.108.420 euros por su pertenencia al consejo de BFA más

2.390.000 por su pertenencia a otros consejos de entidades del grupo BFA. Según el Informe Anual de Gobierno corporativo de BANKIA (páginas 18 y siguientes del **Documento número DIECISIETE**), la remuneración global de los consejeros de BANKIA en el ejercicio de 2011, por su pertenecía al consejo de esta sociedad, fueron las siguientes: 4.116.000 euros como remuneración directa. 1.865.000 euros por aportaciones a planes y fondos de pensiones. 211.000 euros como créditos concedidos. Por su pertenencia al consejo de otras sociedades percibieron un total de 232.000 euros, también de cómputo global. Esas cantidades se recogen de manera desagregada, por consejero, en la Memoria de las Cuentas Anuales Consolidadas del grupo BFA de 2011 (páginas 114 a 118 del **Documento número DIECIOCHO**, *documento “cuentas consolidadas 2011”*).

A las anteriores hay que añadir las remuneraciones percibidas por los consejeros ejecutivos Rodrigo Rato Figaredo, Francisco Verdú Pons, José Manuel Fernández Noniella y José Luis Olivas Martínez en su condición de altos directivos de las sociedades del grupo BFA-Bankia.

Y también hay que añadir las remuneraciones directas y en aportaciones a planes y fondos de pensiones que percibían directamente de las Cajas de ahorros que habían constituido BFA, que deberán ser objeto de averiguación en sede judicial tras la admisión de esta querella.

Asimismo están los contratos blindados y los seguros de responsabilidad D&O que hayan podido suscribirse a favor de los denunciados.

Finalmente, las prebendas en especie de toda clase, como gastos o dietas, billetes y alojamientos gratis, etc..., de las que se ignora si han sido declaradas fiscalmente.

Por eso causa asombro e indignación que, después de la catástrofe, alguno de los consejeros haya alegado públicamente su desconocimiento de cómo funciona una entidad de crédito o haya proclamado su desconocimiento sobre las más elementales cuestiones contables. Se supone que percibían estas remuneraciones por dirigir una entidad financiera, no por acudir a reuniones y votar, y su supuesta falta de idoneidad, ahora auto reconocida, debería haber sido motivo suficiente para no aceptar formar parte de los

citados Consejos. Cuando cobraban los anteriores emolumentos no debían ser conscientes del “desconocimiento” ahora alegado.

Noveno.- Intervención de BFA y de BANKIA y despido de los consejeros.

Cuando se produce la intervención de BFA-BANKIA, instrumentada mediante la entrada del FROB en el capital de la primera, con la consiguiente destitución del equipo directivo del grupo y el nombramiento de los nuevos consejeros y altos directivos, estos últimos se dirigen el 25 de mayo de 2012 al Banco de España y al FROB pidiendo una inyección de capital, que sumada a la ya realizada en su día, ha ascendido a un total de 24.945.000.000 millones de euros (veinte y cuatro mil novecientos cuarenta y cinco millones de euros). Esto contrasta con el avance del resultado del ejercicio de 2011 comunicado en febrero de 2012, que arrojaba un beneficio neto de 309 millones de euros.

En todo caso, esto puso de manifiesto que el plan trazado no podía funcionar por que no era más que una huida hacia adelante cuyo núcleo era la convicción de que BANKIA era una entidad que el gobierno no podía dejar caer por razones políticas y sistémicas. En resumidas cuentas, sucede que el engaño cae de una manera ridícula: el mismo auditor (Deloitte) que había bendecido las cuentas de las cajas con cuya delictiva gestión se había generado el origen del problema y que desde años antes, y singularmente sólo unos meses antes no había puesto ningún reparo a las cuentas de BFA del ejercicio anterior ni las trimestrales de BANKIA y que había bendecido el folleto de la OPS, pone reparo a las cuentas anuales de 2011, invocando artificiosas razones con la única finalidad de salvarse de la quema inevitable. En ese momento, los consejeros de BANKIA, en vez de reformular las cuentas -lo que no hacen porque ello supondría poner al descubierto su situación de insolvencia- presentan en la CNMV las cuentas sin el informe del auditor en un intento chulesco de forzar la situación pensando que la CNMV, el Banco de España y el gobierno se rendirían y se limitarían a realizar una desembolso adicional de dinero, sin realizar ninguna modificación en la composición del equipo directivo, si advertir que la huida hacia delante ya había llegado a su fin porque estos ya no podían eludir la situación.

En efecto; en las cuentas anuales sin auditar que BANKIA presenta en la CNMV el 28 de abril de 2012, el resultado del ejercicio de 2011 es de un beneficio bruto de 305 millones

de euros. En el informe de gestión acompañado a estas sedicentes cuentas se dice (página 240 del **Documento número DIECINUEVE**):

"Al cierre del ejercicio 2011, los recursos propios básicos "core" de Grupo Bankia alcanzaron 16.078 millones de euros. De esta forma, la ratio de core capital y la ratio de capital principal alcanzaron el 10,1%, lo que permite cumplir con un exceso de capital superior a 3.000 millones de euros con los niveles de solvencia exigidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a través del Real Decreto-Ley 2/2011 de 18 de febrero para el reforzamiento del sistema financiero español, que exige a Bankia un porcentaje de capital principal del 8%.

Con fecha 4 de febrero se ha publicado el Real Decreto-Ley 2/2012 de 3 de febrero de saneamiento del sector financiero con el objetivo de mejorar la confianza y credibilidad del sector en los mercados en el sector bancario a través del saneamiento de sus exposiciones al sector inmobiliario. Entre otras medidas, el Real Decreto-Ley 2/2012 establece un nuevo requerimiento de capital principal sobre el mínimo exigido hasta la fecha por el Real Decreto-Ley 2/2011 de 18 de febrero, que deberá alcanzarse antes del 31 de diciembre de 2012 y que, en el caso del Grupo Bankia, se concreta en la constitución de un colchón de capital principal de 872 millones de euros.

Por otra parte, en el ejercicio 2011 la European Banking Authority (EBA) ha hecho públicos nuevos requerimientos de capital mínimos a mantener de forma provisional a nivel consolidado por las entidades calificadas como "sistémicas", entre las que se encuentra BFA, matriz de Bankia. Estos requerimientos se concretan en la necesidad de alcanzar una ratio de Core-Tier I del 9%, en los términos en los que este concepto ha sido definido por la EBA, incluyendo a estos efectos, requerimientos de recursos propios adicionales a los establecidos por la Circular 3/2008 de Banco de España en relación a la cartera de deuda soberana.

El 8 de diciembre de 2011, la EBA comunicó a través del Banco de España que las necesidades adicionales de capital para Grupo BFA se sitúan en 1.329 millones de euros sobre datos de septiembre 2011, que se descomponen en 763 millones de euros necesarios para alcanzar la ratio Core-Tier I del 9% y 566 millones de euros correspondientes al colchón exigido temporalmente para cubrir el riesgo soberano.

Atendiendo a la solicitud de la EBA, el 20 de enero de 2012 Grupo BFA ha presentado su Plan de Capitalización al Banco de España una vez aprobado por el Consejo de Administración de BFA. En dicho plan se recogen las medidas de capital que adoptará el Grupo para cubrir las necesidades de capital identificadas, que incluyen conversión de participaciones preferentes y financiación subordinada en instrumentos de capital, venta de activos no estratégicos, cambio estructural del balance y mejoras de los activos ponderados por riesgo, entendido siempre dentro del proceso de integración de las siete cajas de ahorro en el que se encuentra actualmente el Grupo BFA.

Adicionalmente, tal y como se recoge en el plan de capitalización, si alguna de las medidas no fuera finalmente aceptada por la EBA, como alternativa para cubrir el déficit de capital se optaría por la conversión de un mayor volumen de participaciones preferentes y financiación subordinada en instrumentos de capital del inicialmente recogido en el plan."

Sólo unos días después, el 25 de mayo siguiente, al reformular las cuentas anuales de 2011 BANKIA publica un comunicado (páginas 2 y 3 del **Documento número VEINTE**) en el que se dice:

"Como consecuencia de la publicación de los Reales Decretos-Ley 2/2012 y 18/2012, afloraron requerimientos de provisiones y de capital por importe de 8.745 millones de euros que ya fueron identificados por el Grupo BFA. El Grupo ha hecho un análisis profundo y prudente de su cartera inmobiliaria tras el que se han identificado necesidades adicionales que ascienden a 4.000 millones de euros. En total, la entidad destinará a cubrir estos créditos y activos 12.745 millones de euros. De este modo, el riesgo total que Bankia tiene con el sector promotor e inmobiliario tendrá una cobertura del 48,9%. Por otro lado, el Grupo ha realizado una revisión en profundidad del resto de la cartera crediticia para adecuarla a un eventual escenario económico adverso, de la que resulta una dotación de 5.500 millones de euros.

Los saneamientos acometidos en la cartera crediticia llevan al Grupo BFA Bankia a una cobertura del 12,6% del total de su cartera.

