



AUDIENCIA NACIONAL - Sala de lo Penal - Sección 3ª

ROLLO DE SALA 306/17

APELACION CONTRA AUTO

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS de PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUM. 59/12

Organo de origen: Juzgado Central de Instrucción núm. 4

A U T O Núm. 351/17

Sección 3ª

Ilmos. Sres:

Doña M. Angeles Barreiro Avellaneda

Don Antonio Díaz Delgado

Doña Clara E. Bayarri García

En Madrid, a 15 de septiembre de 2017.

HECHOS

Primero.- Mediante auto dictado en 11 de mayo de 2017 por el JCI núm. 4 se acordó continuar la tramitación de las diligencias previas "supra" en relación a varios de los investigados.

En sentido opuesto se acordó el sobreseimiento definitivo y archivo de las actuaciones respecto de ATILANO SOTO RÁBANOS, LUIS BLASCO BOSQUED, FERNADO RESTOY LOZANO, JULIO SEGURA SÁNCHEZ, PEDRO COMÍN RODRÍGUEZ, PEDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARIANO HERRERA GARCIA-CANTURRI, JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO, JAVIER ARÍZTEGUI YÁÑEZ, MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ y DELOITTE, SL, quien deberá permanecer personada en la causa como posible responsable civil de los hechos enjuiciados.

Segundo.- Mediante escrito de 11 de mayo de 2017, encabezado por la Procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez asistida del Letrado don Andrés Herzog Sánchez en defensa de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO (CIC) que ejerce la acción penal interpuso recurso de apelación postulando su revocación y que se acordara continuar la tramitación de la causa también frente a los mismos por los trámites del procedimiento abreviado.

Aparecen como adheridos al recurso de apelación las Defensas de los imputados JESUS PEDROCHE NIETO, ESTANISLAO RODRÍGUEZ-PONGA, MERCEDES ROJO IZQUIERDO y JOSE RAFAEL GARCIA - FUSTER GONZÁLEZ-ALEGRE.

Tercero.- Obran adhesiones al recurso de la también personada CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT) en el escrito instado por la Procuradora doña Valentina López Valero con firma del Letrado don Raúl Maíllo García y de la Procuradora doña Mª del Mar Villa Molina asistida del Letrado don Adrián Rebollo Redondo por doña Juana Martínez Magaña y otros.

Parcialmente y en defensa de JOSE ANTONIO MORAL SANTIN, PEDRO BEDIA PÉREZ y FRANCISCO BAQUERO NORIEGA, conforme a escrito de la Procuradora Sra. Armesto Tinoco y la Defensa encarnada por el Letrado don José A. Jiménez Gutiérrez.

Cuarto.- Impugnan el recurso de apelación las defensas de LUIS BLASCO BOSQUED que aparece representado por la Procuradora doña María Teresa Uceda Blasco y defendido por la Letrada doña Laura Martínez-Sanz Collados.



En defensa de ATILANO SOTO RABANOS en escrito presentado por su representación y defensa que encarnan la Procuradora de los Tribunales doña Sofía Pereda Gil y el Letrado don Joaquín Rodríguez-Miguel Ramos.

En defensa de PEDRO COMÍN RODRÍGUEZ, PEDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARIANO JOSÉ HERRERA GARCIA-CANTURRI, JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO, FRANCISCO JAVIER ARÍZTEGUI YÁÑEZ y MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ.

El Procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre de DELOITTE, SL, a la que defiende el Letrado don Jesús Santos Alonso.

Quinto.- Recibidas las actuaciones en esta Sección 3ª de la Audiencia Nacional, se registraron, formando el correspondiente rollo y designando ponente, en diligencia extendida el día 10 de julio de 2017, fijando la audiencia del día 21 de julio para deliberación y votación, si bien recayó ulterior providencia posponiendo la deliberación para el día 15 de septiembre habida cuenta que había conexidad material con otros recursos contra el mismo auto de 11 de mayo de 2017, señalados posteriormente para ser sustanciados.

Es ponente la Sra. Barreiro Avellaneda expresando el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- Fundamentos para el sobreseimiento libre en los que se basa la resolución de 11 de mayo de 2017.

Hemos de precisar que el órgano ha acordado la continuación de las diligencias previas con arreglo al procedimiento abreviado por un delito de falsedad contable del artículo 290 del CP, que castiga a los administradores de hecho o 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 sociedad, en cuanto a los estados financieros, individuales y consolidados del Banco Financiero y de Ahorros, SA, (en adelante BFA) a 31 de diciembre de 2010, aprobados en la reunión del Consejo de 24 de marzo de 2011, en la que habrían participado entre otros José Antonio Moral Santín, Pedro Bedia Pérez.

Igualmente porque las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011 de BFA, individuales y consolidadas no reflejaban la imagen fiel de la entidad BFA, aprobadas en la reunión de su Consejo de Administración de fecha 29 de marzo de 2012, siendo los Consejeros, entre los Sres. Moral Santín, Pedro Bedia Pérez y Francisco Baquero Noriega, quienes se han adherido parcialmente al recurso de apelación como luego se explicará.

Así mismo, por no reflejar la imagen fiel de BANKIA, SA, las cuentas anuales de 2011, individuales y consolidadas, aprobadas en el Consejo de Administración, celebrado el 28 de marzo de 2012, dirigiéndose el procedimiento contra sus Consejeros, apareciendo entre ellos, José Antonio Moral Santín.

Atribuye la instancia su implicación en el delito del artículo 290 del CP que tipifica la conducta de los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deben 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; pudiendo resumir la conducta en que como miembros de los Consejos de Administración de entidades del Grupo Bankia - Banco Financiero y de Ahorros (BFA), habían aprobado las Cuentas Anuales individuales y consolidadas de los años 2010 y 2011.

Primeramente, en la reunión del Consejo de Administración de BFA del día 24 de marzo de 2011 en la que estuvo presente el Sr. Serra Peris, aprobando los estados financieros individuales y consolidados a 31 de diciembre de 2010; también como asistentes ambos recurrentes a la reunión del Consejo de Administración de Bankia de 28 de marzo de 2012 que aprobó las cuentas individuales y consolidadas de 2011.

Sostiene el instructor que los estados y cuentas fueron mendaces en atención a los informes de los peritos judiciales obrantes en la causa expresivos de los errores contables infringiendo la normativa del Banco de España que no reflejaban la imagen económica de la sociedad, siendo personas que en tanto Consejeros estaban obligados por unos especiales deberes de actuación derivados del artículo 237 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, coincidente con el artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración por lo acuerdos adoptados, en el caso, los de aprobación de cuentas anuales, desgranando en el relato fáctico los numerosos errores revelados.

In fine, el Instructor ordena la continuación de la causa por delito del artículo 282 bis del CP que prevé serán castigados: "Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearen 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. Completado por el artículo 288 del CP que establece la previsión de penas si fuera reconocida responsabilidad criminal a una persona jurídica por un delito del capítulo XI, intitulado de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, entre ellos el denominado "estafa de inversores" del citado 282 bis.

Determinado el contenido de la imputación, el FJ. 4º resalta que <<<la fase final de la presente instrucción ha estado protagonizada por la investigación llevada a cabo a instancia de la acusación popular representada por la Comisión Intersindical de Crédito, quien vino a atribuir a determinadas personas que ostentaban cargos en la Comisión Nacional del Mercado y en el Banco de España su participación en la comisión de los hechos, concretamente a los Inspectores del Banco de España D. Pedro Comín y D. Pedro González, al Director General de Supervisión del Banco de España, D. Mariano Herrera García-Canturri, al Director General de Regulación de dicho organismo, D. Jerónimo Martínez Tello, al Subgobernador del Banco de España D. Javier Aríztegui Yáñez y al Gobernador, D. Miguel Ángel Fernández Ordóñez, así como al Presidente de la C.N.M.V, D. Julio Segura Sánchez y a su Vicepresidente, D. Fernando Restoy Lozano<<<.

Comienza explicando que ya ponderó como <<<no podía tener relevancia penal alguna que la decisión adoptada por las entidades BFA, SA y Bankia, SA fuera autorizada por el BdE y la C.N.M.V de que Bankia saliese a Bolsa<<.

Reiteraba el contenido de su resolución de 28 de noviembre de 2016 en cuanto que la actuación del Banco de España como supervisor se ciñe al control de la actividad de las entidades de crédito a partir de la información elaborada por estas y teniendo en cuenta los datos económicos disponibles, de forma que las decisiones de gestión son exclusiva responsabilidad de los Órganos de Administración y Dirección de las entidades<<< detallando el contenido del Acuerdo respectivo del Consejo de Administración de Bankia y BFA, en las reuniones de 28 de junio de 2011.

Para mejor comprensión alude a la información obrante en autos:

1. así respecto de la CNMV, <<<<realiza una supervisión financiera desde una perspectiva de transparencia, por lo que todos aquellos aspectos relacionados con la solvencia de la entidad, y en concreto con el adecuados nivel de provisiones, corresponde al Banco de España. La CNMV no realiza inspección in situ <<< corresponde al auditor verificar los criterios y políticas contables.<<<.

En relación al Folleto de la Oferta Pública de Suscripción, recoge que <<<el DIFC (DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS. DIRECCIÓN DE INFORMES FINANCIEROS Y CORPORATIVOS) analizó la siguiente información financiera:

- Proforma de Bankia a 31 de diciembre de 2010. Incorpora informe del auditor de los estados financieros.
- Estados financieros intermedios consolidados de Bankia a 31 de marzo de 2011. Incorpora el informe del auditor de los estados financieros intermedios sin salvedades.
- Proforma de Bankia a 31 de marzo de 2011 incorporando acuerdos adoptados en el marco de la salida a Bolsa. Incorpora informe del auditor de los estados-financieros.
- Cuenta de pérdidas y ganancias consolidada de BFA a 31 de marzo de 2011<<<.

<<<Habiendo quedado acreditado que los informes de auditoría sobre las cuentas anuales de BFA y Bankia se emitieron con opinión favorable<< también que >>>la constitución del SIP "BFA " se produjo a partir de información contable auditada con opinión favorable de cada una de las Cajas y con informe de experto independiente emitido por AFI. Las cuentas anuales de BFA del ejercicio 2010 tenían opinión favorable de la auditora. En el proceso posterior intervino BDO como experto.>>>

Concluye que <<< se adoptaron, por tanto, y dentro de sus responsabilidades y competencia por la Comisión Nacional del Mercado de Valores las medidas necesarias y legalmente establecidas para la protección de los inversores, y no parece razonable exigir a la CNMV que constatará por sus propios medios que los estados financieros que se presentaban junto al folleto representasen la imagen fiel de la Entidad, toda vez que los mismos venían avalados por el informe favorable del Auditor externo, D. Francisco CELMA SANCHEZ.>>>

2. En lo que se refiere a los responsables del Banco de España valora:

<<<El Banco de España aprobó, el 14 de abril de 2011, el plan estratégico presentado el 28 de marzo anterior por BANKIA, en

el que se dispuso la salida a Bolsa, plan al que obligaba el Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, que incrementó el porcentaje mínimo de capital principal<< y que <<< el plan contemplaba varias opciones, pero con un orden determinado, pues, la prioritaria era la de captar nuevos fondos recurriendo a los mercados de capital mediante una oferta pública de suscripción de acciones - de 3.000 millones de euros- de modo que si esta opción resultara fallida se ofrecerían otras, consistentes en recurrir a inversores privados o a una ayuda pública del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria<<< y como >> la puesta en práctica de la primera opción resultó, en principio, adecuada al propósito perseguido, puesto que se captaron recursos por un total de 3.092 millones de euros, superándose la ratio exigida>> .

Finalmente venía a concluir que <<< el reproche penal que pudiera hacerse en el presente caso deviene de la creación de una apariencia de solvencia que, indirectamente, hubiera contribuido a que los interesados acudieran a la oferta pública de acciones, ficción en la que no interviene el Banco de España ni los responsables del Organismo a los que ha traído a la presente causa la acusación popular, que como ha quedado expuesto, no fueron quienes decidieron la salida a Bolsa de BANKIA SA, aunque no se opusieran a ella<<< .

3. En relación a la compañía DELOITTE, en aplicación del artículo 11.2 de la Ley de Sociedades Profesionales y 109 del Código Penal es mantenida en el proceso sólo como responsable civil por los hechos del auditor, al no considerar aplicable el artículo 31 bis del Código Penal.

Segundo.- Motivos del recurso en relación al pronunciamiento sobre personas físicas.

