

European Banking Law



Análisis de la SAN, nº 13/2020, de 29 de septiembre de 2020, relativa a la ausencia de responsabilidad penal por la salida a Bolsa de Bankia

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor
Departamento de Derecho penal
Universitat de València



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA



1. Notas preliminares

El presente trabajo realiza una aproximación a lo dispuesto por la SAN, nº 13/2020, de 29 de septiembre de 2020, relativa a la ausencia de responsabilidad penal por la salida a Bolsa de Bankia. En este sentido, el texto partirá de una referencia a la problemática que representa el tratamiento penal de la oferta pública de suscripción de acciones en el ámbito bancario, para posteriormente exponer los hechos principales objetos de enjuiciamiento en el caso Bankia, así como los argumentos seguidos por la resolución para justificar la ausencia de responsabilidad penal de todas las personas implicadas.

2. La problemática atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la oferta pública de suscripción de acciones.

Con carácter previo al análisis del caso de la salida a Bolsa de Bankia, cabe detenerse en la problemática político-criminal que plantea el tratamiento penal de la oferta pública de suscripción de acciones. En general, son supuestos de especial dificultad desde una perspectiva técnico-jurídica, en tanto que los criterios de imputación penal se aprecian de forma ciertamente difusa. Por ejemplo, en relación con los tipos penales aplicables, pues como se verá resulta complicada la calificación de las conductas, sea por las dificultades concursales que generan los hechos con distintas modalidades delictivas especialmente próximas, sea por las complicaciones en el momento de establecer la individualización de la responsabilidad penal en el ámbito de las personas intervinientes, cuestión que se agrava por la existencia de estructuras donde esta apreciación debe fundarse desde una dimensión colectiva de la responsabilidad penal.

Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad penal en el ámbito bancario se encuentra la dificultad añadida de la existencia de normativa administrativa y mercantil en el proceso de análisis del caso, produciéndose en su estudio desde la perspectiva estrictamente penal una difícil armonización entre *soft law* y *hard law*, cuestión que dificulta el estudio jurídico-penal del caso, no sólo por los cambios en los presupuestos estructurales que representan ambas disciplinas, tanto en relación con su naturaleza como respecto de su modelo de penalidad, como por la propia complejidad resultante de su integración a efectos técnico-jurídicos. En este sentido, la problemática jurídica puede reconducirse a las razones que señala González Cussac para atribuir a este abanico de supuestos la denominación de *casos difíciles*, razones donde se hibridan cuestiones de tipo sustantivo y procesal:

- a) por la novedad de figuras penales específicas introducidas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico; b) por su concurrencia con figuras delictivas genéricas y tradicionales; c) por las dificultades habituales en la individualización de responsabilidad criminal en supuestos de concurrencia de personas en el seno de estructuras organizadas; d) por la reciente atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la reforma penal de 2010; y, e) por los extraordinarios obstáculos procesales que genera la investigación y enjuiciamiento de esta clase de hechos. (González Cussac, 2016, p. 21).

A todo esto, centrándose ahora la argumentación desde una perspectiva político-criminal, cabe reseñar que la responsabilidad penal en el ámbito bancario adquiere una mayor relevancia a partir de la crisis económico-financiera vivida en el ámbito comunitario, también desde una perspectiva global. Esto es así, en tanto que se trata de uno de los sectores de relevancia económica donde, en momentos de conflicto político-social como los vividos a partir de lo que podría denominarse como *Gran Recesión*, la ciudadanía exigía un mayor control y supervisión por parte de los poderes públicos, así como una rendición de cuentas por parte de los responsables de estas entidades. En el caso concreto de Bankia, nótese que la mala gestión de su salida a Bolsa originó un profundo agujero en el sistema bancario español, cuestión que motivó el

rescate público de la entidad por un valor aproximado de 23.000 millones de euros. En este sentido, la sentencia analizada en estas páginas sólo es otra muestra de las dudas sobre la ejemplaridad de los miembros del Consejo de Administraciones y otros responsables de control de esta entidad, dudas que se confirmaron con la condena por la trama de las *Tarjetas Black*, supuesto donde quedó probado en dos resoluciones judiciales (SAN 4/2017, de 23 de febrero y la STS 438/2018, de 3 de octubre) el uso en provecho propio de fondos de la entidad por parte de los responsables de su control y gestión.