Con carácter adicional a las anteriores provisiones, el Grupo ha llevado a cabo una revisión del resto de los activos en los balances de BFA y Bankia con el objetivo de

valorar la existencia de potenciales minusvalías latentes en los mismos, en el contexto de la adecuación futura de la estructura financiera del Grupo y su acomodación a las posibles exigencias europeas sobre competencia. De dicho análisis se deduce la necesidad de unos saneamientos por importe de 6.700 millones de euros. Los activos afectados son, principalmente, la cartera de participadas (que se han puesto a valor de mercado) y los activos fiscales.

El efecto neto de todas las actuaciones mencionadas asciende a 19.000 millones de euros, para los que se solicitará la aportación del Estado.

Tras el saneamiento y recapitalización, el ratio de capital principal del Grupo BFA se estima que se situará en el 9,8% (el 9,6% en el caso de Bankia), dándose cumplimiento a las exigencias impuestas por los reguladores español y europeo.”

Esta explicación de las causas es un nuevo engaño del establishment que ha provocado esta situación intentando encubrir a los suyos (los hoy querellados) y su delictiva gestión y no es convincente por la sencilla razón de que si esos nuevos requerimientos se debieran a ese cambio normativo, habrían afectado en una magnitud semejante a las demás entidades de crédito. No es más que una explicación con la finalidad de salvar la responsabilidad de los gestores destituidos, unidos por fuertes vínculos a los nuevos, al Gobierno, Banco de España y CNMV, y a la red clientelar que se ha aprovechado de su gestión durante estos años recibiendo créditos sin garantías que han devenido en incobrables. El tiempo y las investigaciones realizadas han mostrado que, en esta catástrofe, la evolución de la crisis económica no ha jugado más papel que el de acelerar el desenmascaramiento de una gestión con todas las apariencias de un saqueo organizado.

Los capítulos en los que se reformulan las cuentas son:

Indebida contabilización y registro de provisiones: **8.745.- millones de euros.**

Sobrevaloración de la cartera inmobiliaria: **4.000.- millones de euros.**

Errónea contabilización de la cartera crediticia: **5.500.- millones de euros.**

Revisión del resto de los activos en los balances de BFA y BANKIA: **6.700.- millones de euros.**

Las ayudas financieras públicas comprometidas a las cajas de ahorros ascendieron a 61.366 millones de euros desde mayo de 2009, según los datos aportados por el Banco de España, que especifica que el 70% de los fondos se han destinado a tres entidades: **Bankia, Catalunya Banc y Novacaixagalicia.** Pero la situación crítica de las antiguas cajas de ahorro contrasta, como hemos indicado, con los sueldos, indemnizaciones o garantías de cobros de los directivos, imputados o no, que llevaron al colapso al sistema de cajas de ahorros alimentando con sus créditos la burbuja inmobiliaria.

Los directivos de Caja Madrid, Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), Novacaixagalicia, Caixa Penedés, Bancaja, Catalunya Banc y Caja Segovia percibieron por esos conceptos entre los años 2006 y 2011 más de 270 millones, según los datos puestos de manifiesto a fecha de hoy por jueces, fiscales y las propias entidades financieras. El que fuera presidente de Caixanova y copresidente de Novacaixagalicia, Julio Fernández Gayoso, llegó a defender las indemnizaciones de las cajas gallegas asegurando que habían tenido "éxito" en su gestión. La culpa, según Gayoso y el resto de directivos, fue del Gobierno central y del Banco de España por empeñarse en fusionar las entidades gallegas.

Estos son las percepciones cobradas o aprobadas en siete de las cajas intervenidas por el Banco de España:

Caja Madrid: 71,5 millones:

Además de Miguel Blesa, ex presidente de Caja Madrid (12,4 millones de euros), en relación a la percepción de sueldos e indemnizaciones destaca los directivos Matías Amat Roca e Ildefonso Sánchez Barcoj, con 9,7 millones de euros cada uno entre 2007 y 2010. Al margen de la suma, los correos profesionales internos de Caja Madrid dirigidos o recibidos por Miguel Blesa a otros empleados de Caja Madrid han destapado el caso del ex secretario general de Caja Madrid Enrique de la Torre. Este, que fuera número dos de Blesa percibió al menos 4,78 millones. Pero lo que llama la atención, es que De la Torre ha percibido 2,66 millones por unas retribuciones que él mismo había negociado, tal y

como consta en un acta del 19 de julio de 2007. La forma de pago consistió en que Caja Madrid destinó el dinero a la cancelación de un crédito que había solicitado previamente De la Torre a Caja Madrid. Ni Caja Madrid ni BANKIA han aclarado aun la operación.

En Caja Madrid, según los datos aportados por BANKIA a esta Audiencia Nacional, los integrantes del comité de dirección percibieron en cuatro años 71 millones de euros. Dentro de esta suma **no se incluyen las percepciones de los miembros del consejo de administración**, por lo que la cifra es muy superior a lo conocido.

DECIMO.- Grave trascendencia social de los hechos relatados en esta querella.

Los hechos relatados, de confirmarse su veracidad durante la instrucción judicial, ponen de manifiesto la existencia de una inmensa operación de captación ilícita de fondos de pequeños ahorradores particulares, mediante engaño, con el fin de retrasar lo que finalmente fue inevitable, la constatación de la pésima gestión de Bankia y de la falta de liquidez de esta entidad financiera ocasionada por la citada pésima gestión que el Consejo de Administración de la entidad ha llevado adelante

Esta operación ahora denunciada ha afectado a decenas de miles de personas en toda España que han visto como se esfumaban sus ahorros de toda la vida, ahorros en la mayoría de los casos destinados a garantizar una vida digna a muchas personas al llegar el momento de mayor vulnerabilidad social de estas, el momento de su jubilación. Igualmente ha tenido tener una importancia capital en la pérdida de credibilidad del sistema bancario y financiero español, por haber quedado de manifiesto su falta de transparencia y su escasa solidez, lo que a su vez ha provocado la pérdida de confianza de los circuitos económicos internacionales en la economía española.

Esta pérdida de credibilidad se extiende a los organismos de control del sistema financiero, tales como el banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que no sólo no fueron capaces de detectar sino que no quisieron detectarlo y, cuando lo conocieron, ocultaron el inmenso engaño que se estaba produciendo a miles de personas.

Y todo ello debe ponerse en relación con el fatal desenlace que dicho modelo de desarrollo económico fraudulento y especulativo ha tenido en la economía nacional, ya que el hundimiento de la economía ligada al sistema financiero ha llevado a este país, tras el estallido de la burbuja financiera, el endeudamiento imparable del estado, los rescates mil millones al sector financiero privado, y en consecuencia de lo anterior, a unos niveles de paro insoportables, con el 26% de la población en situación de desempleo, y a un despedazamiento de los servicios públicos básicos ofrecidos a los ciudadanos y a la mutilación de los derechos sociales.

Lo anterior ha venido derivado de las exigencias de las instituciones gubernamentales españolas y europeas, y de los mercados financieros, para que la economía nacional asuma la deuda del sector financiero – más de 46.000 millones de euros pagados con fondos públicos para el saneamiento de Bankia- que el modelo de desarrollo ligada a la especulación financiera ha generado, modelo en el que las deudas privadas finales son asumidas por la economía nacional, mientras que los beneficios fueron recogidos en exclusiva por las grandes empresas financieras y en concreto por directivos que las dirigían, básicamente los ahora querellados respecto al Consejo de Administración de BANKIA y del BFA.

BANKIA ha recibido 46.691 en ayudas públicas, de las que 22.424 es inyección de capital y el resto avales. La opinión de los expertos es que las pérdidas finales en un presunto proceso de privatización serán, al menos, un 35-40% mayores, fundamentándose en la monumental proporción de morosidad de Bankia, la escasa calidad de sus activos no bancarios (avalados en parte sustancial por el ICO) y, sobre todo, porque en 2012 presentó unas pérdidas de 19.000 millones.

CALIFICACION JURIDICA

Los hechos relatados en la presente querrella de los que se ha tenido conocimiento público por notoriedad informativa son de una gravedad extrema al apuntar indiciariamente la comisión de múltiples delitos por parte de los ahora querrellados. Para una mejor articulación de la presente fundamentación jurídica y una adecuada ordenación sistemática de los títulos de imputación que la integran estructuraremos su desarrollo en torno a los siguientes apartados, argumentando en Derecho la concurrencia en los hechos relatados de las tipificaciones penales indicadas y que esta representación estima plenamente ajustados a los hechos denunciados.

Sin perjuicio de ulterior calificación jurídica, la conducta descrita puede ser constitutiva de los siguientes delitos:

1º.- Asociación ilícita, previsto artículo 515 del Código Penal, en posible concurso con el artículo 570 bis y ss. del Código Penal.

2.- Delito contable: falseamiento de cuentas anuales, previsto en el artículo 290 del Código Penal

3º.- Delito de estafa previsto y penado en el artículo 248 del Código Penal.

4º.- Delito de apropiación indebida previsto en los artículos 252 y 254 del Código Penal.

5º.- Delito de Administración desleal del art 295 del Código Penal

6º.- Delito de falsedad en documento mercantil previsto en el artículo 392 del Código Penal.

7º.- Delito de falseamiento de información económico-financiera con el propósito de captar inversores o depositantes, del artículo 282 bis del Código Penal,

de los que serían responsables, en concepto de autores, los querellados personas físicas, y en concepto de penalmente responsables de los delitos cometidos las personas jurídicas querelladas.