A modo preliminar se critica la resolución porque no se había hecho mención a las consideraciones del auto 85/17 del este tribunal que había acordado la declaración en calidad de investigados de los responsables de la CNMV, JULIO SEGURA SANCHEZ y FERNANDO RESTOY LOZANO, así como del BdE, PEDRO COMÍN RODRIGUEZ, PEDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, MARIANO HERRERA GARCÍA-CANTURRI, JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO, JAVIER ARÍZTEGUI YÁÑEZ y MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ en cuanto que había acordado llamarlos a declarar como investigados y en ya en el primer motivo del recurso se amplía, teniendo en cuenta lo valorado en la resolución al comentar el primer correo del Sr. Casaus de 8 de abril de 2017: <<<<el contenido de dicho informe es demoledor. Subrayado en rojo en grafía reforzada la opinión técnica absolutamente contraria a la salida a bolsa en estructura de doble banco. No va esta alzada a copiar el informe, que no tiene ni una línea de literatura, y que es contundente especialmente en cuanto a que "los acreedores de BFA tienen sus expectativas de cobro en las acciones de Bankia" "y que" no es viable a medio plazo una estructura como la de BFA con un pasivo de 21.000 millones de euros... al que hacer frente básicamente con unas acciones valoradas en el mercado en 9.000 millones de euros..." con 9.000 Mil€ de activo al 3% no compensamos(y menos pagamos) el coste de 21.000 Mil€ de pasivo al 6%..."los ingresos serán menores que los costes por mucha cuenta de resultados que pinten con beneficios"... (esto es los informes si cuestionan las cuentas presentadas) "Pero además de no ser viable económicamente tampoco lo es

financieramente... al final el FROP tendría que convertir su deuda en acciones de BFA y responder frente a los tenedores de subordinadas y de preferentes para evitar que digan un banco público deja tirados a unos inversores privados minoristas. Con lo que habremos socializado las pérdidas y habremos perdido unos meses/años". Reitera en varias ocasiones, en mayúscula, en rojo y grafía reforzada que "el grupo no es viable".

También la omisión de toda valoración sobre el expediente aportado por el BdE, el 2 de diciembre de 2016, por el que dicha institución autorizó que todas las Cajas de Ahorro fundadoras del SIP de Bankia cargaran todos sus deterioros en reservas, permitiendo que arrojaran beneficios en su último ejercicio correspondiente a 2010 en vez significativas pérdidas como reconoce el propio auto de transformación en página 50. También las declaraciones del Inspector Sr. Casaus sobre los correos remitidos y los últimos informes periciales aportados a la causa el día 8 de mayo de 2017.

La implícita falta de motivación no puede tener acogida habida cuenta que conforme nos recuerda la STS núm.495/15, la instancia ha resuelto desestimar la pretensión acusatoria apoyada en los correos y en nuestra anterior resolución así como en los últimos informes periciales acudiendo a la propia información remitida por el BdE que se recoge en la página 51 del auto de transformación que <<<El Banco de España, el día 29 de diciembre de 2010 contesta al Sr. Presidente de Caja Madrid: "en atención a la conveniencia de que los estados individuales de las entidades integrantes del SIP y los estados consolidados del Grupo Financiero y de Ahorros se entiendan por los usuarios de la información financiera como realidades económicas estrechamente relacionadas entre sí, le comunico que el tratamiento contable propuesto podría ser utilizado por esa entidad en la medida que su Consejo de Administración asuma dicho tratamiento así como las razones que lo justifican".<<< y esta posibilidad estaba de acuerdo al artículo 34 apartado 4 del Código de Comercio. Leemos que cada uno de los siete Consejos justificó el tratamiento contable, en similares términos que Caja Madrid, transcribiendo la resolución dicho acuerdo del Consejo de Caja Madrid en tanto que no existía tratamiento contable específicamente definido en la Circular 4/2004; ponderando la instancia que fue considerado por los peritos algo anómalo y además que no se justificaba como cargando las pérdidas de activos en reservas se describía más fielmente la imagen patrimonial y financiera de la entidad, lo que recoge la instancia y sirve de punto de partida para imputar a los miembros de los Consejos de Administración que asumieron esa justificación en las cuentas de BFA y Bankia, cuando según los peritos sólo podría darse por el descubrimiento de errores contables de ejercicios anteriores, y no como era el caso" cuando se trata de pérdidas identificadas por la Inspección, que incluso venían de ejercicios anteriores. Esta ponderación de la instancia no distinguiendo entre los distintos informes es incuestionable abarca el contenido de los últimos informes periciales de 8 de mayo, que en absoluto contradicen los anteriores, por lo que se refiere en bloque a todos.

En consecuencia, igualmente esta segunda instancia acoge la ausencia de implicación de BdE, en tanto que la institución no dio una carta blanca para cargar las pérdidas contra reservas, en términos de colaboración o acto de

auxilio, la autorizaba en la medida que fuera justificada en buena forma, por ende, resulta que podemos establecer que la elaboración de las cuentas es una obligación de los Administradores exclusiva y excluyente. El acto de supervisión, incluso el desviado aunque se niega para el supuesto, nunca podría caracterizarse en términos de cooperación o complicidad, pues la naturaleza de las competencias que asume el BdE sólo podrían encajar en una infracción penal de otra naturaleza que no es la dolosa por acción, como exige el tipo del artículo 290 del CP, imprescindible para sostener el concierto delictivo, sino en la dolosa de comisión por omisión, pero también con gran dificultad pues el tipo del artículo 290 CP se explica caracterizando la mendacidad contable por el daño final a la economía que propició ayudas millonarias, no se halla tipificada en armonía con el artículo 11 como una infracción del deber legal de vigilancia, y lo mismo se traslada a la descripción del artículo 282 bis del CP. El artículo 11 prevé <<< los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.>>> Y todo ello porque la cooperación exige un acto simultáneo y la complicidad un acto simultáneo o anterior de iguales características, y la directriz del BdE no lo es.

Entrando en el núcleo del recurso, insiste la acusación popular en su apartado 1.A en cuanto que el propio auto vendría a establecer en su página 326 (en sentido contradictorio) que <<<En consonancia con esta previsión legal expresa, no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. O dicho con otras palabras elige permanecer pasivo sin requerir más información y sin ejercer sus facultades superiores>>>.

Efectivamente la resolución así lo recoge en su página 226 para los administradores sobre la labor del inferior en el marco de las tareas de contabilidad y consiguiente responsabilidad por los acuerdos adoptados si conoce la existencia de un acto lesivo, como sería la confección de cuentas mendaces si son aprobadas por quien tiene obligación legal. Pero esta valoración es compatible con lo observado supra en cuanto a la autorización limitada del BdE y se compadece pues con lo expresado por el instructor al concluir que <<< el reproche penal que pudiera hacerse en el presente caso deviene de la creación de una apariencia de solvencia que, indirectamente, hubiera contribuido a que los interesados acudieran a la oferta pública de acciones, ficción en la que no interviene el Banco de España ni los responsables del Organismo a los que ha traído a la presente causa la acusación popular, que como ha quedado expuesto, no fueron quienes decidieron la salida a Bolsa de BANKIA SA, aunque no se opusieran a ella>>>.



Pareciendo que el recurrente establece un acto de auxilio previo a la decisión de operar en Bolsa, configurado en la autorización, avocamos la misma respuesta ofrecida supra en cuanto a la atipicidad de la autorización del BdE para la salida a Bolsa, reconocida por el auto en su página 249 en cuanto se habían presentado los informes pro-forma del Banco de Bankia y las cuentas anuales de BFA y de Bankia con opinión favorable del auditor.

De modo que aun considerando que las cuentas eran mendaces según los informes periciales, si hemos valorado la atipicidad de la autorización del BdE, mutatis mutandi se exporta a la actividad de la CNMV en armonía con que la instancia recoge <<< no parece razonable exigir a la CNMV que constatará por sus propios medios que los estados financieros que se presentaban junto al folleto representasen la imagen fiel de la entidad, toda vez que los mismos venían avalados por la opinión favorable del auditor externo D. Francisco CELMA SANCHEZ.>>>. En suma de la pretendida ausencia de diligencia por los máximos responsables de la entidad también se predica su atipicidad pues la Ley penal no castiga la ausencia de actividad de la autoridad económica, que hubiera integrado la omisión de decisiones dando lugar a impedir la salida a Bolsa.

El recurrente nos recuerda nuestro auto de 13 de febrero de 2017 que acordó la declaración de los responsables del BdE y los de la CNMV, antes identificados sobre el conocimiento de la inviabilidad del grupo y de la inidoneidad de la salida a Bolsa como doble banco, en razón de la declaración testifical del Sr. Casaus de 6 de septiembre, en la que se informaba de que la inviabilidad del grupo habida cuenta de que >>> tal conclusión había sido reiterada y puntualmente transmitida a la dirección del Banco de España en cuatro correos electrónicos.>>>>, poniendo el acento en el contenido de los informes de seguimiento, el contenido de los informes periciales, señalando las cuentas de las Cajas de 2010, la creación del SIP (Sistema Institucional de Protección) que supuso el contrato de integración de siete Cajas y las cuentas posteriores publicadas por BFA y por BANKIA, más el papel activo del Banco de España en la constitución del SIP según la declaración del testigo Sr. Olivas, que fuera Presidente de Bancaja (una de las integrantes del SIP).

La parte recurrente cuestiona el auto que se examina por desatención sobre: A) Anomalía en la combinación de negocios vulnerando la normativa contable al impedir que Caja Madrid fuera declarada entidad dominante y que estaría refrendado por la pericial del Sr. Busquets de 8 de mayo. De la reunión de Caja Madrid no hay suficiente constancia, ni si quiera de una autorización al respecto. Siendo que el informe de 8 de mayo del Sr. Busquets, no arroja luz sobre la adopción de iniciativas por las autoridades económicas en ese punto y por ende el JCI considera innecesaria la motivación al no vislumbrar el antecedente fáctico novedoso al respecto, así lo entiende este tribunal.

En relación al resto de las alegaciones sólo añadiremos que nuestras consideraciones se enmarcan en el plano de la petición acusadora de ampliar la acción penal a determinadas autoridades del BdE y CNMV sobre determinados indicios obrantes, destacando la fuente de los correos, realmente la única novedad antes del escrito de octubre de 2016 de la acusación interesando las diligencias ampliatorias. B) La

cuestión del irregular cargo contra reservas ya fue objeto de nuestras consideraciones liminares, superando las observaciones de anterior resolución de este tribunal, reiterando que el BdE no concedió una autorización ilimitada para esa práctica contable, pese a la reproducción por el mismo perito e informe de un párrafo emanado de una comunicación de la Dirección de Normativa Contable que se opuso a dicha actuación contable en 29.12.10, porque supondría disminuir el patrimonio de las Cajas cargando a reservas los deterioros, reduciendo el patrimonio neto negativo, inferior al que se hubiere producido de haberse cargado a resultados por los pagos vinculados con la cifra de resultados. La diferencia sería los pagos vinculados a la cifra de resultados, tales como participaciones preferentes, remuneraciones a administradores y empleados, dotación a la OBS (Obra social), más el pago de impuestos, pudiendo verse inmersos los administradores en acciones sociales o de otro signo por los depositantes y acreedores y el Banco de España a un riesgo reputacional por haberlo consentido.

El órgano de instancia ya efectuó una valoración de la autorización concedida, considerando implícitamente que la última pericial no se apartaba de las anteriores, pues se hace eco de todos los informes de seguimiento de BdE de los que se tenía constancia en informe pericial anterior, pues del BdE solo se analiza la información sobre las reuniones habidas entre inspectores y directivos de BFA y Bankia (página 8 del mismo informe de 8 de mayo de 2017).

En apartados C y E se cuestiona el irregular cómputo como recursos propios de intereses minoritarios de Bancaja Inversiones SA, lo que vendría a ser reconocido en el apartado 4º de los hechos punibles. Apoya su tesis de que los hechos eran conocidos por las autoridades del BdN, por comunicación del Sr. Casaus a la alta supervisión según página 62 del informe de 8 de mayo del perito Sr. Sánchez.

Apreciamos que la irregularidad contable había sido detectada en sus informes periciales anteriores, en el de marzo de 2016 a páginas 139 y siguientes, observa el encabezamiento de la página 60 del informe que nos ocupa. La prueba de conocimiento de BdE se extraería de una reunión entre el equipo de seguimiento de BdE, que tuvo por objeto analizar que los recursos propios no era tales sino fondos propios de las compañías Picton y Deutsche Bank, siendo que estos deterioros no figurarían en los estados contables utilizados para la salida a Bolsa (página 12 del último informe).

Consideramos que la reunión habida el 3.2.2011, está exenta de tipicidad penal en los términos del artículo 11 del CP en lo que concierne a los directivos de BdE porque la omisión de una obligación que pudiera haber consistido en no haber dado lugar a la salida a Bolsa no cuenta con trasposición penal y por ello, en atención a que la complicidad/cooperación requieren actos dolosos per se, no a las deficiencias de supervisión de la Autoridad, pues la comisión por omisión se plantearía para las autoridades supervisoras en términos de infracción especial, véase ad exemplum, el delito de prevaricación para la autoridad judicial o administrativa.

El recurso sostiene que el BdE tenía conocimiento de la inexactitud contable que supuso no registrar el coste de las prejubilaciones del personal de las Cajas para que no diera pérdidas en la cuenta de resultados. Se viene a decir que en el auto se reconoce en su página 72 que fue <<<puesta de

manifiesto en el Informe de Seguimiento de la Inspección del Banco de España de los estados a 31 de diciembre de 2010<<<<. In fine lo mismo argumentamos respecto al apartado D que se relaciona en el apartado 8º de los hechos punibles atribuidos a los administradores.