Con esta referencia quiere ponerse de manifiesto cómo se trata de un supuesto de hecho de un innegable alcance político, motivo por el cual puede perderse de vista, a partir de la mediatización del caso, la verdadera problemática que esconden casos de esta naturaleza. Así, por mucho que pueda incidirse en la necesidad de atribuir responsabilidad penal a las personas que cometen este tipo de comportamientos, los cuales suponen en última instancia un perjuicio palmario para el interés general, no debe ser el Derecho penal la herramienta a utilizar para prevenir este tipo de comportamientos. Sobre esta cuestión, resulta relevante resaltar de entrada la irrelevancia que el Derecho penal debería ocupar en la prevención y sanción de las malas prácticas bancarias, siendo preferible el recurso a otras vías del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el Derecho administrativo. En este sentido, el Derecho penal bancario, como variante del Derecho penal económico, representa una disciplina a la que no debería acudir si la tutela del mercado y los consumidores en el sector bancario quedara garantizada por otras vías de control más aptas para su efectiva supervisión. Sin embargo, lo dicho no obsta para que esta disciplina pueda entrar en juego en los supuestos de mayor gravedad, como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, en los cuales pueda verse afectada de forma clara la estabilidad económica del propio Estado, así como la consecución de los intereses generales en el ámbito socioeconómico.

3. La absolución en el caso de la salida a Bolsa de Bankia: cuestiones fundamentales de la SAN, nº 13/2020, de 29 de septiembre de 2020

Pasando al análisis de la SAN, nº 13/2020, de 29 de septiembre de 2020, por la que se absuelve a todas las personas acusadas por la salida a Bolsa de Bankia, se presentará en primera instancia una aproximación a los hechos objeto de estudio en este proceso. En este apartado, se pretende encuadrar y contextualizar la importancia que este caso representaba desde la perspectiva de la propia estabilidad económica del Estado, siendo los perjuicios derivados de su entrada en el mercado de valores la razón que supuso el desembolso por parte de las arcas públicas de una cantidad cercana a los 23.000 millones de euros para rescatar a la entidad y garantizar el mantenimiento del sistema financiero español. Partiendo de estos antecedentes, se pasará en el segundo apartado a considerar la valoración jurídica realizada por la Audiencia Nacional respecto del supuesto de hecho, poniendo de manifiesto las principales argumentaciones seguidas en la resolución judicial para justificar la absolución de todas las personas investigadas en el supuesto de hecho. Finalmente, se incluirá una valoración crítica del contenido de esta resolución judicial, considerando en este punto las insuficiencias, no sólo de la SAN, nº 13/2020, sino de los propios mecanismos de regulación del sistema bancario español.

a) Hechos: la constitución del Banco Financiero y de Ahorro (BFA) y la oferta pública de suscripción de las acciones de Bankia

En este punto, se considerarán los aspectos básicos alrededor de los cuales se centra el estudio de la responsabilidad penal por la salida a Bolsa de Bankia. En este sentido, atendiendo a la complejidad del supuesto, y a la extensión de la propia resolución judicial objeto de análisis, no se realizará una exposición exhaustiva, sino las referencias necesarias para comprender lo dispuesto por la Audiencia Nacional para considerar la absolución de las personas acusadas.

En primer lugar, para contextualizar el proceso de creación de Bankia, cabe destacar la promulgación del Real Decreto 9/2009, de 26 de junio, que creó la Institución del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), con la finalidad de implantar una estrategia que favoreciera la solución de los problemas del sector mediante una reestructuración ordenada del sistema bancario español. En este escenario, la actuación del FROB suponía un estímulo a los procesos de fusión, en tanto que el diseño de la institución posibilitaba la admisión por el FROB de títulos de recursos propios emitidos por las entidades comprometiéndose las mismas a recomprarlas en un plazo de cinco años o, alternativamente, solicitar su reconversión si el Banco de España lo autorizaba.

En este contexto, con fecha 14 de junio de 2020, siete cajas de ahorro suscribieron un protocolo de integración, en virtud del cual se comprometían a negociar un acuerdo para la constitución de un sistema institucional de protección de base contractual (SIP). Posteriormente, con fecha 29 de junio de 2020, la comisión rectora del FROB dispuso apoyar financieramente este proceso de integración mediante el compromiso de suscripción de participaciones preferentes convertibles por importe de 4.456€. Los dos procesos, protocolo de integración de las cajas de ahorro, y participación del FROB por el importe referido, fueron fiscalizados por los Servicios de Inspección del Banco de España, confirmándose que "las Cajas integrantes de la operación analizada pueden calificarse como entidades fundamentalmente sólidas y su proyecto de integración consistente y viable".