-III-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

TIPIFICACION DE LOS HECHOS DELICTIVOS:

Los hechos relatados en la presente querella de los que se ha tenido conocimiento público por notoriedad informativa son de una gravedad extrema al apuntar indiciariamente la comisión de múltiples delitos por parte de los ahora querellados. Para una mejor articulación de la presente fundamentación jurídica y una adecuada ordenación sistemática de los títulos de imputación que la integran estructuraremos su desarrollo en torno a los siguientes apartados, argumentando en Derecho la concurrencia en los hechos relatados de las tipificaciones penales indicadas y que esta representación estima plenamente ajustados a los hechos denunciados.

Sin perjuicio de ulterior calificación jurídica, la conducta descrita puede ser constitutiva de los siguientes delitos:

1º.- ASOCIACIÓN ILÍCITA. GRUPO U ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

Tal y como resulta acreditado a la vista de los hechos relatados, el núcleo delictivo residiría en la elaboración y ejecución de un plan delictivo de engaño o estafa, ejecutado

en dos fases, mediante la oferta pública de venta de acciones y la emisión masiva de “participaciones preferentes” y su posterior colocación en el mercado minorista, fundamentalmente a personas que carecían de conocimientos financieros, no eran inversores profesionales ni tampoco grandes empresarios, con el fin de provocarle una pérdida patrimonial a estos particulares, desplazando su patrimonio a la entidad bancaria, conocedora en ese momento de su absoluta falta de liquidez y reservas suficientes para seguir operando como tal entidad bancaria. A tal efecto, los ahora querellados se confabularon, diseñando dicho plan criminal, aprobándolo y ordenando su ejecución con una doble finalidad: obtener ilícitamente, mediante engaños, y de forma masiva ingresos para el banco y poniendo en circulación un producto financiero que les permitiera falsear su contabilidad al contabilizarlo como un activo –participaciones sociales- en lugar de como un pasivo -deuda- que es lo que realmente era.

La propia naturaleza de los hechos relatados evidencia que no estaríamos ante una conducta puntual, individual o individualizable en una o varias personas que abusando de la concreta confianza derivada de la responsabilidad orgánica en el Consejo de Administración de Bankia o del BFA cometen delitos y se enriquecen. Antes al contrario, todo apunta a que estaríamos ante una práctica sistemática, organizada y coordinada incrustada durante años en el núcleo directivo de la entidad financiera, convirtiendo a Bankia y a BFA en un instrumento y en una estructura de vocación delictiva que además, por su control mediato de los distintos resortes del poder de la entidad financiera, permitiría asegurar a los responsables de dichas actividades delictivas altos niveles de beneficios personales e impunidad.

El carácter sistemático y organizado vendría corroborado por el modo estandarizado en que se realizaban la salida a bolsa y la emisión de las participaciones preferentes y su colocación en el mercado minorista, según los documentos en poder de la administración de justicia y ya difundidos por los medios de comunicación, atendiendo a la falta de liquidez de la entidad financiera en cada momento. Ambas operaciones han respondido a una doble finalidad: continuar el manejo indebido de los órganos de Bankia y del BFA el mayor tiempo posible, aun sabiendo de su estado de quiebra técnica, y así a la vez poder seguir gobernando la entidad atendiendo a los intereses de determinados grupos económicos cercanos a los Consejeros, -amigos en algunos casos, quienes habrían recibido créditos millonarios sin reunir los mínimos requisitos de solvencia y sin prestar las

correspondientes garantías legales. Probablemente a cambio de la obtención de lucro personal por parte de los ahora querellados.

De esta forma, dicha dinámica delictiva organizada no puede considerarse limitada en el tiempo por cuanto se habría extendido desde antes de que se realizasen la salida a bolsa y las emisiones de participaciones preferentes, habiéndose prolongado varios años mas desde la primera emisión según resulta de las informaciones publicadas y documentos que obran en poder de la administración de justicia. Esa vocación perdurable en el tiempo más allá de lo esporádico o coyuntural apuntaría la existencia de una estructura organizativa de cierta consistencia, densidad y entidad.

Todo ello hace que las conductas relatadas puedan resultar ser constitutivas de delito de asociación ilícita del artículo 515 en posible concurso de normas con los artículos 570 bis y siguientes del Código Penal.

Así dispone el artículo 515 del Código Penal que:

“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada (...).”

Por su parte, el artículo 570 bis del Código Penal establece:

“1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera

concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

El Tribunal Supremo ha definido los requisitos exigibles en orden a apreciar la concurrencia de dicho delito, estableciendo que la asociación ilícita implica necesariamente:

- (1) Una pluralidad de personas que se unan para llevar a cabo una determinada actividad.
- (2) Una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.
- (3) La consistencia o permanencia, de modo que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio.
- (4) El fin de la asociación responda alguno de los objetos contemplados en el propio 515 del Código Penal.

(SSTS de 20 de octubre de 1997; 234/2001, de 3 de mayo; 415/2005, 23 de marzo; núm. 2/1998, de 29 de julio; núm. 234/2001, de 3 de mayo y núm. 415/2005, de 23 de marzo, entre otras).

Concurrirían indiciariamente todos y cada uno de los requisitos referidos dado que podríamos estar ante una estructura permanente de carácter delictivo organizada desde y en el seno del Consejo de Administración de Bankia y del BFA. Es decir, ante un asociación ilícita o grupo delictivo organizado que desde la estructura de dicha organización financiera y bajo su cobertura habría estado cometiendo las actividades delictivas que integran los títulos de imputación de la presente querella, con la finalidad de satisfacer la voluntad de miembros del Consejo de Administración y personas a ellos vinculadas –como los receptores de los créditos sin garantías otorgados con fondos de Bankia-, y posibilitar o favorecer su enriquecimiento, y simultáneamente enriqueciendo a la totalidad de los miembros integrantes de la asociación ilícita.

2º.- DELITO CONTABLE: FALSEAMIENTO DE CUENTAS ANUALES, PREVISTO EN EL ARTICULO 290 DEL CODIGO PENAL

El artículo 290 del Código Penal (CP) regula un delito relacionado con el deber de llevar una contabilidad fiel: el de falsedad en documentos contables. Este artículo contempla, dentro de los delitos societarios, un tipo que, además de ser especial desde la perspectiva del sujeto activo, también lo es la modalidad de falsedad en documento mercantil al castigar a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad que falsearen las cuentas anuales y otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, distinguiendo a efectos de penalidad si el perjuicio se hubiese llegado o no a hacer efectivo.

CONDUCTA PUNIBLE:

Art 290 del C.P.:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan, o se omiten dolosamente, datos propios de las mismas. Es irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, *“pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento”* (STS 14-07-2006).

REQUISITOS PARA QUE EXISTA DELITO CONTABLE:

Existen siete requisitos para que exista el delito societario del artículo 290 del Código Penal: que se cometa delito de falsedad, se evite conocer la verdadera situación económica, sea cometido por determinados particulares, se produzca en elementos esenciales de

determinados documentos, se realice para intentar causar perjuicio económico (a la entidad, a algún socio o a un tercero), exista dolo y medie denuncia.

Se cometa delito de falsedad:

La acción típica consiste en falsear determinados documentos sociales. Este es el punto fundamental porque *“si no queda acreditado el falseamiento, no existe tipo delictivo”* (SAP Vizcaya 19-02-2007) (STS 18-2-2011).

En el sentido del art. 290 CP, “falsear” consiste en la abstracta idea de faltar a la verdad, mentir, alterar, o no reflejar la autentica o verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador. La correcta aplicación de este requisito requeriría la concretización y objetivación de este concepto.

La falsedad supone la “inobservancia de los deberes mercantiles”, ya sea por la “omisión de datos” o por “la consignación de otros ficticios” (SAP Baleares 13-12-2000). Por tanto, la falsedad podrá llevarse a cabo tanto de forma activa como omisiva. La activa acontece cuando el administrador incluye en la documentación datos distintos a los reales, de forma que se proporcione una imagen distorsionada del estado de la sociedad. La omisión se produce cuando el administrador oculte u omita datos relevantes cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, aquella situación.

Se evita conocer la verdadera situación económica.

Para que se produzca delito es necesario que con la falsedad se transmita una imagen inveraz, desfigurada o incorrecta del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados de la sociedad y de los flujos de efectivo.

La conducta típica implica el falseamiento de las cuentas anuales, no bastando cualquier irregularidad contable, sino que *“se precisa una acción falsaria que evite conocer la verdadera situación de la sociedad”* (SAP Jaén 03-11-1999) (SAP Málaga 22-11-02).

Cometido por determinados particulares: los administradores de hecho o de derecho

Para que exista delito, el hecho debe ser cometido exclusivamente por determinados particulares: los administradores de hecho o de derecho (STS 18-2-2011), en el presente caso, los miembros del Consejo de Administración de Bankia y del BFA, bajo cuyas

directivas se elaboraba la contabilidad de estas entidades, además de ser ellos personalmente quienes las aprobaban .

Acción falsaria producida en elementos esenciales de determinados documentos.

Solamente acontece el delito cuando el hecho se produce en elementos esenciales de determinados documentos que forman el soporte material (STS 18-2-2011).