En el último apartado trata de la actuación de la CNMV: se recoge tres omisiones en el informe de marzo de 2016 suscrito por el Sr. Sánchez Noguera. A saber, que la CNMV no exigiera la aportación de estados financieros del artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores, que la recibida ceñida a las cuentas trimestrales cerrada a fines de marzo de 2011 contuviera graves inexactitudes, sin que se pidiera información sobre la salvedad de auditoría por limitación al alcance de las participadas Bancaja Habitat y CISA.

La omisión de aclaraciones sobre la información aneja al folleto discurre por la vía descrita en cuanto que resulta impropio construir el concierto entre una actuación a título de dolo y una omisión que está amparada por las facultades reconocidas a la Comisión, sin tipificación de la omisión como deber legal de impedir determinados delitos.

En consecuencia se mantiene de aplicación el artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación a las autoridades del BdE y CNMV.

Tercero.-Motivos del recurso frente a la decisión de sobreseimiento a Deloitte, SL.

En contra del criterio de la instancia basado en la naturaleza particular de las sociedades profesionales, habiendo establecido que la actuación profesional del socio auditor Francisco Celma se rige por los más absolutos principios de autonomía e independencia de criterio en el trabajo de auditoría, siendo exigible, en su caso, responsabilidad civil conforme al artículo 11.2 de la Ley de Sociedades Profesionales y artículo 109 y siguientes del Código Penal y en la existencia de un manual de compliance (cumplimiento), el recurrente centra su persecución penal en lo siguiente, solicitando la revocación del pronunciamiento:

i) Deloitte no solo fue la auditora responsable de los informes del Sr. Celma, sino que el mismo auto cita a otros auditores de la firma, que habrían avalado igualmente irregularidades contables, así el M.M auditor responsable de CISA, Cartera de Inmuebles S.L.U, MAB responsable del informe especial sobre información proforma al 31 de diciembre de 2010 y RMA auditora de Deloitte que firma el informe de CISA 2011, S.L.U. También se recoge abrumadoramente la presencia de Deloitte en la evolución contable del Grupo-BFA Bankia y las Caja que lo constituyeron, y así lo narra el apartado 39 de los hechos punibles.

ii) La resolución del ICAC (Instituto supervisor de los Auditores de Cuentas) ha sancionado no sólo al Sr.Celma sino también a Deloitte, como responsable de haber comprometido su independencia mediante la realización de diversos trabajos de auditoría.

La instancia ha recogido como hechos punibles en relación al auditor externo: Proforma de Bankia a 31 de diciembre de 2010 que incorpora informe del auditor, estados financieros intermedios resumidos de Bankia a 31 de marzo de 2011 con informe del auditor sobre estadios financieros intermedios y proforma de Bankia a 31 de marzo de 2011, incorporando informe del auditor sobre estados financieros pro forma.

En todos los supuestos el firmante fue Francisco Celma, así obra en la página 242 del auto.

Sólo el primero de los motivos que Deloitte es la auditoria responsable de los informes del Sr. Celma puede tener acogida.

Así, excluir la responsabilidad penal porque el vínculo entre el Sr. Celma y Deloitte es de autonomía profesional, no puede tener acogida. Nos señala el artículo 10 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoria de Cuentas, vigente hasta 1 de julio de 2011 que versa sobre las sociedades de auditoria tenía la siguiente previsión en su apartado 3: <<< la dirección y firme de los trabajos de auditoria realizados por una sociedad de auditoria de cuentas corresponderá, en todo caso, a uno o varios de los socios auditores de cuentas o a auditores de cuentas que pueden ejercer la actividad de auditoria en España y que estén designados por la sociedad de auditoria para realizar la auditoria en nombre de la sociedad>>>. Es decir, socio y sociedad constituyen la misma unidad jurídica, de modo que la firma cuenta con un Control de Calidad Interno, y un Manual de Cumplimiento Normativo que comprende Políticas generales para todas las líneas de servicio, y se alega que existen Políticas de nivel 2 para la línea de auditoria. Planteamiento teórico que por el momento no puede dar lugar a aplicar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 31 bis 2 del Código Penal, al desconocerse el grado de cumplimiento de esas políticas en el supuesto, pese a la incuestionable colaboración de la firma Deloitte explicando el tratamiento para detectar ilícitos penales, como se articula en el escrito de impugnación del recurso de apelación y en dos anteriores.

Resulta difícil afirmar sin cuestionamiento que la sociedad fiscalizó adecuadamente las sucesivas auditorias siendo que al tiempo se producía un beneficio para la entidad; es por ello que debe continuar vigente la acción penal y deslindar en otro momento procesal, si se han adoptado todas las políticas de prevención de riesgos penales, para la exención de responsabilidad criminal en términos de la STS, en Pleno, núm. 154/2016 de 29 de febrero, considerando que el beneficio para Deloitte pudiera haber radicado en el mantenimiento a todo trance de la relación contractual entre las auditadas y Deloitte SL.

En el caso de que se proponga la apertura del juicio a petición de concretas acusaciones frente a Deloitte SL, podrá ser contrariada valorando nuevamente los indicios apreciados para que el Instructor resuelva con libertad de criterio sobre la apertura del juicio según las previsiones del artículo 783 de la Ley adjetiva en consecuencia.

Cuarto.- Sobreseimiento de las actuaciones respecto de Atilano Soto Rabanos y Luis Blasco Bosqued.

La instancia excluye su responsabilidad <<< es que ni asistieron ni tuvieron intervención en las reuniones del Consejo de Administración en las que se adoptaron los acuerdos objeto de la presente causa>>.

De un lado cuestiona el fundamento porque la querrela iba dirigida contra todos aquellos consejeros de Bankia y su matriz, BFA, que ostentaban algún cargo en el Consejo de Administración de las mismas en el momento de la salida a Bolsa de la entidad. Desde esta perspectiva el Sr. Soto



Rábanos figuraba como Consejero de Bankia en el Documento de Registro (página 126) y en el documento núm. 3 de la querrela sobre "Documento de Registro" de Banco Financiero y de Ahorros, SA figuraba el Sr. Blasco Bosqued como Consejero.

El fundamento de la instancia debe ser confirmado en cuanto no consta integraran el Consejo de Administración en que se aprobaron cuentas, lo que armoniza con la imputaciones relacionadas con el artículo 290 del CP. Desconocemos si estuvieron en la correspondiente reunión del Consejo de Administración de Bankia y de BFA, de 28 de junio de 2011, en la que se decidió, respectivamente, la salida a Bolsa de 2011 (página 245 del auto), al resultar un acto neutro en armonía con las imputaciones de la resolución conforme al artículo 282 bis del CP que atiende a la reunión del Consejo de Administración de Bankia, S.A de 15 de junio de 2011, en la que determinados Consejeros formaron parte del acuerdo que dio lugar a la inclusión de la información contenida en el folleto de la que se predica que fue inveraz.

Por todo lo expuesto, LA SALA ACUERDA

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO (CIC).

CONFIRMAMOS parciamente el auto de 11 de mayo de 2017.

REVOCAMOS parciamente el citado auto dejando sin efecto el sobreseimiento en relación a DELOITTE, SL, debiendo dictarse la resolución que corresponda en orden a continuar este procedimiento.

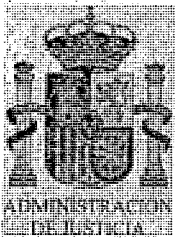
Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno conforme artículo 848 de la LECrim (redacción anterior a la ley 41/2015) y remítase copia al Juzgado para su conocimiento.

CUMPLIDO PROCEDASE AL ARCHIVO DE LAS PRESENTES ACTUACIONES.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.



**Rº DE SALA Nº 306/17 de APELACION. SECC TERCERA.
Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado Nº 59/12
JIC Nº 4**

VOTO PARTICULAR, parcialmente disidente, que formula la magistrada Srª Bayarri García, en el Auto de esta Sección recaído en el rollo de apelación número 306/2017 en resolución del recurso interpuesto contra el Auto de instancia dictado por el Juzgado de Instrucción central número 4 de fecha 11 de mayo de 2017, en cuanto el mismo confirma sustancialmente el pronunciamiento siguiente: *“Se acuerda el sobreseimiento definitivo y archivo de las actuaciones respecto de :*

D ATILANO SOTO RÁBANOS

D LUIS BLASCO BOSQUED

D FERNANDO RESTOY LOZANO

D JULIO SEGURA SÁNCHEZ

D PEDRO COMÍN RODRIGUEZ

D PEDRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

D MARIANO HERRERA GARCÍA-CANTAURI

D JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO

D JAVIER ARÍZTEGUI YÁÑEZ

D MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ ORDOÑEZ

DELOITTE SL, quien deberá permanecer personada en la causa como posible responsable civil de los hechos enjuiciados” , revocando únicamente el archivo respecto a ésta última, extremo en que este voto particular es concurrente por estimar que las razones de la revocación han de venir referidas a motivos jurídicos añadidos a los expresados en la resolución.

Sin perjuicio del respeto al parecer mayoritario del Tribunal, he de mostrar mi discrepancia con el mismo, al no participar en la tesis exculpatoria expuesta por el Juez a Quo en los fundamentos jurídicos Cuarto y Quinto de la resolución recurrida (páginas 244 a 251 del Auto recurrido. Folios 455 vuelto a 263 del rollo), aceptados en casi su totalidad en la resolución de la que parcialmente discrepo, estimando, por el contrario, que el recurso interpuesto por la representación procesal de la Confederación Intersindical de Crédito debió ser, en su mayor parte, estimado, con revocación de la resolución exculpatoria.



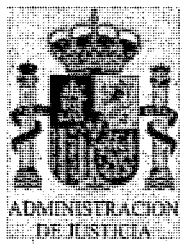
Las diferentes situaciones, personas afectadas y organismos por ellas representados, determinan la complejidad de este voto, que se dividirá, por ello, en varios apartados.

EN PRIMER LUGAR. Sobre el sobreseimiento definitivo en relación a D. ATILANO SOTO RÁBANOS , D. LUÍS BLASCO BOSQUED, y D MARIANO HERRERA GARCÍA-CANTAUARI.

Muestro mi conformidad, en cuanto la resolución dictada por este Tribunal ratifica el sobreseimiento definitivo y archivo de las actuaciones respecto de D. ATILANO SOTO RÁBANOS , D. LUÍS BLASCO BOSQUED y D MARIANO HERRERA GARCÍA-CANTAUARI (Fundamento jurídico Cuarto de nuestra resolución).

Respecto de los dos primeros, al no haber asistido ni haber tenido intervención alguna en las reuniones del Consejo de Administración en las que se adoptaron los acuerdos objeto de la presente causa, estimándose que aún cuando el Sr. Soto Rábanos figurara como Consejero de Bankia y el Sr. Blasco Bosqued figurase como Consejero de BFA SA, no constan que integraran el Consejo de Administración cuando se aprobaron las cuentas (ex artº 290 CP) ni consta estuviesen en la reunión del Consejo de Administración de Bankia y BFA de 28 de junio de 2011 en las que se decidió la salida a Bolsa, por lo que tal designación de ambos querellados resulta " un acto neutro en armonía con las imputaciones de la resolución conforme al artículo 282 bis del CP", razonamientos de los que participo, sin que el recurso presentado haya expuesto razonamiento alguno, más allá de la pertenencia al Consejo, que desvirtúe los tomados en consideración por el Juez a Quo en cuanto a ello.

En cuanto a D. MARIANO HERRERA GARCÍA-CANTAUARI, por cuanto no consta en los hechos Punibles, ni se infiere de las nuevas declaraciones prestadas, ni de las dos nuevas periciales practicadas que, fuera de ser en la época de salida a Bolsa de Bankia el Coordinador Ejecutivo del Departamento de Inspección de Cajas de Ahorro, perteneciente a la Dirección General de **Supervisión** del Banco de España, participase con hecho alguno en la formulación de la teoría contable ideada para "administrar y diferir el reconocimiento contable de las pérdidas del grupo" y mecanismos de ingeniería financiera empleados para su logro. De hecho, la propuesta que la Dirección general de SUPERVISIÓN efectuó en fecha 29 de diciembre de 2010 a la Comisión Ejecutiva, (contraria a las advertencias que efectuaba en sus dos informes la Dirección General de REGULACIÓN y su " nota técnica"), pese a estar elaborada por dos personas bajo su mando (D. PEDRO GONZÁLEZ Y D. PEDRO COMÍN),



curiosamente, no aparece firmada por él como Coordinador Ejecutivo , sino, directamente, por el Director General de la Dirección General de Supervisión D. JERÓNIMO MARTINEZ TELLO. No consta pues tuviese parte en la creación de una aparente cobertura legal para el irregular cargo contra reservas de las pérdidas por deterioros, por lo que estimo no suficientemente acreditada su participación, al no apreciar que los indicios existentes en su contra sean “ Bastantes “ para sostener su mantenimiento en el procedimiento.