Así, el BFA fue constituida como Sociedad Central del SIP el 3 de diciembre de 2010, con un capital social de 18,04 millones de euros, habiendo contado para ello previamente con la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda. Precisamente, ese mismo día el órgano de administración de la entidad recién surgida adoptó importantes acuerdos, entre los que destacan la adhesión de BFA al Contrato de Integración que suscribieron las siete Cajas y la emisión de participaciones preferentes convertibles por importe de 4.465 millones de euros. También en la misma fecha, la Junta general de accionistas de BFA acordó ampliar su capital social a través de la emisión de 9 millones de euros de acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal cada una de ellas, y una prima de emisión total de 11,396 millones de euros, que fueron suscritas y desembolsadas íntegramente por las Cajas accionistas en proporción al porcentaje que ostentaron en BFA mediante aportación no dineraria del Derecho de Mutualización, siendo tal derecho reflejo a la obligación de las Cajas socias de aportar, a partir del 1 de enero de 2011, la totalidad de sus resultados a BFA, ingresos y gastos, recibiendo a cambio acciones de la propia BFA. En todo momento, esta operación contó con el respaldo del Banco de España.

Posteriormente, los consejos de Administración de las siete Cajas y el BFA aprobaron por unanimidad los proyectos de segregación de los activos y pasivos bancarios de las cajas para su integración en BFA. Este proceso se consolidó cuando las Juntas Generales Universales de BFA y Bankia acordaron que la primera cediera a la segunda la titularidad de determinados activos y pasivos recibidos de las Cajas. Así, como consta en la sentencia, BFA cedió en bloque la mayor parte de sus activos y pasivos bancarios a cambio de acciones de Bankia, reteniendo algunos activos y pasivos de peor calidad, quedando BFA como *banco malo* de Bankia, y permitiendo a ésta sanear su situación de cara a la ulterior salida a Bolsa. Como consecuencia de estas operaciones, Bankia aumentó su capital por importe de 12.000 millones de euros. Estos procesos de trasvase de activos, denominados *segregaciones*, contaron con el control de la Dirección General de Supervisión del Banco de España.

El 28 de junio de 2011 las juntas generales de accionistas de BFA y Bankia aprobaron poner en marcha la salida a Bolsa de Bankia mediante la realización de una Oferta Pública de Suscripción (OPS), con emisión y publicación del preceptivo folleto, que fue registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Consta en la resolución que este proceso fue supervisado, no sólo por el CNMV, sino también por la *European Banking Authority* (EBA), mediante la realización de un test de estrés o resistencia previo, así como por el FROB, a partir de los informes de seguimiento del Banco de España, los cuales a su vez eran remitidos a la Comisión Europea.

Cabe destacar que, con carácter previo a la salida a Bolsa, toda entidad debe depositar en la CNMV las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos, como ocurría en el caso de Bankia. No obstante, la entidad, por ser de nueva creación, se acogió a una excepción recogida en la normativa, la cual permite presentar unas cuentas infra anuales, siendo ésta la opción escogida por Bankia. En este caso, las cuentas presentadas, supervisadas por el CNMV, mostraban una situación muy favorable y solvente de la entidad. De igual modo, el 29 de junio, el día siguiente a la aprobación de la salida a Bolsa, se procedió a la inscripción del preceptivo folleto informativo en el Registro Oficial de la CNMV, en el cual se detallaba la situación patrimonial de Bankia, así como de los riesgos derivados de inversión en acciones de dicha entidad cumpliendo con las recomendaciones del CNMV. En este folleto informativo, además de las cuentas infra anuales a las que se ha hecho referencia, quedaba detallada toda la información relativa a la entidad, siendo ésta objeto de examen por el Departamento de Información Financiera y Contable de la CNMV. Asimismo, se detallan los factores de riesgo derivados de la operación, los cuales se organizan en las categorías siguientes: riesgo específico del emisor o de su sector de actividad; riesgo específico de Bankia; riesgo asociado al sector en el que opera Bankia; riesgo asociado al entorno macroeconómico en el que opera Bankia; riesgo relativo a los valores ofertados.

Así las cosas, siendo todo el proceso de la OPS controlado y supervisado por distintos organismos reguladores del sector financiero, el resultado a los pocos meses de la salida a Bolsa a Bankia es la difusión de valores negativos de la entidad por parte del FMI o la EBA, la dimisión del entonces Presidente de la entidad, Rodrigo Rato, y el rescate de Bankia a través del FROB, con el posterior desplome del precio de las acciones, hasta llegar a solicitar la suspensión de la cotización a la CNMV.

b) Fundamentos jurídicos: la inexistencia de responsabilidad penal por parte de las personas acusadas