La capacidad lesiva de la acción falsaria vendrá determinada por dos factores: el soporte material sobre el que se ejecuta (las cuentas anuales u otros documentos que incorporen información societaria esencial para reflejar fielmente la situación jurídica y económica de la entidad) y la naturaleza esencial de la propia falsedad (falseamiento de partidas o aspectos nucleares de los documentos).

La falsedad debe recaer “*sobre elementos esenciales de los documentos*” (STS 21-01-1994) (STS 21-11-1995), porque la falsedad requiere “*constatar una discrepancia entre la situación económica reflejada y la situación económica real*” (SAP Zaragoza 29-07-2003).

De forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad mercantil, a alguno de sus socios, o a un tercero

El Derecho penal español exige de manera imperativa que el acto falsario, y el documento alterado, refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad, y que sea idóneo para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero. Se produce el delito cuando el hecho esté realizado de forma idónea “*para causar un perjuicio económico a la entidad mercantil, a alguno de sus socios, o a un tercero*” (SAP Vizcaya 19-02-2007) (STS 18-2-2011).

Este requisito se compone de dos partes: el primero es un requisito de probabilidad “potencialmente puede” y el segundo es el efecto “producir perjuicio económico”.

El componente de probabilidad supone que la acción típica del art. 290.1 CP conlleva la exigencia de un peligro abstracto o hipotético para la sociedad, algún socio o un tercero. La exigencia de un potencial peligro excluye la criminalización de irregularidades documentales meramente formales y los simples errores materiales. La comisión del delito de falseamiento de la información contable exige que se falseen los documentos sociales y que se realice la actividad falsaria con la intención de causar un perjuicio

económico a la propia sociedad, a los socios de la misma o a terceros. No es preciso que el daño llegue a causarse, basta la intencionalidad, aunque si el perjuicio económico se produce, la pena se agrava, imponiéndose en su mitad superior. *“En el delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290 párrafo 1º CP, no es necesario que cause perjuicio económico alguno, bastando la constatación en cada caso de la idoneidad del falseamiento para la causación del perjuicio económico a la sociedad, a sus socios o a un tercero, con independencia de que éste finalmente se produzca o no”* (SAP Jaén 03-11-1999) (SAN 07-05-2007).

Respecto al componente de efecto existen dos alternativas posibles, según cuál sea la concepción del término “perjuicio económico”. La primera alternativa (patrimonial) es considerar que se produce cuando acontezca un quebranto patrimonial, entendido como disminución del patrimonio social, de los socios o de un tercero. La segunda alternativa (financiera) consiste en considerar que acontece cuando la sociedad, aunque no minore su patrimonio, disminuyen sus expectativas económicas en el mercado (disminuye su capacidad para captar clientes y aspirar a nuevos negocios) y minoran la calidad de sus relaciones financieras (disminuye su capacidad para captar inversores y obtener créditos). La jurisprudencia se ha centrado en la concepción patrimonial. No toda irregularidad se encuentra recogida en el art. 290 CP, sino sólo aquellas que sean idóneas para causar perjuicio económico, es decir *“que supongan una disminución efectiva del patrimonio de la sociedad, de alguno de sus socios o de un tercero”* (SAP Alicante 22-02-2000). No son punibles conforme al art. 290 CP, las falsedades que no sean adecuadas para crear un “quebranto económico” (SAP Jaén 03-11-1999).

En el presente supuesto, mediante el falseamiento contable, Bankia y BFA aparentaron una imagen patrimonial de solvencia que no tenían, provocando un inmenso perjuicio económico no solo a los que adquirieron sus instrumentos financieros (acciones o participaciones preferentes) sino a todos los ciudadanos a la vista del dinero público –de todos los ciudadanos- que ha sido detraído de gasto público de índole social y destinado a salvar a esta entidad de la quiebra. Igualmente, para presentar una imagen supuestamente saneada en la contabilidad, se procedió a contabilizar como activo patrimonial a favor de la entidad los miles de millones de euros emitidos como “participaciones preferentes”, cuando realmente se trataba desde el punto de vista contable de una deuda de la entidad, esto es, de un pasivo que, desde un principio, los consejeros de Bankia y de BFA sabían que nunca se podía devolver.

Existencia de dolo

El delito tipificado en el art. 290 CP excluye la modalidad imprudente; sólo admite como forma comisiva el dolo. El dolo puede ser definido resumiendo sus elementos: *“Es la producción de un resultado típico y antijurídico con consciencia de que se quebranta un deber, conocimiento de la relación de causalidad existente entre la conducta y el hecho dañoso y voluntad de realizar la acción”* (Jiménez de Asúa, 1931: 37).

Este tipo penal exige *“la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico, bien sea a la sociedad, a los socios o a un tercero; lo que exige un dolo de perjudicar”* (STS 14-07-2000) (SAP Barcelona 02-112000). *“Esa conciencia y voluntad de realizar esa actuación ilegítimamente debe quedar absolutamente probada para considerar el hecho como culpable”* (STS 14-07-2000) (SAP Burgos 14-12-2001)

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 15/1997, de 16 de diciembre establece los requisitos necesarios para aplicar el art. 290 CP, que son de dos tipos (sustantivos y procesales): Sustantivos, *“que el sujeto activo sea administrador de una sociedad; que la conducta recaiga sobre las cuentas anuales u otros documentos que reflejen la situación económica o jurídica de la sociedad; y que la alteración de tales documentos sea idónea para causar un perjuicio a la sociedad, a un socio, o a un tercero (imponiendo pena mayor si efectivamente se produce el perjuicio)”*; y Procesales, *“que medie la denuncia exigida en determinados casos por el art. 296 CP”*.

La SAN 07-05-2007 argumenta que en este delito no opera el requisito de perseguibilidad del art. 296.1 CP, al darse el supuesto del número 2 del citado artículo (cuando la comisión del delito afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas), tratándose en concreto de un delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290.1 CP, que se consuma sin necesidad de causar perjuicio económico alguno, bastando la constatación en cada caso de la idoneidad del falseamiento para la “causación” del perjuicio económico, con independencia de que éste finalmente se produzca o no. Según esta Sentencia, la afectación al “interés general” o a una “pluralidad de personas” convierte el “delito societario en un delito público perseguible de oficio, y en este caso, refiriéndose únicamente a la segunda afectación (pluralidad de personas), accionistas del banco y otros terceros, padecieron el riesgo de sufrir perjuicio económico al estar fuera de su alcance determinados fondos del banco”.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

El Derecho de sociedades precisa la máxima transparencia en la información societaria, materializada en determinados documentos que la entidad mercantil debe emitir. Esta información ha de ser completa y veraz, reflejando así la imagen fiel de las actividades societarias, en tutela de la propia entidad, de los socios o de terceros. El art. 290 CP persigue garantizar el derecho de los socios, acreedores y terceros a una correcta información reflejada en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel.

El principio de la imagen fiel se erige en el eje principal del art. 290 CP, como lo demuestra el hecho de que castigue la falsedad sobre las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El art. 290 CP pretende proteger *“la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad”* (SAP Jaén 03-01-1999) (SAP Málaga 22-11-2002), siendo el bien jurídico protegido el derecho de los socios y terceros a que la información suministrada por la sociedad sea completa y veraz.

Con la regulación del delito de falsedad en documentos contables se tutelan tanto el derecho de los destinatarios de la información social a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica y económica de la entidad como los intereses patrimoniales de aquellos. El interés de que la documentación contable refleje la realidad de la situación económica de las empresas es importante porque puede entenderse que las falsedades son infracciones que atentan contra el conjunto de la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor “no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se ve dañada” (STS 29-07-2002) (SAP Almería 0505-2003).

SUJETOS ACTIVOS:

El sujeto activo del delito únicamente puede ser el administrador de hecho o de derecho de la sociedad, por lo que nos encontramos ante un *“delito especial propio”* (SAP Burgos 14-12-2001) (STS 26-01-2007).

En este caso, la conducta típica *“no sólo se refiere al falseamiento de documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa”, sino que “es preciso que esa acción sea realizada por quienes tienen un especial deber de certificar esa situación, precisamente, por el estatus que mantienen en la sociedad y que son destinatarios de especiales prevenciones considerados como deberes de actuación en el ordenamiento jurídico. Esas personas son los administradores de derecho y de hecho”* (STS 26-01-2007).

En el supuesto que nos ocupa, los sujetos activos han sido los miembros de los Consejos de Administración de BFA y de BANKIA, que además de aprobar las cuentas anuales, darían las instrucciones necesarias para su elaboración conforme a los criterios de oportunidad que han considerado en cada momento y que en general han constituido un falseamiento de dichas cuentas anuales.

SUJETOS PASIVOS:

El art. 290 CP establece un criterio muy restringido de sujeto pasivo, limitándolo exclusivamente a *“la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero”*. La doctrina mantiene ese criterio limitado de sujeto pasivo (Faraldo, 2003: 124 y ss.) (Serrano y Serrano, 2005: 533) (Morales, 2011a: 968), o incluso lo limita aún más: *“la propia sociedad y a todos o parte de sus socios”* (Moreno, 2005: 30).

La jurisprudencia mantiene el concepto de sujeto pasivo a *“la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero”* (SAP Alicante 2202-2000) (SAP Burgos 14-12-2001), para posteriormente ir ampliándolo aún más, *“los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos”* (SAP Madrid 06-06-2001) (SAP Asturias 29-05-2003), esto es también sus clientes, inversionistas y ahorradores

OBJETO MATERIAL:

El objeto material de este delito puede ser las cuentas anuales individuales, las cuentas anuales consolidadas y otros documentos.

