



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

AUTO

Madrid, a uno de julio del año dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña María José BUENO RAMIREZ, en la representación que tiene acreditada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO, se presentó escrito mediante el que se interesaba, en base a las alegaciones en él formuladas, se cite a declarar en calidad de investigados a D. Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, a D. Javier ARÍZTEGUI, a D. Jerónimo MARTÍNEZ TELLO y a D. Fernando RESTOY, y en calidad de testigo a D. José Antonio CASAUS, así como que se libre oficio al Banco de España a fin de que se aporten a este Juzgado todos los informes elaborados por dicha institución sobre el Grupo BFA-BANKIA referidos al ejercicio 2012.

SEGUNDO.- De referida solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, habiéndose presentado las alegaciones que a a sus respectivos derechos convino.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- La parte acusadora, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO interesa la declaración de un aserie de personas en virtud de los cargos que ocuparon en determinados periodos temporales, entendiendo que en el ejercicio de los mismos pudieran haber incurrido en las conductas delictivas que son objeto de investigación en el presente proceso, y en concreto se solicita que este Juzgado, en condición de investigados, a:

- D. Fernando Restoy, como ex vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y Consejero nato del Banco de España durante el proceso de constitución y salida a Bolsa de BFA-BANKIA. En el momento de la OPS actuó como Presidente en funciones de la C.N.M.V. (en sustitución de D. Julio Segura, en situación de baja por enfermedad) y, por lo tanto, autorizó la OPS que los peritos han calificado tajantemente de "fraudulenta".

- D. Miguel Ángel Fernández Ordoñez, Gobernador del Banco de España entre 2006 y 2012 y, por lo tanto, máximo responsable de la creación del SIP (a cuya integración "conmino" a CAJAMADRID y BANCAJA), de la constitución de BFA-



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

BANKIA y de toda la supervisión de la entidad desde su creación y hasta su rescate y nacionalización.

- D. Javier Arístegui, Director General de Supervisión del Banco de España entre 2006 y 2009, año en que es nombrado Subgobernador, donde permanece hasta el 11 de junio de 2012.

-D. Jerónimo Martínez Tello, que fue nombrado Director del Departamento de Cajas de Ahorro el 22 de mayo de 2008 y Director General de Supervisión en 14 de abril de 2009.

Se fundamente la citada petición en que a juicio de la citada acusación, tras la práctica de las diligencias de investigación, se *"considera que existen sólidos y concluyentes indicios delictivos que apuntan a la responsabilidad de la C.N.M.V. y el Banco de España"*.

Entiende la parte que los máximos responsables del Banco de España *"conocían perfectamente los problemas detectados y decidieron ocultarlos"*. Dichos responsables habrían no solo permitido, sino exigido la creación del SIP, la manipulación de las cuentas anuales y la salida a Bolsa de BANKIA.

Y continúa señalando que los responsables de la C.N.M.V. habrían permitido la salida a Bolsa de BANKIA eximiendo a dicha entidad de la presentación de sus cuentas anuales auditadas.

Solicitudes de imputación similares, y bajo los mismos argumentos, ya fueron rechazadas por este Juzgado anteriormente, frente la petición que en el mismo sentido se formuló por el "SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIO MANOS LIMPIAS", y ello por cuanto vendrían a tener la misma base jurídica de la atribución de responsabilidades que ahora, de nuevo se pretende hacer: el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control de los órganos supervisores.

Tal y como indica el Ministerio Fiscal en su informe, la parte acusadora no determina con la precisión necesaria cual es el título de imputación por el que se pretende atribuir responsabilidad criminal a los funcionarios responsables de los citados organismos.