Expuestos de forma sintética los antecedentes de hecho, se entrará en este apartado en el análisis de la fundamentación jurídica esgrimida por la SAN, nº 13/2020, para justificar la absolución de todas las personas acusadas por la salida a Bolsa de Bankia. En este sentido, cabría partir de las críticas veladas contenidas en la resolución respecto del Ministerio Fiscal, como consecuencia del cambio de calificación jurídico-penal de los comportamientos enjuiciados, en el paso a definitivas de las conclusiones provisionales esgrimidas al inicio del procedimiento. Así, si en primera instancia la Fiscalía considero que los hechos objeto del procedimiento eran constitutivos única y exclusivamente del delito tipificado en el art. 282 bis CP, en el escrito definitivo se estimó pertinente reconducir partes de los comportamientos al delito de falsedad contable del art. 290 CP, como habían hechos las acusaciones particular y popular.

En este punto, resulta necesario concretar el contenido de dichos preceptos, dentro de los cuales se enmarcaba la actividad probatoria llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y las acusaciones:

Art. 282 bis CP: Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

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

Art. 290 CP: Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

En relación con el art. 290 CP, el cual castiga el delito de falsedad contable, siendo la interpretación mayoritaria seguida por la doctrina jurisprudencial la de considerar que se produce este comportamiento cuando se produce el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. En este sentido, la STS, nº 369/2019, de 19 de julio, estima cuatro requisitos que deben seguirse desde el punto de vista probatorio para apreciar este comportamiento delictivo: 1) Que el acusado sea administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación. 2) Que las cuentas han sido falseadas, esto es, que han sido alteradas o modificadas en relación a lo que debería ser su correcto contenido; 3) Que el falseamiento de las cuentas resulte idóneo para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero, y, 4) Que el acusado haya intervenido de alguna forma relevante en la formulación, confección o configuración de las cuentas.

Respecto del art. 282 bis CP, se hace referencia a la figura delictiva denominada como *estafa de inversores*, consistente en el incumplimiento de los deberes de información establecidos en orden a garantizar la transparencia en el mercado de valores. La conducta típica, siguiendo lo dispuesto por la STS, nº 369/2019, consiste desde el punto de vista objetivo, en falsear la información económico-financiera, constituyendo elementos del tipo que "esa información se refiera a los recursos, actividades y negocios presente y futuros de la sociedad; que la información se refiera a una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores; que se trate de información contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o de las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores" y a diferencia de lo que ocurre en el artículo 290 que, como hemos dicho precisa que el falseamiento sea idóneo para causar un perjuicio económico a la misma sociedad, a los socios o a un tercero, el artículo 282 bis no requiere tal requisito.

Así, dentro de los bloques fácticos en que la resolución organiza los hechos, cabría considerar lo relativo al nacimiento de Bankia y su salida a Bolsa en el que las acusaciones sitúan la existencia del delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP, a partir de la falta de viabilidad del Grupo BFA/Bankia al momento de su salida a Bolsa derivado de su incapacidad para generar beneficios recurrentes y la falsedad de la información financiera y no financiera que se acompaña al folleto de salida a Bolsa. Se hará referencia específica a lo dispuesto respecto de estas cuestiones, si bien la sentencia también considera otros bloques de hechos, como el referido a la constitución de la BFA tras la integración de las siete cajas y sus cuentas correspondientes al ejercicio 2010, o el bloque referido a las cuentas anuales de BFA y Bankia correspondiente al ejercicio 2011. En ambos casos, se imputa la comisión de un delito de falsedad contable del art. 290 CP, párrafos 1º y 2º y 74 CP.

De entrada, la resolución judicial objeto de análisis justifica la absolución a partir de la escasa actividad probatoria desplegada por el Ministerio Fiscal, a efectos de dilucidar la responsabilidad penal de las personas investigadas. En este sentido, apunta a las escasísimas referencias que se hacen a las personas sometidas a enjuiciamiento, consecuencia de la ausencia de hechos concretos sobre los que Fiscalía construya la imputación. Asimismo, la sentencia crítica la mera

referencia a actitudes genéricas de desatención de los deberes de los miembros de los comités, sobre los que estima no cabe defensa posible, por su carácter etéreo, abstracto e indefinido. Finalmente, cabe considerar el aspecto nuclear que fundamenta la absolución de todas las personas acusadas por parte de la SAN, nº 13/2020, consistente en la existencia de un riguroso control de todo el proceso de OPS por parte de organismos reguladores y de supervisión del sistema financiero español y comunitario.