PENALIDAD

El tipo de peligro se castiga con las penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Cuando se llega a causar un perjuicio económico, se imponen las citadas penas en su mitad superior.

Es más que evidente a la vista de lo relatado en esta querella, que los hechos relatados y que serán acreditados por la propia instrucción conllevan la imputación de un delito contable respecto de las personas querelladas en su posición de administradores bien de hecho como de derecho, concretamente respecto a los miembros de los Consejos de Administración de Bankia y del BFA.

3º.- DELITO DE ESTAFA PREVISTO Y PENADO EN EL ARTICULO 248 DEL CODIGO PENAL.

I.- En lo que se refiere a lo tipificado en el Art. 248 del Código Penal (delito de estafa):

“1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.”

La estafa representa la modalidad de delincuencia engañosa o astuta contra el patrimonio ajeno. La idea de la defraudación está presente en todos los comportamientos relatados en esta querella y atribuidos a los querellados. De hecho, estos han proferido engaños suficientes, de forma continuada, para producir un error en los miles de ciudadanos particulares, no inversionistas profesionales, a los que les fueron “colocadas” las acciones de BANKIA y las participaciones preferentes, diseñadas con pleno convencimiento de su inmediata pérdida de valor y con la única intencionalidad de provocar un desplazamiento

patrimonial desde el patrimonio de sus adquirientes o suscriptores, al patrimonio de la entidad financiera. A tal efecto, y por lo que se refiere a las participaciones preferentes, diseñaron un instrumento financiero de mas que compleja regulación y funcionamiento, obviando explicar a sus adquirientes su verdadera naturaleza y engañándolos haciéndoles creer que se trataba de acciones de la sociedad bancaria con derechos preferentes de cobro, presentando dicho producto como una inversión segura para ahorradores particulares. Se han difundido a la opinión pública los distintos correos electrónicos enviados por la dirección de Bankia a sus redes comerciales, ordenándoles la colocación inmediata de la totalidad de las participaciones preferentes entre colectivos que tanto por consideraciones éticas como por imperativo legal deberían haber estado exentos de cualquier intento de colocación o comercialización, concretamente respecto a colectivos de jubilados, pequeños ahorradores y pequeños empresarios o autónomos que no pueden ser considerados en ningún supuesto como inversionistas profesionales.

Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid ha declarado en una sentencia resolviendo sobre la nulidad de un contrato de preferentes, que Bankia utilizó las preferentes con fines distintos para los que estaban creadas, engañando incluso a los trabajadores de su propia red de oficinas para que las comercializaran. La sentencia declara que los datos económicos contenidos en el folleto de la emisión registrada en la CNMV no podían ser el fiel reflejo de la situación económica real, que la información contenida en el argumentario comercial preparado para los clientes era engañosa y que nunca se comunicaron a los afectados las rebajas del rating y sus consecuencias. Indica igualmente que la entidad incumplió su obligación de dar información transparente y leal en los aspectos relativos a la liquidez del producto, así como tampoco informó al personal comercializador de las preferentes sobre la imposibilidad de garantizar la liquidez del producto. Todo ello, en un contexto enmarcado por unos documentos internos de comercialización de las preferentes en los que se indicaba a los comercializadores que la información sobre las preferentes “no debe estar en nuestras oficinas a la vista de los clientes”, hechos todos ellos que sin duda constituyen engaños típicos del delito imputado.

De igual forma, se han producido una serie de falsedades vertidas en documentos mercantiles –los documentos contables de Bankia- que son absorbidas por el delito de estafa, toda vez que dicha falsedades han sido medio comisivo necesario para la

defraudación efectuada a las personas a las que se les colocaron las acciones y las participaciones preferentes.

Según nuestra Jurisprudencia, son elementos del delito de Estafa:

1º.- En cuanto al tipo objetivo, la conducta típica consiste en el uso de medios engañosos. El engaño es elemento básico y nuclear de la estafa y puede consistir en acción o en omisión. Engaño precedente o concurrente, concebido por el código penal sin carácter exhaustivo, dada la ilimitada posibilidad de engaños que desgraciadamente la vida cotidiana posibilita. En este caso, y por lo que se refiere a las participaciones preferentes, la oferta de una inversión segura, que se podría hacer líquida en cualquier momento, y con una promesa de beneficios asegurados, ocultando siempre su verdadera naturaleza de producto híbrido, así como incumpliendo y eludiendo los mecanismos de control establecidos legalmente para evitar la comisión de dicho fraude, como pueda ser el falseamiento de los perfiles de los clientes de las preferentes o eludir, sino falsear, la cumplimentación de los obligatorios test de idoneidad. En cuanto a las acciones, se disfrazó la verdadera situación de quiebra de la entidad, haciendo creer a los inversores que adquirirían acciones de una entidad solvente.

2º.- Dicho engaño ha de ser “bastante”, es decir, suficiente y proporcional para conseguir los fines propuestos habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias del caso concreto: la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. El engaño ha de ser antecedente al error producido en el sujeto pasivo y estar preordenado a este fin de equivocar a la víctima. No cabe duda que el engaño efectuado –en especial la oferta de un supuesto producto de inversión seguro, idóneo para pequeños ahorradores y ofrecido por la entidad y los empleados bancarios de confianza de las personas engañadas, en la mayoría de los casos clientes de larga data de los anteriores - ha sido bastante, siendo probablemente la oferta de una rentabilidad segura en una inversión en cualquier momento liquidable uno de los más poderosos estímulos para realizar tal acción de desprendimiento patrimonial en un momento de grave inestabilidad económica en España donde cualquier pequeño

ahorrador –máxime siendo jubilado- buscaba refugios conservadores y seguros para su ahorros de toda la vida.

3º.- Producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, en virtud del cual se produce el traspaso patrimonial. En el caso que nos ocupa, el error esencial producido ha sido creer que las participaciones preferentes eran un producto de inversión seguro y fácilmente convertible en dinero liquido, estando además sólidamente respaldado por una situación patrimonial supuestamente saneada de la entidad, tal y como el personal de Bankia indicaba por tener ordenes al efecto, siendo conscientes de que ambos extremos eran radicalmente falsos.

4º.- Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado, y en definitiva, del engaño efectuado. En el supuesto que nos ocupa, los ahorradores adquirieron miles de millones de euros en acciones y participaciones preferentes, siendo la inversión media de cada uno de ellos superior a los 10.000.- euros, en muchos casos habiendo confiando a Bankia la totalidad de sus ahorros.

5º.- Animo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el artículo 248 del Código Penal: intención por parte del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente al perjuicio ocasionado. Los querellados han actuado con la finalidad de apoderarse ilícitamente de una elevada cantidad de dinero, con el fin de incorporarla al patrimonio de Bankia, y de esta forma evitar su insolvencia y seguir incorporando a sus patrimonios personales abultadas remuneraciones devengadas por su pertenencia a los consejos de administración citados, así como otras ventajas tales como el acceso a créditos personales millonarios sin la mínima garantía y quizás sin mediar exigencia de devolución de los mismos en algunos casos, como así se pondrá de manifiesto durante la instrucción.

6º.- Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultado del primero, lo que implica que el dolo

del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria. Concorre en este supuesto el nexo causal entre las ofertas engañosas realizadas y la consiguiente entrega de un dinero del que han sido desposeídos los adquirentes de las preferentes, ocasionándoles así un perjuicio. Todo ello realizado con absoluto conocimiento, por parte de los querellados, del engaño que realizaban y del fin que se proponían alcanzar con dicho engaño

En el presente caso, habiéndose orquestado el engaño en torno a documentos contractuales de adquisición de acciones y de supuestos “*contratos de suscripción de participaciones preferentes*”, concurre la figura del “*contrato criminalizado*”, recogido expresamente, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2003 y 8 de noviembre de 2003, que señalan:

“(...) La figura del “contrato criminalizado” existirá siempre que antes o en el momento del otorgamiento la voluntad del sujeto pasivo se obtenga mediante la puesta en escena del engaño “bastante” produciéndose un error en el mismo, que determine su voluntad en el sentido apetecido por el sujeto activo, que de otra forma no habría tenido lugar; obteniendo aquel la prestación correspondiente al contrato mediante el desplazamiento patrimonial”.

La consumación del delito se produce con la disponibilidad de las cosas recibidas o entregadas por el sujeto pasivo engañado, siguiendo las reglas de los delitos contra el patrimonio en su modalidad de apoderamiento. En el presente caso, los querellados han dispuesto, en beneficio de Bankia y suyo propio, del dinero entregado desde el mismo momento de la suscripción de los contratos de adquisición de preferentes.

4.- DELITO DE APROPIACION INDEBIDA PREVISTO EN EL ARTICULO 252 Y SIGUIENTES DEL CODIGO PENAL

Subsidiariamente, para el improbable caso de que a lo largo de la instrucción no se apreciara la existencia de los elementos del delito de estafa en la actuación de los querellados, entendemos que podríamos estar ante un delito de apropiación indebida del artículo 252 del C.P.

“Artículo 252.

Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”

A diferencia del delito de estafa, para la comisión de un delito de apropiación indebida no es necesario ni el engaño ni el desplazamiento patrimonial, porque los bienes apropiados ya se tienen desde el principio aunque a título meramente posesorio, que luego se transmuta y convierte unilateral y antijurídicamente en título dominical. No perdamos de vista, que aun para el caso de que se entendiera que no ha existido engaño ni desplazamiento patrimonial conexo, la realidad es que de los miles de millones de euros entregados por los suscriptores de las acciones o de las preferentes a la entidad bancaria conforme al plan diseñado por los querellados, fueron apropiados de forma irregular por la entidad Bankia, argumentando, en el segundo caso, que bien las inversiones carecían de fecha de vencimiento o este se producía en algunos casos hasta 9.999 años después de su suscripción, o bien que la inversión había perdido su valor, consiguiendo de esta forma los querellados que Bankia tuviera la posesión de ese dinero –caudales monetarios- a través de una relación de, al menos, confianza entre los clientes de la red comercial de Bankia y los trabajadores comerciales de esta.

La conducta típica consiste tanto en la apropiación o adueñamiento de bienes tenidos en concepto de mera posesión, como en la distracción o destino desviado de los mismos, normalmente caudales monetarios. Ambas conductas se identifican por la Doctrina y la Jurisprudencia (STS 26 febrero 1998)

También la Jurisprudencia (STS 16 sept 2003. Ponente E. Bacigalupo) señala que :

“los elementos del tipo objetivo de la administración desleal del artículo 252 CP son la infracción de un deber especial de fidelidad, deducible de alguna de las relaciones jurídicas mencionadas en el propio Art 252 CP y el perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad”

Infracción de deber de fidelidad, que para el caso de descartarse por el Instructor la existencia de indicios de un delito de estafa, no cabría duda que habría existido en los querellados, quienes actuando entonces en calidad de miembros del consejo de administración de Bankia habrían dispuesto de un dinero recibido para un fin predeterminado –inversión segura y recuperable según se indicaba a los clientes- habrían eludido cumplir dicho fin desviando la totalidad del caudal monetario percibido por la comercialización de las acciones o de las preferentes al patrimonio de la entidad, y desde ahí a sus patrimonios personales o de personas vinculadas a ellos, mediante el cobro de abultados y desproporcionados emolumentos como miembros del Consejo de Administración de Bankia, causando así evidente un perjuicio en el patrimonio de los ahorradores, quienes en la mayoría de los casos fueron desposeídos de la totalidad de su dinero.

Para la comisión del tipo penal se requiere tanto la situación posesoria previa al momento de la apropiación -lo que ocurrió en el presente supuesto desde el momento en que los querellados dieron instrucciones para comercial preferentes y se comenzó la comercialización de las mismas- y un objeto material que necesariamente ha de ser bien mueble -dinero en este caso-, aunque también parte de la Doctrina y la Jurisprudencia consideran los bienes inmuebles, en determinados supuestos, objeto material de la apropiación.

Según nuestra jurisprudencia -SSTS 18 octubre 1996 y 21 de julio de 2000-, el tipo del injusto consiste en la

“transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando quebranta, dolosamente, el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados” ,

y como detalladamente expreso la STS de 1 de julio de 1997,

“en el delito de apropiación indebida, sancionado (...) ahora en el art. 252 del nuevo C. Penal de 1995, pueden distinguirse dos etapas diferenciadas: la primera se concreta en una situación inicial lícita, generalmente contractual, en la que el sujeto activo percibe en calidad de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca

obligación de entregarlos o devolverlos (...) recepción presidida por la existencia de una convenida finalidad específica de devolución o de empleo en un destino determinado, es decir de entrega a un tercero o terceros para cumplir la finalidad pactada. En la segunda etapa el agente transmuta esta posesión legítima (...) para obtener la contrapartida derivada de su destino convenido”

A la vista de lo anterior, para el caso de que el instructor no aprecie indicios suficientes para proceder a la apertura de un juicio oral contra los querellados por delito de estafa, sin duda estaríamos ante un supuesto de delito de apropiación indebida, toda vez que estaríamos ante una situación inicial lícita constituida por una entrega de dinero para un fin contractual consistente en destinarlo a una inversión segura, sin riesgo y que podía supuestamente hacerse líquida en cualquier momento, -finalidad específica de empleo en un destino determinado- para a continuación, en un momento posterior, haber procedido los querellantes a una disposición ilegítima del dinero entregado incorporándolo contablemente al patrimonio de Bankia como fondos y recursos propios y abusando los querellados de la tenencia y disposición material de la cosa como miembros del Consejo de Administración de Bankia, distrayendo parte de este dinero para apropiárselo indebidamente en calidad de emolumentos en cuantía desproporcionada por pertenencia al citado Consejo de Administración, todo ello con ánimo de lucro y en perjuicio de los depositantes .

5º.- DELITO DE ADMINISTRACION DESLEAL DEL ARTICULO 295 DEL CODIGO PENAL

Establece el Artículo 295 del Código Penal:

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.”

La conducta típica admite dos modalidades distintas, una consistente en disponer de los bienes de la sociedad y otra en contraer obligaciones a cargo de esta. En ambos casos la actuación de los sujetos activos debe producirse “con abuso de las funciones del cargo”, “fraudulentamente”, y “causando directamente un perjuicio económicamente evaluable” a los sujetos pasivos

La sentencia del TS de 26 de noviembre de 2002 (Caso Banesto) indica con relación a la acción típica del delito previsto en el artículo 295 del CP, lo siguiente: *“(…) El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho se le exigen por un lado, con carácter genérico el artículo 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos que imponen un deber de diligencia y lealtad. En la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que une a los administradores con la sociedad (…)”*

La primera modalidad de disposición de activos patrimoniales de la sociedad -conducta de infidelidad- resulta difícil de distinguir según la doctrina respecto de la apropiación indebida del artículo 252 CP hasta el punto de que parte de esta y la jurisprudencia (STS 26 febrero 1998 y STS 15 diciembre de 2000) consideran aplicable la regla de alternatividad (art. 8.4 C.P.). Sin embargo otra parte de la doctrina sostiene que el delito de Administración fraudulenta no desleal excluye las conductas de apropiación con correlativa expropiación *animus rem sibi habendi*, por lo que la apropiación es norma especial entre otros argumentos por el consistente en el injusto privilegio de los administradores que aprovechan, con su deslealtad, las mayores facilidades para hacer suyos bienes puestos a su cargo y de los que, en principio, pueden disponer. En este sentido, la Sentencia del TS de 3 de febrero de 2003, ponente D. Miguel Colmenero Menéndez de Larcá, sobre la problemática de la delimitación entre los delitos de apropiación indebida del art 252 CP y el de administración desleal del art. 295 CP. En este supuesto nos encontraríamos con los supuestos en los que los miembros del Consejo de Administración han aprobado créditos a terceros, -muchas veces a ellos mismos, o a familiares o a personas jurídicas vinculadas a ellos- llevados por intereses o acuerdos que solo redundaban en beneficio personal, sin respetar las normas de crédito de la entidad y sin solicitar los debidos avales o garantías a los beneficiarios del crédito.

La segunda modalidad es claramente conducta abusiva, en la que incurren los administradores que aprovechando sus facultades de representación contraen obligaciones a cargo y en perjuicio de la sociedad. En este caso no se disminuye el activo con actos de disposición, sino que se incrementa el pasivo mediante la asunción de obligaciones de que debe responder aquella, ya sea con carácter de deudor principal o subsidiario. Esto es lo ocurrido con las emisiones y venta de participaciones preferentes, que si bien fueron presentadas como activos de la sociedad –participaciones en el capital social de las misma- en la práctica han sido pasivos que al contabilizarse correctamente como tales una vez apartados del Consejo de Administración de Bankia los ahora querellados, han contribuido aun más si cabe a la situación deficitaria patrimonial de esta entidad.

Sujetos activos son los administradores y aquellos socios que de hecho realicen funciones de administración. Sujetos pasivos son los socios, los depositantes, los cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren los sujetos activos. En este caso, los inversores en las participaciones preferentes y los socios perjudicados por la administración desleal de los miembros del Consejo de Administración, tanto por la emisión de las participaciones preferentes, como por el cobro de abultados e injustificados emolumentos entre los miembros del Consejo de Administración.

La STS 29 de julio de 2002 (Casos Banesto, Ponente Don José Antonio Martín Pallín) hace también referencia a un delito de administración fraudulenta tipificado en el artículo 295 del CP y en relación con el sujeto activo de este delito señala:

“(...) El sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación (...).

Es delito de resultado que requiere que la causación de un perjuicio directo y económicamente evaluable, comprensible del daño emergente y del lucro cesante pero no de los daños morales. Y a continuación señala la anterior sentencia del caso Banesto en relación con la consumación del delito:

“(...) Se trata de un delito que se consume por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado (...)”

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de febrero de 1998 (Ponente Don José Jiménez Villarejo), que señala que:

“(...) Gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrador como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status (...)”

En el aspecto subjetivo es delito esencialmente doloso, que comporta como elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro.