Y de nuevo deberá recordarse que no es posible la construcción jurídica por la que se pretende llevar a la condición de investigados a los responsables del Banco de España y de la C.N.M.V., y ello desde el momento en que el delito que se investiga en el presente procedimiento es el tipificado en el artículo 282 bis del Código Penal, que contempla un delito de estafa de inversores, de manera que la esencia, la médula del tipo no es otra que el engaño, lo que requiere un dolo específico, de forma y manera que en ningún caso cabe la participación imprudente en un delito de estafa, debiendo recordar el contenido del artículo 12 del Código



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

Penal, al determinar que *"las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley"*, sin que esta forma de comisión esté contemplada en el artículo 382 bis del Código Penal, ni tampoco en el 290 del mismo texto legal, cuya posible atribución también se deja entrever del tenor del escrito de la acusación popular.

Estas consideraciones harían decaer, por si solas, la petición de las diligencias interesadas, si bien se pueden traer a colación otros argumentos que ponen de manifiesto la improcedente en la extensión en la atribución de responsabilidades penales que se pretende hacer vales por la parte acusadora.

SEGUNDO.- Así, y en primer lugar, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia número 256/2015, de 23 de septiembre, frente a la reclamación de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial ejercida por tres inversores en BANKIA contra el Banco de España.

En dicho proceso, los demandantes pretendían ser indemnizados en la diferencia existente entre el precio de adquisición de las acciones y el obtenido posteriormente por la venta de las mismas, más los intereses correspondientes, aludiendo, sustancialmente, a la intervención del Banco de España en la creación del Sistema Institucional de Protección -SIP- en el que se integraron siete Cajas de Ahorro y que dio lugar al Banco Financiero y de Ahorros del que surgió Bankia, así como en el respaldo dado para la salida a bolsa de esta última entidad, tratando igualmente la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el posterior rescate y nacionalización de Bankia, considerando procedente *"indagar el papel que [...] debían haber desempeñado el Banco de España y la CNMV, en relación con si existía una sobrevaloración de los activos, si las cuentas formuladas no reflejaban la realidad de la Entidad y el Banco de España conocía el alto riesgo de exposición en el que estaban las Cajas que se integraban, de forma que es claro que hubo negligencia de los supervisores al adoptar una posición contraria a la prudencia exigible a un regulador financiero, dada la situación de los mercados en ese momento"*, destacando a este respecto que se preparó la salida a bolsa con datos financieros manipulados para crear apariencia de solvencia, salida a bolsa que fue *"alentada"* por el Banco de España, y detallando la evolución posterior de la referida entidad, apoyándose en los informes emitidos por la Intervención General de la Administración del Estado en el proceso penal que pende, de los que infiere la negligente actuación del Banco de España, y concretando el daño, según se ha dicho, *"en la diferencia entre el precio de compra de las acciones y el precio de venta de esas mismas acciones con ocasión del colapso y posterior nacionalización de Bankia, en mayo de 2012"*. En suma, afirma que *"se llevó a efecto el plan urdido para capitalizar una Entidad en pleno proceso de hundimiento con aportaciones de particulares quienes, confiados en la aparente solvencia de Bankia, así como no menos confiados en que los órganos supervisores actuaron de forma prudente y acorde a sus funciones, invirtieron sus ahorros en una Entidad manipulada en todos los sentidos por sus órganos de gobierno, con la cooperación de la supervisión*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

negligente del Banco de España, la CNMV y el Ministerio de Economía y Competitividad para captar fondos de particulares en los mercados de manera gravemente lesiva para los inversores".

La Sala de lo Contencioso Administrativo examina los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, señalando como tales:

- 1º. Un hecho imputable a la Administración,
- 2º. Lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas,
- 3º. Relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y
- 4º. Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus Sentencias de 14 de julio y de 15 de diciembre de 1986 , de 29 de mayo de 1987 , de 17 de febrero o de 14 de septiembre de 1989 , para que nazca dicha responsabilidad se requiere *"una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración"*.