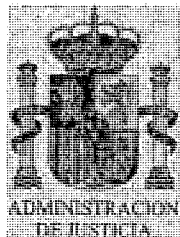
EN SEGUNDO LUGAR. Sobre DELOITTE SL.

El Juez a quo acuerda el sobreseimiento definitivo y archivo de las actuaciones respecto de DELOITTE SL,” quien permanecerá en la causa únicamente como responsable civil”, por estimar (Fundamento jurídico QUINTO del Auto recurrido) :

A): que concurre en dicha persona jurídica una condición que supone, conforme al artículo 31 bis del CP, la exención de su responsabilidad penal , al haberse acreditado cuenta con un manual de compliance que cumple con los requisitos establecidos en dicho artículo.

B): Que se trata de una Sociedad Profesional regida por la Ley 2/2007 de 15 de marzo , por lo que la actuación profesional de los socios se rige por el principio de absoluta autonomía e independencia, por lo que se estima responsable penal en exclusiva al socio de dicha mercantil D. FRANCISCO CELMA, que fue el que firmó el informe de auditoría que acompaña al folleto de emisión depositado en la CNMV por parte de Bankia para su salida a Bolsa.

La resolución dictada mayoritariamente por este Tribunal revoca este extremo, por estimar que: *“ excluir la responsabilidad penal porque el vínculo entre el Sr. Celma y Deloitte es de autonomía profesional no puede ser acogida , habida cuenta que la firma es la que cuenta con un sistema de detección de las infracciones y si la sociedad está creada para proteger al socio auditor de modo que la sociedad representada responde civilmente por la actuación del socio, lidera la organización y la percepción de honorarios, resulta difícil afirmar sin cuestionamiento que la sociedad fiscalizó adecuadamente las sucesivas auditorías siendo que al tiempo se producía un beneficio para la entidad”* y revoca en cuanto a ello el Auto, acordando se dicte Auto de prosecución del procedimiento contra Deloitte. Sin perjuicio de que participe en los anteriores motivos, estimo que la causa exculpatoria apreciada por el Juez a Quo ha de ser revocada no sólo por ello, sino, sobre todo, por otros motivos añadidos, atendida la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la



responsabilidad penal de las personas jurídicas (sobre el alcance e interpretación del artículo 31 bis del Código Penal) en Sentencias de 29 de Febrero de 2016 (ponente: Excmo Sr. D. Jose Manuel Maza , con el no menos relevante Voto Particular concurrente efectuado por los Excmos Srs: D. Cándido Conde-Pumpido , D. Miguel Colmenero, D. Luciano Varela, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral, D. Andrés Palomo y D. Joaquín Gimenez García) y la Sentencia de 16 de Marzo de 2016 (Ponente, Excmo Sr. D Manuel Marchena).

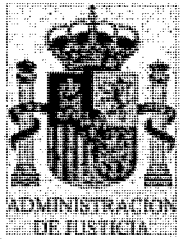
Personalmente estimo que el recurso ha de ser estimado, procediendo la prosecución del procedimiento contra la mercantil DELOITTE S.L. en base a los siguientes motivos :

1º).- Que conforme a dicha jurisprudencia, la existencia de un Manual de Compliance es circunstancia exculpatoria o atenuatoria de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuya prueba corresponde a ésta, y no a la acusación, sin que la mera existencia de dicho manual incida sobre la existencia o inexistencia del tipo, sino sobre las circunstancias personales modificativas de la responsabilidad criminal, que han de quedar tan probadas como el hecho mismo (STS 29 de Febrero de 2016. Voto Particular, con cita de la (STS 1068/2012, de 13 de noviembre , entre otras muchas) .

2º).- Que aún en el caso de que se apreciara que en el momento de acaecer los hechos existía en DELOITTE un sistema de compliance, éste, desde luego, no era eficaz, ni cumplía los requisitos establecidos en el artículo 31 bis CP, estimando que hay indicios bastantes, múltiples y concurrentes , respecto de la culpabilidad de la mercantil DELOITTE SL, que determinan la razonabilidad de la pretensión de la recurrente CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO (CIC) de la necesidad de la prosecución del procedimiento contra ella, al existir indicios de la existencia de un defecto estructural de la persona jurídica en sus mecanismos de prevención y control (STS de 16 de Marzo de 2016), por lo que no puede circunscribirse la responsabilidad penal sólo a la del socio D. Francisco Celma.

1º).- ausencia de acreditación bastante de la existencia del sistema de compliance alegado por DELOITTE SL, lo que impide la exclusión anticipada de su responsabilidad penal.

Conforme a la STS de 29 de febrero de 2016 (Voto particular concurrente) *“el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno. Pero,*

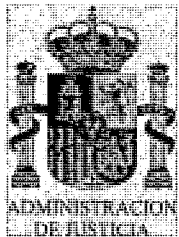


esta ausencia, no es " el núcleo de la tipicidad " ni un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1o CP 2015.

Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP , y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico para permitir la subsunción jurídica adecuada. Esta afirmación no otorga a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1o CP), porque es culpable. Pero esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del art 31 bis CP , del hecho de **permitir** que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la " culpa in eligendo " y la " culpa in vigilando ", o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa " in constituyendo " y la culpa " in instruendo ". **Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo** que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada.

La reforma operada por la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno.

Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el legislador establece expresamente esta exención , y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.



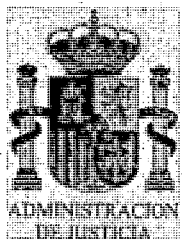
Ahora bien no existe razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias de estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda el resultado negativo de su no concurrencia.

Por el contrario, constituye una regla general probatoria, consolidada en las reglas de las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad por el hecho delictivo.

En cuanto a las pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la existencia de los hechos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia es la pena sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre , e in D. No procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y apoyar la constatación de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no concurrencia de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos siguientes, entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control de la responsabilidad penal.

Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general, el número 2o del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de la pena. Pues bien, tal y como alega la recurrente en su escrito , existen indicios de que el Manual de DELOITTE al Juzgado mediante escrito de fecha 21 de julio de 2016 NO ES el Manual de la firma en el momento de los hechos objeto de este procedimiento (caso de que el Manual presentado por DELOITTE carece de fecha de referencia. Pero, en todo caso, que es imposible fuese el Manual de Compliance en vigor en la Cia en el momento de los hechos retrotraen .

Que el manual aportado es posterior al año 2015 lo justifica la recurrente alegando que es posterior, al menos, a la entrada en vigor de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal (momento de la salida a Bankia” como acredita “ la lectura del propio manual de Compliance . Parte general” cuando hace referencia a la reforma del CP de 2015 de Compliance . Parte especial “ por ejemplo en la pág. 87 al referir se a los tipos de Delitos Públicos; fraude contra la Seguridad Social e incumplimiento y falsedad de las cuentas de financiación ilegal de partidos políticos, tipo inédito en nuestro ordenamiento hasta ahora que , por ejemplo, el Código Ético, “Único documento típico de un sistema de control de calidad” Por otra parte, la no trazabilidad de versiones o control de versiones del Manual de Compliance, modelo de organización y gestión para la prevención del delito en el momento de los hechos, requisitos exigidos por nuestro Código Penal, por lo que , la existencia de un sistema de control de calidad investigados y anterior a la apertura del juicio oral, no puede servir como eximente de responsabilidad al artículo 31 quáter d) CP (y sin que la existencia de un “ Control de Calidad “ de compliance, conforme alega la defensa en su escrito al folio 189 del Tomo I de la sentencia que estimo han de ser acogidos , estimando procedente en consecuencia la



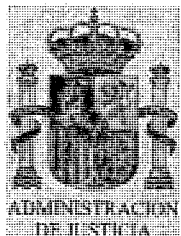
Instancia se efectúa de DELOITTE SL al no haberse acreditado por ésta en modo los hechos, con un verdadero sistema de Compliance Penal, lo que corresponde constituir la inexistencia de tales Manuales un elemento del tipo, sino, su pre establecidos, una circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad de éste, en todo caso, sólo será circunstancia atenuante, pero nunca eximente.

Por ello, en desacuerdo con el parecer mayoritario de la STS de 29 de febrero mayoritario de mis compañeros de Tribunal, así como con el parecer de par corporativo" Diario "La Ley" nº 9018, Sección Doctrina, de 11 de Julio de 201 acuerdo con el Voto Particular concurrente de la STS mencionada, estimo qu medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos no se s en el de la culpabilidad, y su inidoneidad, por ello, no es a cargo de la acusa modificativa de la responsabilidad criminal, cuya concurrencia y cumplimiento de su apreciación han de ser probados por la parte que la alega.

2º).- Ineficacia del sistema de Compliance de DELOITTE (o del sistema de calidad interno que se alega disponía en aquella fecha) por la existencia de defectos estructurales en la persona jurídica en sus mecanismos de prevención y control.

Deloitte no sólo fue la auditora responsable de los informes de auditoría de BFA/BANKIA firmados por el socio Sr. Celma, sino que en el propio Auto recurrido se mencionan a otros auditores encargados de otros trabajos para el Grupo en el que, asimismo, se evidenciaron errores contables, y que aparecen mencionados en los "Hechos Punibles", así como en el Informe Pericial del Perito D. Antonio Busquets, entre éstos, D Miguel Monferrer (Auditor responsable de CISA, Cartera de Inmuebles S.L.U.), D^a Raquel Martínez Armendáriz (Auditora de Deloitte que firma el informe de CISA 2011,SLU); D. Miguel Ángel Bailón (Responsable del "*Informe Especial sobre Información Proforma al 31 de Diciembre de 2010*" del Grupo BFA/BANKIA).

Pero es que, además de ello, DELOITTE S.L. contrató con el Grupo BFA/BANKIA trabajos de consultoría financiera, (previos a la Auditoría emitida por su socio D. Francisco Celma el 28 de julio de 2011), para la formulación de los estados financieros del grupo de cara a su salida a Bolsa (Tercer informe pericial de D. Victor Jesus Sánchez Nogueras de 8 de mayo de 2017 . pg. 120), y realizó para el Grupo, asimismo, trabajos de "*Seguimiento de la segregación efectiva del balance aprobado el 5 de mayo de 2011*" y de "*Elaboración de un modelo de estados financieros a marzo de 2011*".



Ello acreditado en el procedimiento, por la aportación al mismo la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de Junio de 2016, ratificando la resolución sancionadora adoptada en el expediente sancionador del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) que sanciona a Deloitte SL por la comisión de una infracción continuada muy grave y dos infracciones graves en relación con los trabajos de Auditoría realizados sobre los estados financieros intermedios resumidos consolidados del periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de Bankia S.A.U. y entidades dependientes y en relación con los trabajos de auditoría realizados sobre las cuentas semestrales consolidadas resumidas a 30 de junio de 2011 de Bankia S.A. y entidades dependientes.

Si bien, (como alega la Defensa de DELOITTE S.L. en su escrito de impugnación del recurso: folios 186 y siguientes del tomo I del rollo) tratándose DELOITTE SL. de una sociedad profesional, los controles que puede imponer la empresa al socio Auditor nunca pueden influir ni sustituir el juicio del auditor, pues su juicio es un acto personalísimo que no puede ser suplantado por la sociedad, ello es sólo predicable del contenido de la Auditoría efectuada, de lo que, ciertamente, responde en exclusiva el Auditor y socio de DELOITTE, Sr. Celma, pero, no es menos cierto que , tal y como la propia defensa de DELOITTE recoge en su escrito: " en los casos de realización de la actividad de auditoría por una sociedad auditora, la dirección y firma de los trabajos de auditoría realizados por una sociedad de auditoría de cuentas corresponderá, en todo caso, a uno o varios de los socios auditores de cuentas ... que estén **designados por la sociedad** para realizar la auditoría y firmar el informe en nombre de dicha sociedad " (artículo 10.3 del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), por lo que DELOITTE SL es la directa responsable de la concreta designación del Sr. CELMA como auditor de las cuentas del grupo BFA/BANKIA de cara a su salida a Bolsa pese a tener constancia dicha mercantil de su total falta de independencia, al haber participado la Sociedad y el mismo Auditor , en numerosos trabajos de asesoría financiera y contable del Grupo a auditar, previos a la propia Auditoría y objeto de la misma. En concreto, habían asesorado a BANKIA ,entre otros, en la ELABORACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS INTERMEDIOS y notas explicativas a los mismos y contratado el 14 de abril de 2011, así como en el asesoramiento para el " seguimiento de la segregación efectiva del balance aprobado el 5 de abril de 2011" y haber sido DELOITTE quien efectuó para el Grupo el " Asesoramiento en relación con la estructura de negocio de BFA SA" . Esto es: **había habido**

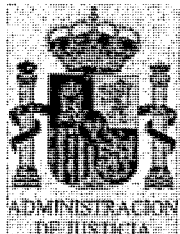


previamente a la designación de dicho Auditor, por parte de otros auditores de DELOITTE , y , significativamente, por parte del mismo Auditor designado, una intensa participación y colaboración en la elaboración de los estados financieros objeto de la Auditoría misma (tercer informe pericial de D. Victor Jesús Sánchez Nogueras de 8 de mayo de 2017, página 121).