La anteriormente mencionada Sentencia TS de 26 de febrero de 1998 (Ponente Don José Jiménez Villarejo) añade en relación con el tipo subjetivo del delito de administración desleal tipificado en el artículo 295 CP, lo siguiente:

“(...) La gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarlo- la concurrencia del animus rem sibi habendi sino solo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”. (...)”

6º. – DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL PREVISTO EN EL ARTICULO 392 DEL CODIGO PENAL

Establece el Código Penal, en sus artículos 390 y ss, respecto a la falsedad en documentos mercantiles:

“Artículo 390

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

(...)

Artículo 392

1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

(...)

Artículo 395

El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

El concepto de documento como “objeto material del delito” de encuentra regulado en el artículo 26 del Código Penal. Por documento mercantil se entiende cualquiera que se

atempere a lo dispuesto en el Código de Comercio y leyes mercantiles especiales, en cuanto que sean expresión de una operación mercantil. Lo son los cheques, letras de cambio, etc, pero también los títulos valores y las pólizas de crédito.

En el presente caso, los contratos de suscripción de participaciones preferentes por ahorradores o inversores minoristas se efectuó mediante el documento mercantil denominado “contrato de depósito o administración de valores”, modelo de contrato de adhesión, redactado unilateralmente por Caja Madrid, posteriormente integrada en Bankia. Se trata por tanto de un documento por el que se transmiten unos títulos valores – supuestas participaciones en el capital de la entidad bancaria- con especificidades que, además de que en la práctica resultan limitativas de los derechos inherentes a la titularidad de cualquier título valor, falsean la realidad subyacente al documento de suscripción, ocultándola maliciosamente su verdadera naturaleza e informando falsamente de unas condiciones de inversión inexistentes..

En cuanto a la delimitación del concepto de documento mercantil, la STS del 13 de junio de 2003 (ponente D. Andrés Martínez Arrieta), establece doctrina jurisprudencial aplicable

La conducta típica se reduce a dos modalidades: a) Falsedad material por afectar a la integridad y estructura física del documento (alteración y simulación) y b) falsedad ideológica referida a la veracidad de lo declarado, es decir, el contenido del documento. Este último es el supuesto que nos ocupa y el delito que se imputa a los responsables de la emisión de las participaciones preferentes. Mientras la falsedad ideológica cometida por particulares es impune ex artículo 392 del C. Penal, pero cuando con la mendacidad se cambia totalmente el sentido o el documento se crea ex novo con todo el contenido mendaz, en este caso es punible por la vía de la simulación del artículo 390.1.2ª del Código Penal. Al respecto, las Sentencias del TS de 29 de mayo de 2000, 24 de enero de 2002 y 13 de enero de 2003.

En cuanto a la conducta típica, la Sentencia del TS de 2 de enero de 2002 (ponente José Aparicio Calvo-Rubio) exige la concurrencia de dos elementos para acreditarse falsedad en documento mercantil:

“(...) el Fiscal sintetiza los elementos estructurales del delito de falsedad como sigue: 1º) Uno objetivo o material, consistente en la mutación de la verdad por alguno de los medios descritos en el artículo 390 del C. Penal, antes 302 del Código derogado y que esa alteración de la verdad afecte a los elementos esenciales del documento, de modo que repercuta en las normales efectos de las relaciones jurídicas reflejadas y plasmadas en el mismo; y 2º) Un elemento subjetivo, el dolo falsario, que consiste en el conocimiento y voluntad de alteración de la verdad o al menos puesta en peligro de los bienes jurídicos que subyacen bajo el documento, y según la sentencia de 3 de abril de 1996 (1996/2871), es preciso que la falsedad conlleve una perturbación de la función probatoria del documento. No es inherente a la falsedad del documento publico, oficial o de comercio, un especial elemento subjetivo del injusto, consistente en animo de perjudicar o intención de lucro”

La consumación del delito se produce con la realización de la conducta típica, sin necesidad de que se produzca ningún resultado. Es delito de mera actividad por lo que resulta difícil apreciar el supuesto de ejecución imperfecta.

En cuanto a la modalidad comisiva, la Sentencia del TS de 29 de julio de 2002 (Caso Banesto, Ponente Don José Antonio Martín Pallín), señala:

“(...) Sostiene que el nº 1 del artículo 390.1 al referirse a “alterar” un documento en uno de sus elementos o requisitos esenciales, no se circunscribe solo a la mutación material de documentos preexistentes o ya producidos, sino también a una alteración ideológica de un elemento esencial del documento que se está emitiendo. Esta postura queda esclarecida con solo plantearnos el supuesto de la falsificación de la fecha, cuando esta es significativa para los efectos jurídicos del documento “

La Sentencia del TS de 26 septiembre de 2002 (ponente Don Eduardo Moner Muñoz) , en relación falsedad de documento mercantil cometido por particulares, señala la conducta típica consiste en la mutación de verdad un documento mercantil, en alguna de las formas recogidas en el artículo 390, 1º, 2º o 3º. Es necesario que la *mutatio veritatis* recaiga sobre extremos esenciales del documento, en entidad suficiente para incidir negativamente en el tráfico jurídico con virtualidad para modificar los efectos normales de las relaciones jurídicas, pues si la inveracidad solo afecta a extremos inocuos o intrascendentes, la conducta sería atípica y no resultaría sancionada. El aspecto subjetivo consiste en la voluntad de alterar la verdad, al margen del resultado conseguido y de que el daño llegue a causarse.

En el presente supuesto la alteración de la verdad en el documento mercantil ha consistido, entre otras acciones, en indicar que se garantizaría a los compradores “*una rentabilidad análoga al dividendo que se paga a una acción de un banco*”, afirmación evidentemente inveraz.

7º.- DELITO DE FALSEAMIENTO DE INFORMACION ECONOMICO-FINANCIERA CON EL PROPOSITO DE CAPTAR INVERSORES O DEPOSITANTES, DEL ARTICULO 282.BIS DEL CODIGO PENAL

Establece el artículo 282 bis del Código Penal:

“Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquiriente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.”

La conducta típica de este delito, a simple vista al menos de forma indiciaria atribuible a los querellados, todos ellos consejeros de Bankia y el BFA y por tanto administradores Al menos de derecho, consiste en hacer una publicidad respecto del producto financiero ofertado –las participaciones preferentes- que resulte ser manifiestamente contraria a la verdad, con entidad suficiente para inducir a error a los adquirientes de los productos, que

son los sujetos pasivos del delito, mientras que los sujetos activos son los administradores de hecho o derecho de las entidades financieras que emiten los productos de inversión, por lo que se está ante un delito especial que solo quienes ocupan una determinada situación de dirección en la entidad financiera pueden cometer.

El bien jurídico protegido es macro social, y radica en el orden socio económico y concretamente en la prohibición de publicidad e información engañosa

Como ha escrito el catedrático de derecho mercantil Francisco J. Alonso Espinoza en su artículo “*Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito*” (*Diario La Ley*, Nº 7875, 7 Jun. 2012, Editorial LA LEY), denominar legalmente «participación preferente» al valor negociable comercializado por Bankia y el BFA es un ejemplo de despropósito legal porque es una denominación *engañosa por sí misma e inductora a confusión*. Por dos razones: (i) Porque no es una «participación» en sentido societario; y (ii) porque no incorpora ningún derecho que, en rigor, pueda calificarse como «preferente».

La participación preferente no es una *participación* en sentido societario, que es lo que con mayor fuerza sugiere el término «participación». La participación preferente no atribuye a su titular *ninguno* de los derechos típicos del socio de la entidad emisora; por contra, sí se derivan del mismo obligaciones próximas, si no iguales, a las de orden propiamente societario desde el prisma financiero o de participación en las pérdidas o riesgo patrimonial del emisor. El único «derecho» de participación que la participación preferente incorpora es el «derecho» de participación en las pérdidas del emisor.

La segunda razón es que la participación preferente no tiene nada de *preferente*. No atribuye a su titular ningún derecho preferente a nada, sino, más bien, al contrario. La participación preferente no incorpora derecho de crédito alguno contra el emisor respecto al pago de su valor nominal. El nacimiento del tal derecho requiere tres presupuestos que, *de facto*, son de imposible o excepcional confluencia:

- a) Que tuviese lugar la *liquidación* patrimonial de la entidad de crédito.
- b) Que en el seno de la misma hubiese patrimonio suficiente para pagar la totalidad de los créditos contra ésta —incluso de los subordinados— de cualquier clase y

rango que sean, así como para pagar todos los créditos contra la sociedad dominante del grupo o subgrupo consolidable al que pertenezca la entidad de crédito emisora de las participaciones preferentes.

c) Que, una vez realizados tales pagos, el *patrimonio remanente* de la entidad de crédito liquidada fuese suficiente para atender el nominal representado por las participaciones preferentes.

El nacimiento del derecho al pago del nominal de las participaciones preferentes exige, pues, una situación de súper solvencia de la entidad de crédito deudora tras su liquidación de la que resulte: (i) El pago de la totalidad de sus acreedores privilegiados y ordinarios; (ii) el pago de los créditos contra las sociedades que formen parte de su grupo o subgrupo consolidable; y (iii) que, tras ello, quede patrimonio remanente suficiente para atender el nominal representado por participaciones preferentes. Requisitos cuya producción es realmente muy improbable, sino imposible.