Y añade: *"En cuanto a la relación causal, el mismo Tribunal Supremo se ha ocupado de resaltar que "la imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el caso de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. En cambio, tratándose de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para restablecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión; en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y este dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar" (Sentencias de 16 de mayo de 2008 , de 27 de enero , 31 de marzo y 10 de noviembre de 2009 , de 21 de febrero y de 1 de junio de 2012 o de 2 de junio de 2014).*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

También ha de llamarse la atención sobre la posible intervención de terceros en la producción de los daños, dado que, como también ha explicado el Tribunal Supremo, ha de exigirse una acrecentada *"prudencia judicial"* cuando *"los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración"*, en el sentido de que *"ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado"* (Sentencia de 17 de marzo de 1993).

Resalta la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que, "con respecto a la responsabilidad patrimonial de los organismos reguladores, ha mantenido el Tribunal Supremo que no puede exigirse la garantía absoluta de que no se produzcan disfunciones en los distintos sistemas, sin que la mera existencia de tales organismos constituya, *per se*, título de imputación suficiente para reclamar responsabilidad patrimonial con el objeto de indemnizar cualquier perjuicio que puede acaecer por la participación voluntaria de los ciudadanos en el ámbito financiero, con independencia de la causa que lo haya producido".

En este sentido, ha precisado que *"la responsabilidad del órgano de control vendrá determinada por la imputabilidad del daño, en relación causal, a la omisión de aquellas actuaciones que razonablemente le fueran exigibles adoptar en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce para el cumplimiento de su función o al ejercicio inadecuado de las mismas atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, lo que supone una valoración propia de un órgano técnico [...] con respeto a ese ámbito de decisión, salvo que se produzca un ejercicio arbitrario o injustificado, erróneo en sus consideraciones fácticas o contrario a la norma"*, señalando que, *para ponderar si aquellas facultades se han ejercitado razonable y proporcionalmente, hay que estar "a las circunstancias concurrentes al momento en que se tenían que adoptar"* (Sentencia de 27 de enero de 2009). Esta misma Sala ha recordado que la Directiva 1997/9/CE, de 3 de marzo de 1997, que versa sobre los sistemas de indemnización de los inversores en el ámbito de las empresas de inversión (incluyendo las entidades de crédito), reconoce que *ningún sistema de supervisión puede ofrecer una garantía completa, particularmente en el caso de que se cometan actos fraudulentos* (Sentencias de la Sección Primera, de 10 de febrero de 2010)".

Y tras analizar la actuación del Banco de España en los hechos que dieron lugar a la adquisición de acciones de BANKIA por parte los demandantes, concluye que: *"no concurren los requisitos legales para el nacimiento de la responsabilidad del Banco de España y la consiguiente obligación reparadora del daño por el que reclaman los demandantes, pues, analizadas las actuaciones del demandado en relación con la salida de Bankia a bolsa, no se advierte en el análisis individualizado de las mismas que se ha hecho ni en su*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

apreciación conjunta que sean la causa del perjuicio patrimonial sufrido por los actores”.

TERCERO.- A esta Sentencia procede añadir la dictada por el mismo Tribunal en fecha 21 de octubre de 2015, número 345/2015, siendo demandado el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Ministerio de Economía y Competitividad, en reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los demandantes con la salida a bolsa de Bankia, S.A.

En ella, los demandantes, tras exponer el sistema institucional de protección (SIP), las circunstancias que motivaron la creación del Grupo Bankia, las condiciones de la oferta pública de suscripción y admisión a negociación de acciones de Bankia (OPS), las pruebas de resistencia o test de estrés realizados por el Banco de España inmediatamente antes de la salida a Bolsa de Bankia, así como la actuación de la CNMV, las condiciones de rescate y nacionalización de Bankia, la suscripción por parte del FROB de una ampliación de capital en BFA, los Informes de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) emitidos, además de las actuaciones seguidas por el ICAC contra la entidad Deloitte, e Informe Pericial emitido por los Técnicos del Banco de España en el procedimiento seguido en este Juzgado Central de Instrucción, individualizan los daños derivados de la suscripción y adquisición de las acciones de Bankia fundamentando interesando se declare la responsabilidad patrimonial del Banco de España, y la Sala de lo 9 Contenciosos Administrativo, tras exponer detalladamente los razonamientos de su decisión desestima el recurso interpuesto por los demandantes, dado que no se dan las circunstancias que hacen viable la responsabilidad patrimonial respecto de los demandados.