DELOITTE no debió aceptar el contrato de Auditoría de una Entidad para la que la misma DELOITTE había trabajado previamente en la configuración de su contabilidad y Estados Financieros, por falta de independencia de la mercantil auditora, y, de hacerlo, no debió haber designado al mismo Auditor que con anterioridad había designado para la elaboración del Modelo de Estados Financieros y para asesorar al grupo en relación a le estructura del negocio, ni en relación a la segregación efectiva del balance, pues ello: “generó una auténtica autorrevisión por los auditores respecto de sus propios trabajos de naturaleza distinta a los de auditoría” (Tercera pericial de Don Víctor Jesús Sánchez Nogueras de 8 de mayo de 2017, página 121).

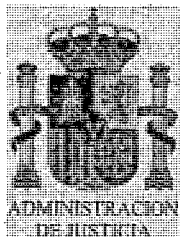
El procedimiento ha de proseguir pues contra DELOITTE S.L como responsable penal, no sólo por no ser suficiente la existencia en la empresa de un manual de compliance (que de todos modos, no existía en el caso) sino porque existen indicios de la existencia de un delito corporativo (y no sólo individual) al existir un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a DELOITTE, quien no se abstuvo de continuar como empresa Auditora del Grupo BFA/BANKIA pese haber sido la empresa Asesora de los mecanismos de “ ingeniería contable “ (en términos de la pericial antes reseñada) que se verificaron en el mismo para la cuadratura de sus estados contables con anterioridad a la salida a Bolsa que la Auditoría debía avalar, así como por la designación como auditor de uno de sus auditores más contaminados, con fallo clamoroso de los alegados mecanismos de prevención y control que le eran exigibles, por lo que , en el caso, la naturaleza de sociedad profesional de DELOITTE SL es indiferente al no tratarse de actuación de un socio, sino de la sociedad misma.

TERCERO: SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL BANCO DE ESPAÑA EN LAS PERSONAS DE SUS PRINCIPALES DIRECTIVOS, MIEMBROS DE SU COMISIÓN EJECUTIVA , DEPARTAMENTO DE



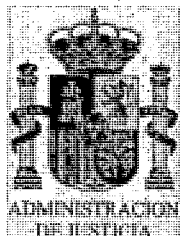
INSPECCIÓN I, SUPERVISIÓN y REGULACIÓN: D. MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, D. JAVIER ARIZTEGUI YÁÑEZ, D. PEDRO GONZÁLEZ, D. PEDRO COMÍN y D. JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO , ASÍ COMO DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, EN LAS PERSONAS DE SU PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE: D JULIO SEGURA SÁNCHEZ y D. FERNANDO RESTOY LOZANO.

En el fundamento jurídico CUARTO del Auto de instancia que hoy se recurre, se argumenta la exculpación de tales personas y organismos, por estimarse que, como ya se había apreciado con anterioridad, *no existen indicios que puedan determinar la responsabilidad penal atribuible a las citadas personas, dada la naturaleza y características de los delitos que son objeto de investigación, ..., sin que pueda tener relevancia penal alguna la decisión autorizada por el Banco de España y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de que BANKIA saliese a cotizar en Bolsa.La conducta tipificada en nuestro ordenamiento no es otra que la del falseamiento de los estados financieros, y no el hecho de acordar, o autorizar, que una determinada sociedad realice una Oferta Pública de Suscripción de Acciones con el fin de salir a Bolsa.... Este Juzgado ya indicó que la actuación del Banco de España como supervisor se ciñe al control de la actividad de las entidades de crédito a partir de la información elaborada por éstas y teniendo en cuenta los datos económicos disponibles, de forma que las decisiones de gestión son exclusiva responsabilidad de los Órganos de Administración y Dirección de las Entidades, y, en este caso, fueron los Consejos de Administración de BFA y de BANKIA quienes decidieron... La decisión final de la salida a Bolsa de Bankia fue una decisión adoptada en el marco de sus exclusivas competencias por los órganos de Administración y Gestión de las Entidades y.... En este procedimiento no se investiga si la decisión de salida al parquet de la entidad fue acertada o... errónea.* Se razona seguidamente que *..una vez que han declarado como investigados los responsables de la CNMV y del Banco de España... no existe el más mínimo indicio de que los mismos tuvieran intervención alguna en la comisión de los delitos investigados, al no haberse acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, haber tenido participación alguna en la formulación y aprobación de las cuentas que se incorporaron al folleto informativo que BANKIA presentó a la CNMV para su salida a Bolsa ... Se adoptaron, por tanto y dentro de sus responsabilidades y competencia por la Comisión Nacional del Mercado de Valores las medidas necesarias y legalmente establecidas para la protección de los inversores, y no parece razonable exigir a la*



CNMV que constatará por sus propios medios que los estados financieros que se presentaban junto al folleto representasen la imagen fiel de la Entidad, toda vez que los mismos venían avalados por el informe favorable del Auditor externo, D. Francisco Celma. En lo que se refiere a los responsables del Banco de España, y reiterando que este proceso no tiene por objeto enjuiciar los criterios adoptados por los responsables de la política económico-financiera del Gobierno de la época, ni el determinar si la decisión de optar por la salida a Bolsa de BANKIA fue acertada o desacertada, ni tampoco el hecho de que el organismo regulador autorizara dicho plan, de forma acertada o errónea,..., se insiste, una vez más, que el reproche penal que pudiera hacerse en el presente caso deviene de la creación de una apariencia de solvencia que, indirectamente, hubiera contribuido a que los interesados acudieran a la oferta pública de acciones, ficción en la que no interviene el Banco de España ni los responsables del Organismo a los que ha traído a la presente causa la acusación, que, como ha quedado expuesto, no fueron quienes decidieron la Salida a Bolsa de BANKIA SA aunque no se opusieran a ella.

El parecer mayoritario de este Tribunal confirma y asume tales razonamientos, acogiendo *"la ausencia de implicación del BdE en tanto la institución no dio una carta blanca para cargar las pérdidas contra reservas, en términos de colaboración o pacto de auxilio, sino que la autorizaba en la medida que fuera justificada en buena forma"* valorándose, además que *" El acto de supervisión ... nunca podría caracterizarse en términos de cooperación o complicidad, pues la naturaleza de las competencias que asume el BdE sólo podría encajar en una infracción penal de otra naturaleza que no es la dolosa por acción, como exige el tipo del artículo 290 CP, imprescindible para sostener el concierto delictivo, sino en la dolosa de comisión por omisión, pero también con gran dificultad pues el tipo del artículo 290 CP se explica caracterizando la mendacidad contable por el daño final a la economía que propició ayudas millonarias, no se halla tipificada en armonía con el artículo 11 como una infracción del deber legal de vigilancia "* por lo que se estima que éste no es de aplicación, confirmando los razonamientos expuestos en el Auto recurrido en relación a la atipicidad de la autorización del BdE para la salida a Bolsa en cuanto se habían presentado los informes pro-forma de Bankia y las cuentas anuales e BFA y de Bankia con opinión favorable del Auditor, estimando que esta atipicidad de la autorización del BdE es aplicable , *mutatis mutandi* a la actividad de la CNMV , confirmándose en cuanto a ello, asimismo, los razonamientos

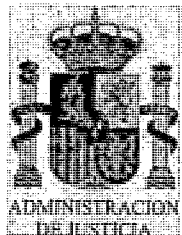


expuestos en la resolución recurrida, estimando que asimismo es atípica la pretendida ausencia de diligencia de dicha entidad, pues la Ley penal no castiga la ausencia de actividad de la autoridad económica que hubiera integrado la omisión para dar lugar a impedir la salida a Bolsa, por lo que se confirma la tesis exculpatoria de Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por estimar que la omisión del deber legal de impedir determinados delitos no se encuentra tipificada en el caso, y que la última pericial efectuada no se aparta de las anteriores.

He de discrepar de tales razonamientos.

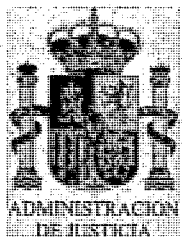
En primer lugar, salir al paso de cuanto se expresa en la resolución recurrida acerca de que *“En lo que se refiere a los responsables del Banco de España, y reiterando que este proceso no tiene por objeto enjuiciar los criterios adoptados por los responsables de la política económico-financiera del Gobierno de la época..”*, y convenir que, la reclamación de responsabilidad penal del Banco de España por estimar que existen indicios de su cooperación directa, necesaria, culpable y punible en los hechos objeto del procedimiento no tienen, en efecto, relación alguna con los criterios adoptados o dejados de adoptar por los responsables de la política económico-financiera del Gobierno de la época, ni la ha tenido nunca. Ni podría tenerla jamás. Conforme a la Ley de Autonomía del Banco de España, éste es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con autonomía respecto a la Administración General del Estado en el desempeño de sus funciones, con arreglo a lo previsto en el ordenamiento jurídico. Y conforme al artículo 7 de la mencionada Ley, en el ejercicio de las funciones que le son propias, en tanto que integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales, ni el Gobierno, ni ningún otro órgano nacional o comunitario puede dar instrucciones al Banco de España, ni éste podrá recabarlas o aceptarlas, por lo que la alusión a un pretendido cuestionamiento de la política económico-financiera del Gobierno de la Nación, en el caso, se aprecia como gratuita.

En segundo lugar, reitero cuanto expuse en nuestro Auto de fecha 13 de Febrero de 2017, que, en discrepancia con el parecer mayoritario del tribunal, estimo no ha sido desvirtuado en los razonamientos del Auto impugnado. No sólo subsisten los indicios tomados en consideración y entonces ya expuestos, sino que en la actualidad tales razonamientos se han visto confirmados y ampliados con las nuevas diligencias practicadas, en especial, con la propia declaración

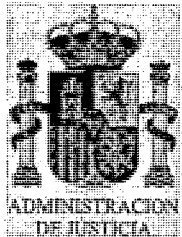


del Sr. Fernández Ordoñez el día 16 de Marzo de 2017, en relación con la nueva declaración del testigo Sr. Casaus el día 16 de Marzo de 2017, la declaración de D. Julio Segura el 13 de marzo de 2017, la declaración de D. Fernando Restoy el 13 de marzo de 2017, la declaración de D. Pedro Bravo el 29 de julio de 2016, de D. Mariano Herrera el 28 de julio de 2016, y corroborado por las dos periciales practicadas tras el mismo, en concreto, la segunda ampliación del informe pericial de BFA/BANKIA por el Perito D. Antonio Busquets Oto de 8 de Mayo de 2017 y, muy especialmente, por el tercer informe pericial de D. Víctor Jesús Sánchez Noguerras, asimismo de 8 de Mayo de 2017.

1).- se tiene aquí por reproducido cuanto razonamos en nuestro Auto de 13 de Febrero de 2017, que estimo subsistentes en la actualidad. Que, en resumido extracto señalaban(Fundamento Jurídico SEGUNDO), la procedencia de continuar el procedimiento contra los responsables del Banco de España y de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, "en cuanto la supervisión de las Entidades de Crédito es competencia del Banco de España, con facultad para oponerse a la salida a Bolsa de las mismas, y que ésta ha de contar, en todo caso, con la aprobación previa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin que sea suficiente con que dicha salida a Bolsa sea aprobada por el Consejo de Administración de la Entidad y supervisada por los auditores, tal y como apuntaba el Ministerio Fiscal en su informe de 10 de noviembre de 2016, conforme al cual *"de considerar que se sacó a Bolsa un negocio inviable, la responsabilidad no sería exclusiva de los administradores o del auditor- estos sí responsables únicos de la veracidad de las cuentas- y podría suscitarse la participación de otros actores señaladamente los responsables del Banco de España, que conscientemente habrían cooperado en el mantenimiento del engaño"*. Pues bien, tal es la tesis sostenida por la recurrente, y aceptada por quien hoy formula el presente voto particular, y existen en el procedimiento, y se recogen en el Auto impugnado (en los " Hechos Punibles ") multitud de indicios que sustentan la razonabilidad de tal planteamiento, entre los expresamente reseñados en nuestro anterior Auto : " Que la jefatura del Banco de España, con carácter previo a la salida a Bolsa de BANKIA tuvo noticias directas y fehacientes de la inviabilidad del grupo y de la inidoneidad de su salida a Bolsa en la modalidad de doble banco, consta indiciariamente acreditado en las diligencias a través de la testifical del Jefe de la Inspección del Banco de España, Sr. Casaus, ..., en la que se dio noticia de que tal conclusión había sido