En primer lugar, con carácter previo a la salida a Bolsa de Bankia, respecto de la inexistencia de responsabilidad penal por el art. 290 CP, la resolución considera que el proceso de creación del BFA siguió "rigurosos procedimientos de inspección por parte del Supervisor", considerando que los numerosos informes de seguimiento emitidos por la Dirección General de Supervisión del Banco de España, así como la realización de auditorias por terceros independientes muestran la corrección del procedimiento. Lo mismo se dispone en relación con la presentación de los ejercicios contables infra anuales a los que se ha hecho referencia. Entrando en la posible existencia de un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP por la salida a Bolsa de la entidad, incide la sentencia en la misma argumentación. Por un lado, remite nuevamente a la supervisión ejercida por el Servicio de Inspección del Banco de España, incluyendo en este punto el "significativo rol" desarrollado por la CNMV en la elaboración del folleto informativo de la operación, así como el test de resistencia realizado por la EBA.

En suma, la SAN, nº 13/2020, considera que "lo que resulta evidente a todas luces es que el proceso que culminó con la salida a Bolsa de Bankia fue intensamente supervisado con éxito por el Banco de España, la CNMV, el FROB y la EBA, contando en definitiva con la aprobación de todas las instituciones". Concretamente, sobre el folleto informativo, dispone la resolución que "la información financiera incluida en el folleto era más que suficiente para que los inversores mayoristas y minoristas se formasen un criterio razonado sobre el valor de la compañía que se estaba ofertando, una información que había sido elaborada con la supervisión y obedeciendo a los requerimientos del Banco de España, siendo luego refrendado por la CNMV al registrar el folleto".

Por todo lo expuesto, la SAN, nº 13/2020, establece la absolución de todas las personas acusadas, considerando, por un lado, que los comportamientos que precedieron a la salida a Bolsa a Bankia, en tanto que contaban con el beneplácito de los distintos organismos reguladores a los que se ha hecho referencia en este comentario, no pueden considerarse delictivos. Por otro, la resolución es especialmente dura con la supuesta falta de actividad probatoria de las acusaciones, especialmente del Ministerio Fiscal, a efectos de determinar la responsabilidad penal de las personas acusadas. En este sentido, dispone que "en el relato de hechos probados las referencias expresas a los acusados son muy escasas, porque escasas eran las contenidas en los escritos de conclusiones definitivas de las partes acusadoras, -cuando no inexistentes-capitaneadas por el Ministerio Fiscal, optando todas ellas, en el mejor de los casos por atribuirles generalidades sin concreción alguna, sin detallar mínimamente la realización de hechos que conforman los delitos, a buen seguro porque no existen, y ello imposibilita la construcción de un relato de hechos probados punibles".

c) Valoración crítica

Como se ha expuesto en el punto previo, la sentencia comentada establece la inexistencia de responsabilidad penal por parte de las personas acusadas, construyendo esta argumentación a partir del control y supervisión realizado por los organismos regulados que aprobaron la OPS, con la consecuente salida a Bolsa de Bankia. Este es el *leitmotiv* de la resolución, donde puede apreciarse de qué manera la sentencia dispone que las decisiones adoptadas en el seno de la entidad siempre se encontraban basadas, o incluso promovidas, por parte de estos organismos reguladores, o por la propia normativa estatal y comunitaria en materia de gestión bancaria. En este sentido, lo que se aprecia en la resolución es el refrendo de las decisiones que llevaron al rescate por parte de las instituciones públicas de una de las mayores entidades financieras del Estado, sin que se reconozca responsabilidad alguna entre sus gestores, protegidos por el velo de los organismos reguladores.

Así las cosas, esta resolución no hace más que confirmar la necesidad de llevar a cabo un control administrativo eficaz de este tipo de operaciones, control que debería empezar por una reformulación de los organismos reguladores, pues, como puede apreciarse en este caso, su fiabilidad y eficacia queda en entredicho por la supervisión acritica realizada a lo largo del proceso de la salida a Bolsa de Bankia. Debería ser en este punto, y no en el recurso al Derecho penal, donde se encontrarán respuestas a la mala praxis en el ámbito bancario, para así adecuarse al carácter de *ultima ratio* propio de esta disciplina. No obstante, resulta en todo caso criticable el contenido de la sentencia analizada, por su papel cuasi-exculpatorio de los hechos que llevaron a las arcas públicas a inyectar aproximadamente 23.000 millones de euros para efectuar el rescate de la entidad. Por mucho que todo el proceso estuviera avalado por los organismos de supervisión, la falta de argumentación de la sentencia resulta preocupante, indignante en los extremos donde afirma que las personas acusadas sólo estaban cumpliendo con sus obligaciones como gestores, cuando ha quedado probado *ex post* lo desafortunado de las prácticas llevadas a cabo.