CUARTO.- A estas resoluciones judiciales cabe añadir, como indica el Ministerio Fiscal en su informe, los dictámenes del Consejo de Estado en los expedientes 1059/2014, aprobado el 14 de julio de 2014, el 1279/2014, aprobado el 23 de abril de 2015, el 672/2015, y el 673/2015, aprobados el 2 de julio de 2015, en los que se dictamina sobre distintas reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante el Banco de España, solicitando sea declarada la responsabilidad concurrente y solidaria de dicho Organismo, la del Ministerio de Economía y Competitividad, la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la del Fondo de Reestructuración Bancaria, por los daños causados a los accionistas de BANKIA S.A., en la salida a Bolsa. Y en todos y cada uno de citados dictámenes, el Consejo de Estado, tras analizar unos argumentos similares a los aquí expuestos por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO, dictamina que no procede estimar las reclamaciones presentadas.

QUINTO.- Sentado todo lo anterior, no cabe duda que el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado como principios consustanciales a todo proceso penal, los de contradicción e igualdad de armas. En congruencia con ello la Ley 13/2015, de 5 de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

octubre, ha dado una nueva redacción al artículo 118 de la L.E.Crim., para asegurar en plenitud la vigencia de dichos principios, así como el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Conforme a la redacción actual del artículo 118 de la L.E.Crim., el derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley, desde la atribución del hecho punible hasta la extinción de la pena; y esa atribución formal contra una persona determinada -citándolo, para ser oída, en calidad de investigada corresponde, en exclusiva, al Juez de Instrucción, desde el momento en que la condición de investigado en un proceso penal no conlleva únicamente ventajas, sino también una serie de cargas o efectos negativos, tanto procesales como extraprocesales. Es por ello por lo que la doctrina constitucional se ha cuidado de recordar que dicha condición no se atribuye automáticamente, en virtud de cualquier solicitud de parte más o menos fundada, sino que requiere un control jurisdiccional.

De esta forma, la atribución de un hecho punible a una persona determinada por una parte, acusadora o acusada, en el curso de una instrucción sumarial no basta para conferir la condición procesal de investigado, pues la fórmula del artículo 118 no puede ser interpretada literalmente, debiendo complementarse dicha atribución de parte con la imprescindible valoración circunstanciada del Juez Instructor (SS.T.C. 37/1989 y 135/1989).

La atribución de un hecho punible debe cumplir dos requisitos para dar lugar a la llamada al proceso en calidad de investigado del artículo 118 de la L.E.Crim.:

- 1.º) estar dirigida contra persona determinada, y
- 2.º) ser fundada a juicio del Juez Instructor (STC 135/1989, Fundamento Jurídico 4.º y artículo 488 de la L.E.Crim.), siendo necesario reconocer al Juez Instructor un *«razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado»*, como señala el Tribunal Constitucional.

En definitiva es el Juez Instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución y sólo si la considera verosímil o fundada, de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada, deberá llamarla a fin de que ejercite en plenitud el derecho de defensa (STC número 135/1989, fundamento jurídico 3º).