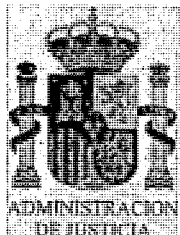


reiterada y puntualmente transmitida a la dirección del Banco de España en cuatro correos electrónicos”..., en concreto, “ al entonces Jefe de Grupo Sr. COMÍN cuando éste, como enlace del equipo de seguimiento de la Inspección con la COMISIÓN EJECUTIVA y el CONSEJO DE GOBIERNO, reclamó del equipo de inspección del Banco de España informe sobre la procedencia de la solución que por las entidades se ofrecía para su recapitalización (salida a Bolsa con estructura de doble banco) y ello , porque <esa solución tenía que ser aprobada por el Banco de España>(Audio 1 de la grabación de la testifical del Sr. Casaus , informe que se solicitaba a fin de que por la COMISIÓN EJECUTIVA se adoptase la oportuna decisión, y que ellos informaron <hasta en cuatro veces> la inidoneidad de dicha solución (...) porque el grupo no era viable.. que la salida a Bolsa no solucionaba los problemas del Grupo porque observamos que era una máquina de perder dinero y que eso acabaría en pocos meses con la nacionalización del Banco , testifical que cuenta con la corroboración documental de los cuatro correos electrónicos unidos a la causa, cuyo contenido ,explícito, es altamente significativo del alcance, extensión y claridad de tal advertencia, que puede ser interpretada, pero no, desde luego, obviada” (...) y, añadíamos, entre los indicios que sustentaban la postulación de la recurrente , el contenido de los informes de seguimiento emitidos por el equipo de inspección, que contenían cuanto expresaban tales correos electrónicos del equipo de inspección , siendo su primera conclusión que “ la Matriz del grupo BFA SA no es una entidad viable, diagnóstico compartido por el Presidente de la Entidad” y que “Estamos constatando que la entidad no está reflejando contablemente su morosidad real de su cartera crediticia, en particular, la del sector promotor que tiene 20.000 mill.€ contabilizados como riesgo normal: en gran parte se trata de sucesivas refinanciaciones en las que se está concediendo carencia total de 24 y 36 meses gracias a lo cual estas operaciones siguen devengando intereses” y añadían “ BANKIA debe ser gestionada como una empresa en crisis y hasta ahora no se está haciendo”, y finalmente, todo ello corroborado por los informes periciales (informe pericial de 30 de marzo de 2016 del perito SR. Sánchez Nogueras e informe de 4 de Diciembre de 2014 de los peritos Srs. Busquet Oto y Sánchez Nogueras, así como la declaración del que fuera presidente de BANCAJA, D. José Luis Olivas Martínez, quien declaró que fue citado en la sede del Banco de España por su entonces Gobernador, D. Miguel Ángel Fernández Ordóñez para mantener una reunión con el Sr. Rato porque “ querían que



empezáramos a negociar”, que la reunión tuvo lugar en la sede del Banco de España el 1 de junio de 2010 donde se le “conminó” a integrarse en el SIP de BANKIA o, de lo contrario “ se me dijo que podían intervenir la Entidad” “accedo en base a esa conminación y porque estábamos en una situación muy compleja... en condiciones normales no hubiera aceptado la integración, existencia de tales reuniones en la sede del Banco de España reconocidas en sus declaraciones por el Sr Ariztegui y el Sr. Fernández Ordóñez, permitiendo inferir la cadencia temporal de los hechos sucesivos a tales reuniones que, tal y como la recurrente postula, desde su misma constitución, el SIP de BFA no fue sólo autorizado por el Banco de España, sino también impulsado por éste, por lo que concluíamos existían indicios múltiples, bastantes y concurrentes de criminalidad respecto de los responsables del Banco de España y la CNMV en cuanto garantes, indicativos de la corresponsabilidad de ambos en los hechos investigados. Me remito al contenido íntegro de dicha resolución, mucho más explícita .

2).- estos indicios no han sido desvirtuados por las diligencias practicadas a instancia de esta alzada, sino , por el contrario, corroborados, entre otros, por la propia declaración de D. Miguel Ángel Fernández Ordoñez (16 de marzo de 2017) donde manifiesta que en efecto, la fusión de las siete Cajas en el SIP se aprobó por la Comisión Ejecutiva del BdE , y que lo de cargar las pérdidas a “reservas “ “cree” que se hizo a petición de las Cajas, y que se aprobó por el BdE *“como si fuera una fusión .”* (esto es, a sabiendas de la irregularidad de tal solución formal) *“porque de haberse hecho en los resultados individuales de las Cajas éstas habrían dado pérdidas”* y preguntado si es que el Banco de España no tenía instrumentos para poner coto a las refinanciaciones masivas, a las tasaciones realizadas con entidades vinculadas, a una serie de irregularidades que ya estaban en los informes de seguimiento , contesta que *“ a mi me llega ..lo de enterrar a los muertos, me llega lo de la salida a Bolsa de Bankia, lo de no sé qué, etc., cuando ya todo está esta hecho. En este caso de lo que se trataba es que eso ya estaba ahí “...”Los problemas están ya acumulados a lo largo de la burbuja inmobiliaria y de una regulación de alguna manera prudencial que en mi opinión era muy blanda en relación a todas la entidades evidentemente”* (esto es, reconoce los hechos, pero alega la inexigibilidad de otra conducta alegando hechos consumados y atribuyendo la responsabilidad a la legislación expresamente dictada en la materia) . Es curioso que la terminología empleada por el Sr. Fernández



Ordóñez coincida con la del inspector de cabecera Sr. Casaus, que declaró ese mismo día.

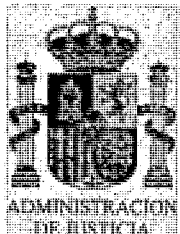
El Sr. Casaus no sólo ratificó punto por punto sus anteriores declaraciones e informes, así como los cuatro mensajes remitidos a la dirección del BdE, y el aval a la opinión de los peritos judiciales, sino que, gráficamente, empleando la misma terminología fúnebre del Sr Fernández Ordoñez se ratificó en que “ nadie discutía mi diagnóstico, que no era el mío, era de todo el grupo, de que el **Grupo estaba muerto. BFA había nacido muerto y sería carne de nacionalización**” y el BdE y la CNMV tuvieron plena consciencia de ello no solo antes de la salida de Bankia a Bolsa, sino, incluso, antes de la operación de ingeniería financiera de creación del SIP. El propio Sr. Fernandez Ordoñez lo reconoce en su declaración : “el SIP era una cosa que no era ni una fusión ni ir por separado”. En efecto, era una construcción financiera contraria a la normativa, empleada como mecanismo de saneamiento para ocultar la escandalosa quiebra técnica en que todas ellas se encontraban, así se refleja expresamente en los “ HECHOS PUNIBLES “ recogidos en el Auto recurrido, donde se expresa que, pese a que “ *la finalidad de dicha integración (de las 7 Cajas en un SIP) era la de mejorar el acceso a los mercados de capitales centralizando la gestión de la tesorería, aumentar la eficiencia reajustando redes comerciales y mejorando la absorción de los costes fijos y acceder a las ayudas del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*”(hechos punibles, 1º, párrafo segundo, página 41 del Auto recurrido) , en realidad, la operación entre las siete Cajas de Ahorro y BFA como un grupo de base contractual era contrario a la norma 43ª de la Circular 4/2004 del BdE y la Norma Internacional de Contabilidad (NIC3) (**hechos punibles, 2º, párrafo primero**) pues ello habría determinado que la entidad dominante (Caja Madrid) hubiera tenido que ser la entidad adquirente, lo que impedía que sus propios activos y pasivos pudieran agregarse a la combinación de negocios por su valor razonable, por lo que “ *la fórmula elegida para preparar la combinación de negocios parece responder más a una pretensión de usarla como mecanismo de saneamiento de todas las Cajas involucradas en el proceso, incluida Caja Madrid, que a la aplicación rigurosa de la norma*” (**hechos punibles, 2º párrafo vigésimo**). Y, ¿ quien es el inspirador , el autor intelectual de esta primera y originaria ingeniería contable para ocultar las pérdidas y diferir la consignación contable?. Lo responde el propio Auto recurrido, en sus **hechos punibles, apartado 2º, párrafo vigésimo primero**: “ *El informe de la Intervención General de la Administración del Estado,*



indicaba que <Los responsables de Caja Madrid informaron que en sus reuniones con la CNMV les fue sugerida esta opción como la más razonable para conseguir el objetivo de realizar saneamientos activos> (Hechos punibles, página 48 de la resolución recurrida).

Pero, además, aquéllos indicios se han incrementado con las nuevas declaraciones, y así, el Sr. D. Fernando Restoy, en su declaración de 13 de marzo de 2017 expresamente reconoció que, en efecto, los ideólogos de tal maniobra de ingeniería contable fue la propia CNMV, manifestando que : “ la CNMV lo que hizo aquí fue responder a una consulta de la propia entidad... sobre cual era la interpretación correcta de las normas internacionales de información financiera... la CNMV transmitió el criterio de que era posible constituir esa combinación de negocio de tal manera que no tuviéramos una entidad adquirente que fuera Caja Madrid sino que la nueva entidad, que era BFA, se convirtiera en adquirente del resto de las Cajas individuales “...” la consecuencia contable que tenía es que al no ser adquirente se podía poner a valor razonable todos los activos y pasivos de todas las Cajas que formaban parte del SIP”

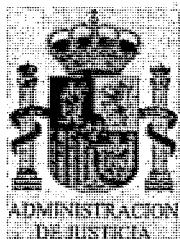
También aparece recogido en los Hechos Punibles cómo, a finales de Diciembre de 2010, todas y cada una de las 7 Cajas que formaban el grupo BFA, enviaron una carta al Banco de España, (con anterioridad, el Banco de España había enviado requerimientos individuales a cuatro de ellas porque se habían evidenciado cuantiosas pérdidas por deterioro con motivo de la combinación de negocios que no habían sido registradas en sus cuentas de resultados individual : **HECHO PUNIBLE 3º, párrafos octavo, noveno, décimo y undécimo, página 49 del Auto recurrido**) en las que proponen al Banco de España un tratamiento contable, que requería de su autorización, y que, en resumen, consistía en contabilizar las pérdidas por deterioro (9.207 mill€) con cargo a la cuenta de “reservas “ (en lugar de contra la cuenta de resultados individual, lo que habría arrojado significativas pérdidas en el ejercicio de 2010 : **página 50 del Auto recurrido , hechos punibles, apartado 3º párrafo decimoquinto**). ¿ qué contestó el Banco de España? ¿ tal vez que cargar las pérdidas contra reservas está absolutamente prohibido por el artículo 38 del Código de Comercio y que ello era contrario a que las cuentas sean veraces ? No. Contestó que : *“ en atención a la conveniencia de que los estados individuales de las entidades integrantes del SIP y los estados consolidados del Grupo Financiero y de Ahorros se entiendan por los usuarios de la información financiera como realidades económicas estrechamente relacionadas entre sí, le comunico que el tratamiento contable propuesto podría ser utilizado por esa entidad en la medida*



que su Consejo de Administración asuma dicho tratamiento así como las razones que lo justifiquen" (párrafo 22 del apartado 3º de los hechos Punibles , página 51 del Auto recurrido), pero es que, además, según los mismos hechos punibles . " Las cajas adoptaron este criterio de cargar las pérdidas por deterioro contra "Reservas" consecuencia de la respuesta dada por el Banco de España"(hechos punibles, párrafo decimo sexto del apartado 3º, página 50 del auto recurrido). Con el agravio añadido de que, en el caso, las Cajas ni tan siquiera justificaron los motivos de tal falsedad contable, ni manifestaron asumir que era para que los usuarios de los productos financieros no pensarán que el BFA era un reino de Taifas, que es la justificación que da el Banco de España en su respuesta. El CNMV ideó la estrategia de formación irregular de un SIP creado como medio de ocultación de la situación de quiebra técnica de las cajas que lo iban a Conformar y el Banco de España sí tuvo directa participación en la formulación falseada de las cuentas, al autorizar, directa y conscientemente, la ocultación de las pérdidas por deterioros mediante el artificio contable de cargar las mismas a "reservas".

A diferencia de lo que se ha considerado mayoritariamente por este Tribunal, considero que la contestación dada a las Cajas por el Banco de España era una autorización para ocultar las pérdidas por deterioro cargándolas a reservas en vez de en el pasivo como deberían haber hecho, y, el propio Auto de instancia expresamente dice que ello se hizo como consecuencia de tal autorización.

Ciertamente el análisis dogmático de los tipos a aplicar es complejo, y dependerá de consideraciones esenciales como, por ejemplo, si la ostentación de la más alta dirección del Consejo de Administración (que corresponde al Banco de España) determina o no la detentación de la cualidad de " administrador " necesaria para la incriminación del delito especial del artículo 290. Desde mi personal punto de vista sí, tal y como apunta alguna doctrina (" Comentarios al Código Penal" Tirant Lo Blanch , Tratados. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Otros: que estiman que "el concepto de administrador de hecho no se corresponde con su homónimo mercantil. Lo determinante a efectos penales es que materialmente se actúe en la empresa con cierto poder, con capacidad de mando y control" op cit. Pág. 1019) por lo que puede predicarse , en principio, la concurrencia de los requisitos del tipo para su aplicación. Puede también cuestionarse, por ejemplo, si la necesidad de la autorización para la perfección de un acto determina la participación en el mismo de quien la otorga, ...



