

- Comentarios de jurisprudencia
- **Caso BANKIA. Un análisis de la Sentencia en 20 claves**
- 15/10/2020
- Cuairán García, Javier
- La sección cuarta de la Sala de Lo Penal de la Audiencia Nacional examina con exquisito rigor técnico cada uno de los hitos macroeconómicos acaecidos en la mayor operación financiera de nuestra historia reciente, analizando de manera muy detallada en los 442 folios de Sentencia la prueba practicada en las 74 sesiones de vista oral celebradas a lo largo de once meses, dejando poco espacio a las posibilidades de éxito de un eventual recurso de casación ante el Tribunal Supremo como consecuencia de la pausada motivación de la que hace gala, labor facilitada, en gran parte, por la ausencia de precisión fáctica de las acusaciones «capitaneadas» por el Ministerio Fiscal.

Abogado de ONTIER

El pasado 29 de septiembre la sección cuarta de la Sala de Lo Penal de la Audiencia Nacional —la misma que condenó a varios consejeros de Caja Madrid dos años antes por el caso de las «Tarjetas Black»— ponía fin a uno de los procedimientos penales más relevantes de la última década absolviendo a todos los acusados, 31 personas físicas de la cúpula de BANKIA, entre ellos el ex Presidente Ejecutivo del Consejo de Administración de la entidad y para quien el Ministerio Fiscal solicitaba una pena de 8 años y medio de prisión, así como a tres personas jurídicas, la propia BANKIA, su matriz BFA (Banco Financiero y de Ahorros) nacida en 2010 como consecuencia de la integración de siete Cajas de Ahorro, y la firma auditora DELOITTE.

La Sentencia (LA LEY 122323/2020) se estructura en tres bloques, uno para cada uno de los delitos imputados: un primer bloque en el que examina la posible comisión de un delito de falsedad de cuentas anuales del artículo 290 del Código penal (LA LEY 3996/1995) por no ofrecerse la imagen fiel de BFA en el ejercicio 2.010; un segundo bloque en el que se analiza la posible existencia de un delito de estafa a los inversores previsto en el artículo 282 bis del Código penal (LA LEY 3996/1995) por ofrecer información inexacta sobre la situación real de la entidad en su salida a Bolsa; y un tercero, con cierto paralelismo al primero, que se centra en la presunta comisión de un delito de falsedad en las cuentas anuales de BFA y BANKIA del ejercicio 2011.

Bloque 1. Respecto al delito de falsedad de las cuentas anuales de BFA del ejercicio 2010

1) «Novedosa acusación» del Ministerio Fiscal respecto de los delitos de falsedad en cuentas anuales. La sentencia reprocha al Ministerio Público su inexplicable cambio de criterio al formular acusación por un delito de falsedad en las cuentas, tanto respecto de BFA (2010 y 2011) como respecto de BANKIA (2011), cuando en su escrito de conclusiones provisionales negó con rotundidad los datos y argumentos ofrecidos por los peritos del Banco de España, que afirmaban la existencia de estos delitos, *«y sin embargo se manejan ahora como piedra angular para sostener la novedosa acusación, en el acto del plenario»*.

2) El delito de falsedad de las cuentas anuales de BFA relativas al ejercicio 2010 nunca fue objeto del procedimiento. La Sentencia recrimina al Ministerio Fiscal que en todo el procedimiento no se practicara la menor prueba al respecto y que, en su caso, para poder mantener que las cuentas de las siete cajas en el ejercicio 2010 eran falsas, *«tendrían que figurar, entre los presentes en juicio ocupando el banquillo de los acusados, todas las personas responsables de esas entidades bancarias»* y *«haber sido objeto de las oportunas pruebas periciales esas cuentas»*, lo que no tuvo lugar. Concluye, por tanto, que estos hechos se encuentran *«al margen de las materias enjuiciadas, no habiendo sido examinada la contabilidad de las repetidas Cajas en momento alguno»*.

3) En cualquier caso, las cuentas anuales del 2010 carecen de salvedades. La Sentencia profundiza en la contabilidad de la entidad para señalar (i) que los datos plasmados en el informe de PwC en los que se apoya el Ministerio Fiscal únicamente establecen un *«cálculo de pérdidas esperadas»*, correspondiente a un *«escenario de probabilidad de ocurrencia de pérdidas económicas, no susceptibles de contabilización como valor razonable a 31 de diciembre de 2010»*; (ii) que la CNMV desmintió la realización de cualquier ajuste perjudicial en las cuentas del ejercicio 2010 para tratar de aparentar unos beneficios inexistentes; (iii) y que, además, estas cuentas fueron *«exhaustivamente inspeccionadas y supervisadas por el Banco de España, y auditadas por prestigiosas firmas y no consta objeción alguna que ponga en tela de juicio los datos contenidos en ellas»*.