SIXTO.- Pues bien, analizando las alegaciones efectuadas por la acusación popular y por las que pretende que comparezcan en el procedimiento las personas que en su escrito cita, se debe llevar a la conclusión de que la práctica de dicha diligencia es impertinente e inútil, por infundada.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

La citada acusación popular atribuye la comisión de hechos punibles a las personas que cita en su condición de altos responsables del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, indicando, como conclusión de sus alegaciones que *"no hubo una verdadera supervisión. O peor aún, la supervisión consistió más bien en impulsar el SIP y fomentar la salida a Bolsa de BANKIA, colaborando a la perpetración de los delitos objeto de investigación, que no se podrían haber cometido sin la actuación del Banco de España y de la CNMV. No podemos hablar siquiera de la captura del supervisor, pues era el propio supervisor el que, sobre la base de cuestionables criterios políticos, fomentó la huida adelante causante del inmenso quebranto patrimonial de la Entidad, lo cal en modo alguno serviría, por cierto, de atenuante de la responsabilidad que incumbe tanto a los gestores de BFA-BANKIA como a los auditores"*.

Y este Juzgado entiende que las diligencias interesadas, mediante la toma de declaración como investigados a los altos responsables del Banco de España debe ser rechazada al carecer de fundamento, y ello por cuanto, y en base a los argumentos expuestos con anterioridad, la única forma de participación de los mismos en los delitos investigados lo sería mediante la comisión dolosa de los mismos, lo que supondría que todos los funcionarios del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, intervinientes en las labores de supervisión y control de las entidades bancarias afectas a esta instrucción, participaran de forma consciente, voluntaria y materialmente al resultado lesivo, esto es: a la causación del perjuicio a los inversores, y ello dentro de un plan delictivo acordado con los querrelados en el que a aquellos les correspondería hacer cuanto pudieran desde sus cargos públicos para mantener una calculada inacción institucional, tal y como indica el Ministerio Fiscal. En efecto, no cabe otra forma de hablar propiamente de "participación" en sentido jurídico-penal. Y dicha elaboración fáctica es inverosímil. No sólo no existen elementos en la causa que permitan sostener esta atribución dolosa de participación -ni siquiera a título de dolo eventual-, sino que la misma resulta radicalmente incompatible con la intervención que Banco de España y la C.N.M.V. han tenido de cara a la corrección de diversas malas prácticas en su momento detectadas.

SÉPTIMO.- Para terminar, debe reprocharse a la parte acusadora su inadecuado enfoque el proceso y de la justicia penal, que no puede -en ningún caso- desempeñar un papel de suplencia general en la exigencia de responsabilidades de todo orden, como remedio al mismo tiempo exclusivo y exhaustivo de cualquier infracción del orden social o político, como en algunas ocasiones este Juzgado ya ha advertido al letrado de citada acusación, y que antes ostentaba la asistencia letrada de un partido político, sino que debe mantenerse en el ámbito que le es propio, en el que la responsabilidad penal es personal y solamente alcanza hasta donde alcanza la prueba.

Y, finalmente, se debe tomar también en consideración el momento procesal en que se realiza la presente solicitud, cuando la instrucción de la causa se



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 59 / 2012

encuentra prácticamente conclusa, después una instrucción que este Juzgado ha pretendido sea lo más minuciosa, rigurosa y exhaustiva, siendo así que se viene a realizar la presente solicitud después de nada menos que cuatro años desde que la misma se inició. En tales circunstancias la perspectiva con la que ha de contemplarse la incorporación como investigados de nuevos sujetos pasivos del procedimiento no es la misma que la del momento inicial de las actuaciones, pues se cuenta ya -como la dinámica procesal ha puesto de manifiesto- con el material instructorio necesario para decidir sobre la procedencia o no de dicha incorporación al proceso, siendo así que, y dada la insostenibilidad de los argumentos expuestos por la acusación popular en su escrito, que no sea procedente la práctica de las diligencias interesadas en su escrito.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a la diligencia de declaración testifical y documental interesadas en el mismo escrito, en resolución aparte se proveerá.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: No ha lugar a la práctica de las diligencias interesadas por la Procuradora de los Tribunales Doña María José BUENO RAMIREZ, en la representación que tiene acreditada de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL DE CRÉDITO, consistentes en que cite a declarar en calidad de investigados a D. Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, a D. Javier ARÍZTEGUI, a D. Jerónimo MARTÍNEZ TELLO y a D. Fernando RESTOY

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

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

E./