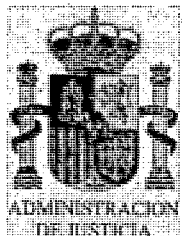
en definitiva, un detenido análisis dogmático sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de los **garantes**, pero ello no puede ser motivo de archivo pervio, pues excede el ámbito de este recurso así como el de la instrucción, pues se trata de problemas dogmáticos que habrán de ventilarse, en exclusiva, en Juicio Oral, dejando a la labor unificadora de doctrina del Tribunal Supremo, en su caso, la solución de las discrepancias.

Estimo que el archivo contra los responsables del Bando de España y la CNMV (ante la imposibilidad de exigírsela a las propias instituciones por así venir establecido en el artículo 31 quinquies del Código Penal) en el presente momento procesal es precipitada, por lo que he de discrepar del Auto recurrido de contenido exculpatorio, así como del parecer mayoritario de este tribunal que lo avala.

Los indicios que avalaban en Febrero de 2017 la responsabilidad penal del Banco de España no han sido desvirtuados según mi personal opinión, y en los hechos punibles aparecen incluidos.

Pero es que, además, en tercer lugar, no sólo no se han desvirtuado los indicios tomados en consideración en nuestro anterior Auto, sino que éstos se han confirmado y aumentado, al haberse practicado por el Juez Instructor nueva prueba pericial, absolutamente explícita: **el tercer informe pericial de D. Víctor Jesús Sánchez Noguerras de fecha 8 de Mayo de 2017.** Es imposible condensar el contenido de estas 250 páginas dentro de un voto particular. Este tercer informe pericial merece una detallada y atenta lectura, y es diligencia que incide en la tesis de la clara y consciente participación de los responsables del Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores tanto en el delito de falsedad contable del artículo 290 del Código Penal cuanto en el delito de estafa de inversores del artículo 282 bis del mismo Código.

No estamos ante una "mera supervisión ": desde el R.D. 1473/1971 de 9 de julio, el Banco de España asume legalmente no sólo la inspección de las Cajas de Ahorros españolas, sino también su más alta dirección y su control. Por lo que respecta a la CNMV, el propio D. Fernando Restoy, en su declaración del 13 de Marzo de 2017 reconoció lo que ya constaba en Autos por otras declaraciones e informes, esto es: que la CNMV fue la ideóloga de la creación del SIP de las Cajas haciendo contar como entidad adquirente al BFA (entidad resultante), a fin de poder poner a valor razonable, también, los pasivos de Caja Madrid y que, " **el supervisor relevante** de la interpretación de las NIIF, sobre todo el balance consolidado de las



Entidades, es la CNMV “ (página 220 del Tercer Informe pericial de D. Victor Jesús Sánchez Nogueras)

En base a tal peritaje, en un elemental y muy sucinto resumen: en Junio de 2010, las 7 Cajas de Ahorros más importantes de España estaban en quiebra técnica, pues, con un patrimonio conjunto de 15.406 millones €, tenían pérdidas por, al menos, 16.659 millones€ no reflejados en sus respectivas contabilidades. Especialmente Caja Madrid y Bancaja, con reclasificaciones y deterioros con ratios de morosidad y subestándar muy por encima del sector, con una ya delicada situación de liquidez (página 49 del tercer informe pericial del Perito Sr. Sánchez Nogueras).

16.959 millones € de pérdidas que no se habían generado en el año 2010. No eran pérdidas “ esperadas”. Eran “pérdidas incurridas” y por eso había que registrarlas: eran pérdidas no reconocidas en sus activos adjudicados, con un mercado inmobiliario a la baja y pérdidas en el valor de sus carteras de préstamos, especialmente los concedidos a promotores, donde se había practicado una política de refinanciaci3nes con aplazamientos de pagos carentes de racionalidad y coherencia económica que sólo buscaban ocultar y encubrir la morosidad en el balance y evitar la dotación de provisiones por insolvencia/correcciones de valor en sus cuentas de resultados (tercer informe pericial del perito Sr. Sánchez Nogueras, páginas 49-50).

Ante la inminencia de la supervisión internacional, a propuesta de la CNMV, se optó por administrar el reconocimiento contable de dichas pérdidas, difiriéndolo. Para salvar la cuenta de resultados de 2010 del impacto de estas pérdidas, había que registrar las pérdidas contra reservas. Táctica contraria a la legislación.

Como era imposible reconocer todas las pérdidas de una vez, por el riesgo que suponía consumir todo el patrimonio y mostrar quiebra en unas Cajas (BANCAJA) o apenas patrimonio contable en otras (CAJAMADRID) (no se hubieran podido pagar las participaciones preferentes emitidas y además no se podría captar el dinero público que el FROB iba a aportar: 4.465 millones : recordemos que el Auto recurrido ya recoge este dato en sus hechos punibles: las ayudas publicas estaban limitadas por la legislación CE al 2% de los activos totales ponderados por riesgo (APR)condicionado a que capital más reservas y provisiones genéricas superaran el 6% de APR ... La cifra de ayudas, 4.465 millones de euros era, precisamente, el 2% de los APR a 31 de diciembre de 2009. Página 43 del Auto . **Hechos punibles, apartado 1º párrafos decimo cuarto y decimoquinto**) se apostó por



reconocer sólo una parte de las pérdidas y diferir el resto a la espera de que mejorase el panorama económico. En concreto, de los, al menos, 16.659 millones€, se reconocieron 9.207 millones€ de pérdidas, de las que 7.619 millones € se imputaron como tales contra las "RESERVAS" de las Cajas, y el resto, es decir, 1.588 millones €, se registraron como un ACTIVO FISCAL, por el presunto derecho a aplicarlo a liquidaciones de impuestos sobre sociedades de años futuros. Pero, surgía entonces un nuevo problema. Tal volumen de pérdidas de ejercicios anteriores no podían ser un mero descubrimiento de errores contables en el uso de información. Difícil de justificar y explicar, con riesgo para los Administradores, pero sobre todo para los auditores (al tener que demostrar ante su superior, el ICAC, que las pérdidas identificadas ahora en 2010 y no antes no eran debidas a una inadecuada actuación profesional, sino a que no les facilitaron la información) (tercer informe pericial. Sr. Sánchez Noguerras, pag. 51)

"En definitiva, para resolver esta situación se ideó una teoría contable ajena a la legislación mercantil y contable, nacional e internacional, y se la trató de dar un barniz de legalidad con la incorporación de una consulta al Banco de España" (página 51 de este tercer informe pericial).

Si los ajustes se hubieran registrado contablemente contra resultados, como tipificaba la Dirección General de Regulación, las siete Cajas habrían declarado pérdidas en el ejercicio 2010. De haber dado pérdidas las Cajas, no podría haberse calificado a este Grupo como solvente y viable: todo ello hubiera significado que las siete Cajas no podrían haber constituido el SIP y posteriormente BANKIA SA, ni podría haber recibido los 4.465 millones de euros que recibió del FROB, al estar prohibido utilizar el FROB para "recapitalizaciones generalizadas tendentes a mantener entidades no viables" (Exposición de Motivos del RDL 9/2009 de creación del FROB) (páginas 51 y 52 del citado informe pericial).

La **teoría contable** así ideada y ejecutada, continuó y se consumó con más actos de "ingeniería contable" como lo fueron los irregulares traslados de activos y pasivos de las Cajas a BFA (Primera segregación en 01.01.2011) y desde éste a BANKIA (segunda segregación) por las que se cedieron las provisiones por insolvencias, adjudicadas y participadas, esto es, sus activos y pasivos, **pero no** sus provisiones por insolvencias, de modo que los activos y pasivos integrados en la misma fueron registrados según su VALOR RAZONABLE, lo que implica dar de baja los importes de sus deterioros de valor anterior a la fecha de combinación de negocios (página 82



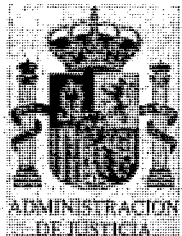
del Informe). BFA entregó como contrapartida acciones a las Cajas de Ahorro que incluían una prima de emisión de 7.067 millones de €. De esta manera, el patrimonio contable de BFA pasó de 10 millones de € el 31 de Diciembre de 2010 a 7.093 millones de € el 1 de Enero de 2011. Ese mismo día, BANKIA compra y asume los activos y pasivos de BFA SA (Balance individual) por su valor razonable por el precio de 12.000 millones de €, que se liquidó en acciones entregadas por BANKIA SA.

Todo ello en contra de la normativa contable (pg. 83 del informe pericial) y de las normas 12ª y 14ª de la Circular 4/2004 del Banco de España. (pg. 91 del informe pericial)

La pretensión de diferenciar la viabilidad del Grupo BFA y de BANKIA SA no es admisible. El Grupo BFA era inviable. Las 7 Cajas estaban en quiebra antes del SIP. BANKIA representaba el 92% del balance del Grupo BFA : no es razonable predicar la inviabilidad del todo y a la vez la viabilidad de una parte que representa el 92% del total. En la practica las pérdidas de BANKIA (26.496 millones de €) alcanzaron el 88% de las registradas en el Grupo BFA (29.958 millones de €) (pg. 94 y 95 del informe pericial).

El maquillaje contable ya fue expuesto con anterioridad a la salida a Bolsa por el equipo de inspección del banco de España y esto fue puntualmente notificado a la jefatura del Banco de España . El jefe del equipo de inspección (perito Sr. Casaus) antes de la salida a Bolsa advirtió que **el Grupo no era viable** : lo que implica que ello debería revelarse en los estados financieros (norma 10ª de la Circular 4/2004) (página 96 del nuevo informe pericial) maquillaje contable por devengo de intereses de riesgos con promotores que deberían estar clasificados como dudosos pero que estaban en "normal " o en "subestandar" , con un devengo de riesgo de 255 millones de € por un reconocimiento indebido de los intereses de las operaciones, lo que puesto en relación con los beneficios declarados (antes de impuestos) en el informe trimestral a fecha 31 de marzo de 2011 (247 millones de €) si descontamos o depuramos los intereses imputados irregularmente, el beneficio se convierte en pérdidas de , al menos, 8 millones de € (página 97 de este nuevo informe pericial), irregularidad contable detectada y expuesta al Jefe de Grupo del departamento de Inspección, Sr- COMÍN, por el Sr. Casaus en Abril de 2011, 3 MESES ANTES de la salida a Bolsa de Bankia.

La cuenta consolidada de BANKIA a 31 de marzo de 2011 incluida en el Folleto informativo de la salida a Bolsa, no representaba la imagen fiel de la entidad (artº 34 del Cº de Comercio) (pg 97 del informe pericial).

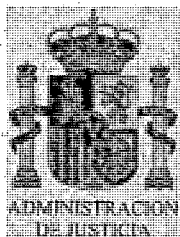


La entidad arrojaba pérdidas desde su inicio (al menos -183 millones de €) lo que era conocido por el Banco de España cuando aprobó su salida a Bolsa y el Folleto Informativo.

A todo ello hay que unir el incorrecto y maquillado registro contable de las refinanciaciones y provisiones por insolvencias/ correcciones valorativas (páginas 98 a 100 del tercer informe pericial del Sr Sánchez Nogueras de 8 de mayo de 2017) : 50.000 millones de € prestados a promotores con carencia de 3 años de principal y de intereses otorgados en 2007/2008, que se refinanciaron con idénticas condiciones (blindándoles de impagos) en 2010/2011- Al eximir de pago a los promotores, obviamente, no se producía impago alguno, gracias a lo cual esas obligaciones siguen devengando formalmente intereses, lo que constituye irregularidad contable al no reflejar contablemente la morosidad real de su cartera crediticia. Todo ello asimismo expuesto a la dirección del banco de España por el Jefe del Grupo de Inspección Sr. Casaus a la Dirección del Banco de España (páginas 95 y 97 del tercer informe pericial) .

Fue la reformulación de cuentas de mayo de 2012 lo que afloró toda la morosidad encubierta y las perdidas por deterioro que no se habían registrado contablemente en los estados contables a 31 de marzo de 2011 (los de la Salida a Bolsa).

Seguidamente se valora en la pericial la trascendencia económica que tenía (formalmente) la renuncia que hizo BFA a su derecho de suscripción preferente en la Oferta Pública de Suscripción de Acciones (Salida a Bolsa), así como la incongruencia que suponía que BFA (único accionista de Bankia, y por tanto responsable de sus estados financieros, presentara un balance con un valor teórico de sus acciones de 15'28 € la acción, y, al mismo tiempo, ofreciera nuevas acciones por 4'41 € y posteriormente a 3'75 € por acción (a un precio la acción nueva un 74% más bajo que las antiguas) y renuncia de forma incondicional e irrevocable al derecho de suscripción preferente de acciones que le correspondería en relación con las acciones objeto de la oferta, que conforme este análisis pericial suponía para las 7 Cajas una pérdida de 4.721 millones de € (véase folios 105 a 109 del tercer informe pericial del Sr Sánchez Nogueras de fecha 8 de mayo de 2017 para más explicitación) . Ni el Banco de España, ni la CNMV , pese a esta drástica devaluación de las nuevas acciones ofrecidas exigió la revisión del Balance en el que el precio de las acciones se seguía valorando a 15,28 €/acción. El informe pericial señala que " La norma (párrafo 12 letra d) de la NIIF 36) señala que si el precio de las acciones en Bolsa es inferior a su valor teórico contable que se desprende del Balance, el mercado está

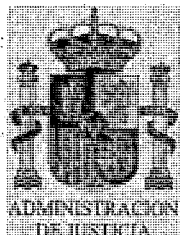


considerando que el valor de los activos del balance es inferior al que se está mostrando. Esto es, que hay pérdidas no reconocidas contablemente”(página 109 del Informe pericial).