Bloque 2. Respecto al delito de estafa a los inversores atribuido a los directivos de BANKIA

4) Salida a Bolsa como la mejor opción. La Sentencia señala que se barajaron tres alternativas, optándose finalmente por la salida a Bolsa, *«decisión que fue percibida como la más adecuada por las autoridades económicas españolas ante la necesidad de una nueva ampliación de capital»*. Para ello se realizaron dos operaciones de segregación *«supervisadas por las instituciones»* que tenían como *«principal finalidad facilitar la salida a Bolsa de BANKIA, haciéndola más atractiva para el inversor, aislándola de los pasivos y riesgos que se mantenían en la matriz BFA (banco malo)»*.

5) La información contenida en el folleto de salida a Bolsa de BANKIA «era adecuada y suficiente y resultaba comprensible para cualquiera, incluidos por supuesto los inversores minoristas»:

6) Viabilidad de la entidad al momento de su salida a Bolsa. El juicio tuvo como protagonista central al Inspector del Banco de España y director del equipo de seguimiento, quien disintió del criterio de sus colegas de la Comisión Ejecutiva del Banco de España sobre la viabilidad de BANKIA y del proceso de salida a Bolsa con la estructura de doble banco. Fundamentaba la prueba de la inviabilidad del Banco en el envío de cuatro correos electrónicos a otros integrantes del Servicio de Inspección del Banco de España durante los meses de abril y mayo de 2011. Sin embargo, la Sentencia es clara al señalar que (i) estos correos *«no tuvieron nunca reflejo en documento oficial alguno»*; (ii) y que la opinión *«muy negativa»* sobre la situación del Grupo BANKIA que expresaba en ellos *«contrasta con ciertos fragmentos contenidos en los informes de seguimiento trimestrales del Proceso de Integración»* firmados por él mismo, existiendo diferencias *«palmarias»* de difícil explicación, por lo que para el Tribunal la virtualidad probatoria de los correos cede en favor de aquellos informes oficiales.

7) La caída del precio de salida de la acción no obedeció a la existencia de deterioros ocultos. Si bien la Sentencia reconoce que el precio de salida supuso un descuento del 59% sobre el valor teórico de la acción, matiza que fue debido a circunstancias de mercado en *«un entorno muy complicado»*, apuntando además que en los primeros meses su cotización se mantuvo *«razonablemente estable»*. En apoyo de esta afirmación realiza un paralelismo

con la caída del precio de salida de la acción de BANCA CÍVICA en un 61%, también por aquellas fechas.

8) Existencia de provisiones suficientes para atender a los deterioros futuros en los estados contables de BANKIA. La Sentencia afirma que la existencia de provisiones suficientes en el momento de la salida a Bolsa de BANKIA para atender a deterioros futuros era una *«realidad corroborada por el contenido de los informes de seguimiento de la Dirección General de Supervisión del Banco de España»*, en contra del criterio de los peritos del Banco de España.

9) Salida a Bolsa «intensamente supervisada» y contando con la «aprobación de todas las instituciones». La Sentencia pone el acento en que cada uno de los pasos dados para la salida a Bolsa de BANKIA lo fue con el visto bueno de la CNMV, FROB, EBA y el Banco de España, quien realizó un *«análisis pormenorizado de la operación»*, incluso *«mediante inspecciones in situ»*:

10) No pesa sobre ninguna entidad el deber de contrastar o recelar del criterio de los supervisores y/o reguladores: la Sentencia es rotunda al afirmar que *«parece difícil concebir que cualquier entidad bancaria, después de contar con el beneplácito del Banco de España, de la CNMV, del FROB y de la EBA sobre la idoneidad de su salida a Bolsa y la adecuación del Folleto informativo a la realidad, recele de todos estos pareceres»*.

11) Verdadera causa de la caída de BANKIA. Si bien la Sentencia no es muy prolija al respecto, apunta como causas del quebranto de la entidad (i) una principal, como es *«la situación económica de nuestro país durante el último trimestre de 2011 y primer semestre de 2012»*, pues fue una auténtica crisis *«mutándose los datos que se manejaban en el momento de la salida a Bolsa de BANKIA, que era positiva»*; (ii) y otra incidental, como fue el impacto que provocó en el mercado la dimisión del ex Presidente Ejecutivo del Consejo de Administración de la entidad, el 7 de mayo de 2012, *«circunstancia que alertaría a cualquier inversor, por muy obtuso que fuera, de la absoluta inconveniencia de colocar su dinero en acciones de BANKIA»*.