Por tanto, la supuesta «preferencia» de la participación *preferente* es inexistente. El término *preferente* se revela engañoso, especialmente ante el *cliente minorista*, pues sugiere un contenido jurídico contrario a su semántica. La pretendida «preferencia» del pseudo crédito incorporado a la participación preferente, en el improbable caso de que llegare a nacer, solo tiene lugar ante los accionistas o asimilados (cuota-partícipes de cajas de ahorros, aportaciones de socios cooperativos) de la entidad de crédito emisora y tras la liquidación de ésta.

La correcta aplicación por las entidades querelladas del principio de protección del inversor como informador del régimen de la inversión en valores negociables exigiría no difundir información veraz, especialmente en los documentos de publicidad y comercialización de dicho producto. Por otra parte, la aplicación del principio de transparencia informativa que ha de regir las relaciones entre emisores de valores e inversores en los mismos habría exigido designar a la «participación preferente» como lo que realmente es: acción especial desprovista de derechos políticos, con derecho de dividendo máximo y mínimo condicionado a la existencia de beneficios o reservas repartibles en el emisor o en su grupo de empresas o, en su caso, a la decisión del órgano de administración de aquél y con derecho preferente a cuota de liquidación. Al omitirse esto último y falsearse la información existente en los documentos publicitarios, se incurrió en el hecho típico previsto en el artículo 282.bis del Código Penal.

-IV-

DILIGENCIAS A PRACTICAR

Para la comprobación de los hechos, y, con independencia de las que estime pertinentes el instructor, y las que se deriven de la resultancia sumarial, esta parte considera necesarias y solicita expresamente la práctica de las siguientes:

1. - Notifíquese la presente querella a todos los querellados y se acuerde citarles a declarar en calidad de imputados.
- 2.- Se sirva admitir e incorporar a las actuaciones la documentación que se adjunta a la presente querella.
- 3.- Así como todas aquellas otras que se consideren necesarias durante el desarrollo de la instrucción de este procedimiento y las que se desprendan de las anteriores.

Por lo expuesto

SUPlico AL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 4 DE LA AUDIENCIA NACIONAL Que teniendo por presentado este escrito, con las copias y documentos que lo acompañan, admita la presente **QUERELLA CRIMINAL** por los hechos punibles relatados y delitos expuestos, contra:

1º.- BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, Sociedad Anónima Unipersonal.

2º.- BANKIA Sociedad Anónima.

3º.- D. Rodrigo de Rato Figaredo,

4º.- D. Francisco Pons Alcoy

- 5º.- D. Ángel Acebes Paniagua**
- 6º.- D. Francisco Baquero Noriega**
- 7º.- D. Pedro Bedia Pérez Vocal**
- 8º.- D. Luis Blasco Bosqued**
- 9º.- D. José M. Fernández Norniella**
- 10º.- D. Rafael Ferrando Giner**
- 11º.- D. José Rafael García-Fuster**
- 12º.- D. Jorge Gómez Moreno**
- 13º.- D. Agustín González González**
- 14º.- D. Jesús Pedroche Nieto**
- 15º.- D. Remigio Pellicer Segarra**
- 16º.- D. José María de la Riva Ámez**
- 17º.- D. Estanislao Rodríguez-Ponga**
- 18º.- Da. Mercedes Rojo-Izquierdo**
- 19º.- D. Ricardo Romero de Tejada y Picatoste**
- 20º.- D. Juan Manuel Suárez del Toro**
- 21º.- D. Antonio Tirado Jiménez**
- 22º.- D. Ángel Villanueva Pareja**
- 23º.- D. José Luis Olivas Martínez**
- 24º.- D. Francisco Verdú Pons**
- 25º.- D^a. Carmen Cavero Mestre.**
- 26º.- D. Arturo Fernández Álvarez.**
- 27º.- D. Alberto Ibáñez González.**
- 28º.- D. Javier López Madrid.**
- 29º.- D. Juan Llopart Pérez.**
- 30º.- D^a. Araceli Mora Enguídanos.**

31º.- D. Jose Antonio Moral Santín.

32º.- D. Francisco Juan Ros García.

33º.- D. José Manuel Serra Peris.

34º.- D. Atilano Soto Rábanos.

y sin perjuicio de ampliar la querella posteriormente contra las personas que a lo largo de la instrucción se acredite que han participado en calidad de autores, encubridores o cooperadores en la ejecución de los hechos criminales denunciados, tenga a esta representación como parte acusadora a lo largo del procedimiento penal; disponga la apertura de la fase instructora conforme a las normas del procedimiento abreviado (art. 757 y siguientes de la LECrim); practicadas las diligencias de investigación solicitadas por esta parte, y adoptadas las medidas cautelares solicitadas en su caso, dicte el instructor la resolución que proceda conforme al artículo 779 LECrim; debiendo ser citados los querellados para ser oídos (art. 486 LECrim), y practicar demás diligencias de averiguación propuestas, con advertencia de que si no comparecieren sin causa legítima, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención (art. 487 LECrim).

Por ser de Justicia que se pide en Madrid, a 14 de abril de 2014

PRIMER OTROSI DIGO, que a fin de asegurar las eventuales responsabilidades civiles de los querellados, se solicita la adopción de las siguientes medidas cautelares:

Primera.- Embargo de bienes suficientes de todos los querellados personas físicas para asegurar la eventual responsabilidad civil derivada de los actos criminales expuestos en la querella, que se cifra, **al menos, en 24.945 millones de euros**, por el quebranto producido al erario público a consecuencia del desembolso de la anterior cantidad efectuado por el Estado en la denominada operación de rescate de Bankia

Segunda.- Embargo de bienes suficientes de todos los querellados que se hayan desempeñado como miembros del Consejo de Administración de Caja Madrid en 2009, para asegurar la eventual responsabilidad civil por el quebranto que se haya producido a

los adquirentes de instrumentos financieros emitidos por Caja Madrid (acciones y participaciones preferentes), cuya cuantía habrá de determinarse en el curso del procedimiento. La cuantía de la emisión realizada por Caja Madrid en 2009 fue de **3.000 millones de euros**.

SEGUNDO OTROSI DIGO, que siendo previsible que el patrimonio de los querellados personas físicas sea insuficiente para hacer frente a la responsabilidad civil de los delitos presuntamente cometidos por ellos, se solicita se adopte la siguiente medida cautelar Segunda solicitada en el Primer Otrosí Digo

*“Segunda.- Embargo de bienes suficientes de todos los querellados que se hayan desempeñado como miembros del Consejo de Administración de Caja Madrid en 2009, para asegurar la eventual responsabilidad civil por el quebranto que se haya producido a los adquirentes de instrumentos financieros emitidos por Caja Madrid (acciones y participaciones preferentes), cuya cuantía habrá de determinarse en el curso del procedimiento. La cuantía de la emisión realizada por Caja Madrid en 2009 fue de **3.000 millones de euros**.”*

respecto a las personas jurídicas querelladas ex art. 31.bis del C. Penal, concretamente respecto al BFA, entidad sucesora legal de Caja Madrid, y en su caso respecto a BANKIA, en calidad de responsables civiles.

Que respecto a la extensión de la medida cautelar Primera solicitada en el Primer Otrosí Digo:

*“Primera.- Embargo de bienes suficientes de todos los querellados personas físicas para asegurar la eventual responsabilidad civil derivada de los actos criminales expuestos en la querella, que se cifra, **al menos, en 24.945 millones de euros**, por el quebranto producido al erario público a consecuencia del desembolso de la anterior cantidad efectuado por el Estado en la denominada operación de rescate de Bankia”*

respecto a las personas jurídicas querelladas ex art. 31.bis del C. Penal, concretamente respecto al BFA, entidad sucesora legal de Caja Madrid, y en su caso respecto a BANKIA, solicita esta parte que previamente a acordar extender dicha medida cautelar, se proceda

a dar por este Juzgado traslado al Abogado del Estado para que informe de las consecuencias que en su caso tendría la extensión de dicha medida respecto a la viabilidad del BFA y Bankia.

TERCER OTROSI DIGO que habiéndose producido un quebranto para el patrimonio del Estado, se solicita se ofrezcan acciones al Ministerio de Hacienda para que se persone ejerciendo la acción que corresponda, por medio del Abogado del Estado, en defensa del interés público.

CUARTO OTROSI DIGO que se solicita se requiera a los denunciados para que devuelvan las cantidades que hayan podido cobrar en concepto de blindaje o indemnización por cese, como consecuencia de su cese como consejeros de BFA o de BANKIA o las cajas de ahorros que constituyeron BFA.

QUINTO OTROSI DIGO que se requiera a los denunciados para que declaren las pólizas de responsabilidad civil profesional que hayan podido conectarse a su favor, cuya contratación o prima haya podido pagar BFA o BANKIA o alguna de las cajas de ahorros que constituyeron BFA, para proceder, en su momento, a la resolución de dichos contratos de seguro, por tener causa ilícita.

NUEVAMENTE SUPlico que acuerde según se interesa en los OTROSI DIGO formulados.

Es Justicia que reitero en Madrid en fecha y lugar ut supra

Proc. José M. Martínez- Fresneda Gamba. Col 1.081

Letrados:

Enrique Santiago Romero,
Colg. ICAM 53.882

Juan Moreno Redondo,
Colg. ICAM 71.539

Antonio Segura Hernández,
Colg. ICAM 63.488