La salida a Bolsa se aprobó , finalmente por la COMISIÓN EJECUTIVA (a la que pertenecían en aquélla época **D. Miguel Fernández Ordoñez** <Gobernador> y **D. Javier Ariztegui** <Subgobernador>), a PROPUESTA del Departamento de Inspección I , en concreto, tras informe de fecha 11 de abril de 2011 ,favorable, emitido por **D. Pedro González** (Director del departamento de Inspección) y **D. Pedro Comín** (Jefe de Grupo que desde tres días antes ya tenía en su poder los informes absolutamente en contra de la salida a bolsa de la entidad remitidos por el Sr. Casaus), informe favorable firmado por el **Director General de Supervisión D Jerónimo Martínez Tello** y ello a pesar de que por éstos ya se valoraba en su informe que “un precio inferior muy alejado del valor intrínseco de la sociedad anularía cualquier teórica ventaja de una salida a Bolsa” cifrando , como máximo, un 40% el nivel de descuento de valor que podría justificar dicha salida (“ descuentos por encima del 40% de valor teórico contable del banco cotizado pueden cuestionar la propia solidez del proyecto”. El día 14 de abril de 2011 , la Comisión Ejecutiva del banco de España aprueba, a sabiendas de todo ello, la propuesta de salida a Bolsa de BANKIA SA, en la que las nuevas acciones era con una depreciación del 74%.

La nueva pericial efectuada es clara: “ *Los Consejos de Administración de BFA SA y Bankia SA, su auditor, y los organismos supervisores (esto es, Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores) sabían que 3'75 euros por cada nueva acción suponía un gravísimo perjuicio para BFA (quebrada) y para los tenedores de preferentes, obligaciones subordinadas y para el propio FROB que mantenía sus inversiones den BFA. También suponía un gravísimo perjuicio para los futuros adquirentes de BANKIA S.A. puesto que iban a inyectar dinero bueno sobre un balance con activos sobrevalorados*” . (páginas 115 in fine y página 116 del nuevo Informe Pericial.)

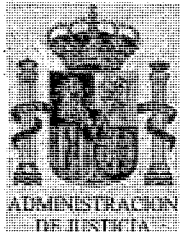
Sobre estas conclusiones del informe pericial, la inferencia que ha de extraerse es que no sólo los organismos supervisores eran sabedores de los perjuicios que se iban a irrogar a los inversionistas, sino que, la **propia y evidente irracionalidad económica de la operación** (regalo del derecho de suscripción preferente, descuento de un 74% del valor de las nuevas acciones) eran “ señales “ que, desde luego, no podían pasar desapercibidas a los inversores mayoristas, técnicos y concedores de las señales del mercado, pero, que no podían conocer los inversores minoristas, que fueron los verdaderos



perjudicados por esta "huída hacia delante" . El perjuicio a los pequeños inversores individuales era más que previsible.

El Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenían, además, previo y directo conocimiento de estas irregularidades por otra vía añadida : recuérdese que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) tiene como miembros titulares de su Comité de Auditoría (miembros natos) a un representante del Banco de España y a un representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores .

Acerca de la ilegalidad de la propuesta planteada por las Cajas de cargar las pérdidas por deterioros con cargo a "reservas" , la Comisión Ejecutiva del Banco de España estaba previamente alertada por la Dirección de **Regulación** (departamento de Instituciones Financieras) que informó en el sentido de que dicha propuesta no podía justificarse "con razones mercantiles, ni contables , ni financieras " (página 129 del tercer informe pericial del Sr Sánchez Nogueras) y advertía que dicha propuesta " no encuentra acomodo en la normativa mercantil y contable española, ni en la normativa contable internacional" (informe del Sr. Lamamié de Clairac). Esto es: que la propuesta era ilegal . En efecto, la División Normativa Contable del Banco de España , dependiente del Departamento de Instituciones Financieras de la Dirección General de **Regulación**, fue consultada acerca de la propuesta de las Cajas de cargar contra reservas las pérdidas por deterioros no contabilizadas, emitiéndose por ésta una " **nota técnica**" de **29 de Diciembre de 2010** , en la que dicha División Normativa Contable contesta que " *La alteración de la "entidad económica" de sociedades que mantienen su "estructura legal" no es exclusiva de los SIP, puesto que en toda combinación de negocios la empresa que obtiene el control determina los fines y utilidades del patrimonio de la adquirida....Sin embargo, si como consecuencia de ello se pusieran en evidencia deterioros patrimoniales de la adquirida, los administradores estarían en la obligación de registrarlos de acuerdo con el criterio contable que corresponda a los elementos cuyo deterioro se ha evidenciado. Para el caso concreto que suscitan las Cajas, activos medidos al coste amortizado, la regulación contable dispone que el deterioro de los activos financieros se corregirá con cargo a la cuenta de resultados (norma 29ª.1 de la Circular 4/2004), y añade el Código de Comercio que deberán tenerse en cuenta todos los deterioros de valor tanto si el ejercicio se salda con beneficios o con pérdidas "* (página 48 del tercer informe pericial). Y advirtió que , además de ser contrario a la normativa, supondría un menoscabo del patrimonio de cada una de

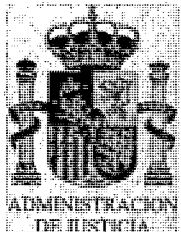


las Cajas (página 44 del informe) En resumen: que no podía hacerse. Incluso, advertía del “ riesgo reputacional” en que podía incurrir el Banco de España de permitir la disminución del patrimonio de las Cajas con conocimiento de su falta de legalidad y con el riesgo de aumentar la descapitalización de las Cajas (página 45 del Tercer informe Pericial).

Este Informe, era el que acompañaba a la “Propuesta” elevada a la Comisión Ejecutiva el 29 de diciembre de 2010, por el Departamento de Inspección I de Cajas de Ahorro , Dirección General de **Supervisión** , de la que, en aquéllos momentos , era Director General D. **JERÓNIMO MARTÍNEZ TELLO**, y a la que pertenecían D **PEDRO GONZALEZ**) y D. **PEDRO COMÍN**, como Jefe de Grupo de dicho departamento, y que, en clara disidencia con el informe técnico antes expuesto , propuso una solución “ *que neutralizaba los efectos perniciosos del irregular cargo en reservas respecto del legal cargo en la cuenta de pérdidas y ganancias del año*”, consistente en “ *la adopción de ese criterio por parte del Consejo de Administración (cargo de pérdidas en reservas) con la condición de que ello no suponga un menoscabo patrimonial distinto al que se habría producido de haber efectuado el ajuste en la cuenta de resultados del 2010* “ (página 38 del tercer informe pericial del Sr Sánchez Nogueras) y en clara contradicción con el informe de los especialistas en la materia, concluye con una propuesta “ favorable” al Consejo de Administración, de que se acuerde que “ el tratamiento contable propuesto *podría ser utilizado por esa entidad en la medida en que su Consejo de Administración asuma dicho tratamiento , así como las razones que lo justifican*” (que fue, en definitiva, el que , literalmente se aprobó y transmitió a las Cajas) . Esto es, pese a la clara manifestación en contra de la Dirección general de **Regulación** en sus dos informes, el departamento de Inspección I, Dirección General de **Supervisión** avaló la propuesta, aduciendo : “ *que la creación de un SIP es una cuasi-fusión*”, y que no existía norma alguna específica que lo impidiese, y, “*en relación con los riesgos de descapitalización*” de que había alertado la Dirección General de Regulación, que “ *entendemos que son mayores los derivados por el reflejo de pérdidas en los estados individuales de las cajas para absorber los ajustes de la primera integración*”.

Esto es, existía previo conocimiento de la ilegalidad, de los riesgos de descapitalización y del perjuicio de inversores.

La Comisión Ejecutiva del Banco de España en su Acuerdo de 29 de Diciembre de 2010 se inclinó por las razones del departamento de Inspección I (supervisión) haciendo caso omiso a los informes en



contra de la División Normativa Contable del Banco de España , Departamento de Instituciones Financieras de la Dirección General de **Regulación**, que acompañaban a dicha propuesta.

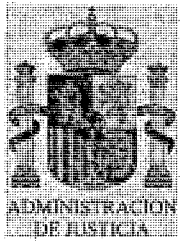
Concluye la pericial, que, en definitiva “ *se incumplió la normativa existente arguyendo unas supuestas razones supervisoras que, además de contravenir la regulación mercantil y contable nacional e internacional, bajo ningún concepto pueden servir de pretexto para no ofrecer a los depositantes, inversores y mercado en general la verdadera situación de cualquier entidad, lo cual en el caso de Caja Madrid y Bancaja se agravaba por su fuerte dependencia de la financiación de los mercados de capitales*” (página 41 del Informe).

Añade este tercer informe pericial que “ **se ignora porqué** hubo de solicitarse opinión al Departamento de Inspección I... ni menos aún porqué **unas supuestas razones supervisoras pudieron servir de pretexto para consentir que cada una de las Cajas distorsionaran en 2010 las cuentas anuales suministradas al mercado, incumpliendo el Código de Comercio, la normativa contable del propio Banco de España y la de los Reglamentos de la Unión Europea**”.

Por último, y en cuarto lugar, no sólo no se han desvirtuado los indicios tomados en consideración en nuestro anterior Auto, sino que éstos se han confirmado y aumentado, al haberse practicado por el Juez Instructor otra nueva prueba pericial, igualmente explícita: **la Segunda ampliación del informe de Antonio Busquets Oto, asimismo de fecha 8 de Mayo de 2017,** que ratifica en su integridad sus anteriores informes periciales, y mantiene en sus conclusiones (página 86 de dicho informe pericial) que “ *hay numerosas evidencias de que los deterioros se habían producido y conocido mucho antes de marzo de 2012 (reformulación de las cuentas) :*

- *Deterioros en los activos adjudicados de BANKIA HÁBITAT y CISA, que tuvieron informe de Auditoría de 2010 con salvedades por falta de información.*
- *Concurso de MARTINSA-FADESA, con quita del 70% en marzo de 2011.*
- *Acta del Consejo de Administración de Bankia de 12 de Diciembre de 2011 señalando quebrantos en activos de BANKIA por 1.484 millones de € y de 700 millones de € en BFA.*

Los peritos judiciales entendemos que decenas de miles de préstamos y activos inmobiliarios no se deterioran a la vez en la media noche del 31 de Diciembre de 2011, sino que lo hacen de forma paulatina a lo largo de todo el ejercicio.



Este retraso en el registro contable es evidente para los tres ajustes de reformulación mencionados de BANKIA, que suman 4.307 Millones de €, y también para los de BFA:

- *Impactos automáticos de la salida a Bolsa, impairment y ruptura del grupo fiscal.*
- *Deterioro e intervención del Banco de Valencia*
- *Renovación del dividend swap en diciembre de 2011 para evitar las pérdidas derivadas de su cancelación anticipada .*

Si el Grupo BFA era inviable en abril de 2011 por su incapacidad de generar recursos recurrentes, al consecuencia inmediata debería haber sido la eliminación en todo o en parte de los activos fiscales, que a 31 de marzo de 2011 sumaban 6.338 millones de €, el 74% de los 8.554 millones de € de fondos propios. El folleto de emisión no advirtió de esta contingencia.” (páginas 86 y 87 de la segunda ampliación del informe pericial emitido por el Perito Sr Búsquet Oto)

Asimismo, esta Pericial se ratifica en sus anteriores conclusiones sobre la falsedad de la información contable, de las que, a continuación, hace un extractado resumen, y que se corresponde y avala con el decir del anterior perito en relación a las sucesivas maniobras de ingeniería financiera detectada.

Con el mayor de los respetos a la opinión mayoritaria, estimo , en consonancia con lo anterior, que existen indicios múltiples, concurrentes, y razonables de criminalidad que permiten inferir que los máximos dirigentes del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores avalaron y propiciaron con pleno conocimiento , la falsedad contable más que detectada previamente a la salida a Bolsa de Bankia, a sabiendas del grave perjuicio que con ello se iba a causar a los inversionistas, que era evidente iban a ser minoritarios, en estafa de inversores, por lo que estimo que el procedimiento debió proseguir contra ellos como encausados en relación con los dos delitos por los que se continúa la causa, a falta de la calificación que de los hechos puedan efectuar las acusaciones personadas.

Es cuanto tengo que decir en apoyo de mi discrepancia, en Madrid, a quince de septiembre de 2017.

Fdo.: Clara E. Bayarri García.