Bloque 3. Respecto al delito de falsedad de las cuentas anuales de BFA y BANKIA del ejercicio 2011

12) No son verdaderas cuentas anuales por lo que «no pueden constituir el objeto material del delito por carecer de potencialidad lesiva, al no haber estado a disposición de los usuarios de la contabilidad». La Sentencia reconoce que el descenso del precio de la acción en la salida a Bolsa de BANKIA «no se reflejó en la formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de BFA», para concluir que si esa formulación de las cuentas por el Consejo de Administración de BFA hubiese observado el posterior recorrido para convertirse jurídicamente en cuentas (emisión del informe de auditoría, registro telemático en la CNMV de la formulación e informe de auditoría, aprobación en la Junta General y depósito en el Registro Mercantil) podría haber existido un delito de falsedad contable «porque estaríamos ante verdaderas cuentas, no frente a meros proyectos que es lo que aquí ocurre».

13) La reformulación de cuentas del ejercicio 2011 estuvo fundamentada, «no en la existencia de errores contables, sino en un cambio en las estimaciones» por el deterioro de los activos que se produjo con la crisis económica posterior a la salida a Bolsa. La Sentencia incide en que ésta, la información relativa al valor de los activos a 31 de diciembre de 2011, era una «nueva información de mercado disponible en el momento de la formulación de las cuentas el 28 de marzo de 2012, pero sí en el siguiente mes de mayo».

14) Ausencia de dolo. La sentencia subraya que la «inmediatez» entre la fecha de la formulación de las cuentas —en las que se omiten los deterioros de BFA producidos por el traspaso de la mayor parte de los activos y pasivos de BFA a BANKIA—, y la fecha de la elaboración dos días después del «Plan de Actuación» para eliminar los efectos de tal omisión, «evidencia la ausencia de intencionalidad de falsificar las cuentas para alterar la imagen fiel de la entidad, al ejecutarse tan prontamente actos que, de forma indubitada, iban dirigidos a lograr la adecuación de esas cuentas a la realidad, a través de una operación respaldada por el Banco de España».

15) «Orfandad probatoria» que ha presidido todo el procedimiento. Son constantes las referencias acerca de la ausencia de pruebas incriminatorias y de la actitud procesal de las acusaciones rayana en lo temerario: «Proclamas éstas basadas de nuevo en premisas cuya veracidad están huérfanas de pruebas y en las que reina la total carencia de precisión de acontecimientos»; «total ausencia del más mínimo sustento probatorio necesario para apoyar semejante acusación»; «el Tribunal no alcanza a comprender de dónde extrae

el Ministerio Fiscal y demás Acusaciones adheridas la novedosa existencia de esa coordinación entre este acusado con los miembros de la alta dirección de BFA y BANKIA»; «decidieron en solitario continuar interesando la condena de las tres personas jurídicas sobre una base que, realmente, ignoramos puesto que nada al respecto se razona en sus escritos de conclusiones definitivas, en los que no destina un solo renglón a explicar en qué concretos hechos imputables a las personas jurídicas se basan para proseguir dirigiendo su acusación frente a BFA, BANKIA y DELOITTE».

16) Sistemática vulneración del derecho de defensa de los acusados como consecuencia de la falta de precisión fáctica de las acusaciones. La Sentencia reprocha a todas las acusaciones, sin excepción, *«las escasísimas referencias que se hacen a las personas sometidas a nuestro enjuiciamiento, consecuencia ineludible de la ausencia de hechos concretos imputados por el Ministerio Fiscal y demás Acusaciones a los acusados, los mismos, a los que se dedican, en el mejor de los casos, actitudes genéricas, que no tienen cabida en un relato de hechos probados de una sentencia, condenatoria e impiden desde luego, a los acusados defenderse adecuadamente de algo tan etéreo, tan abstracto, tan indefinido».* Esta falta de detalle sobre los hechos que conforman los delitos hace concluir al Tribunal que es *«a buen seguro porque no existen»*, lo que *«imposibilita la construcción de un relato de hechos probados punibles».*

17) La mera pertenencia al Consejo de Administración, por sí sola, no determina la responsabilidad por los hechos acordados en el mismo, o los ejecutados por otros Consejos. Consecuencia ineludible de la inconcreción fáctica de las acusaciones, es la imposibilidad de atribuirles grado alguno de responsabilidad por el mero hecho de ostentar un cargo directivo.

18) La imputación de DELOITTE y de su socio firmante, parten de «discursos absolutamente improbados no obedientes con la realidad». La Sentencia (LA LEY 122323/2020) muestra su asombro ante la ausencia *«de acciones específicas atribuidas al Sr... ni la más exigua indicación»*, tildando de *«inacogible»* la versión del Ministerio Fiscal en la que le acusaba de emitir un informe favorable sin salvedades sobre las cuentas consolidadas de BFA a 31 de diciembre de 2010, *«omitiendo conscientemente en su limitado, anómalo e irregular análisis, la práctica de cualquier tipo de diligencia que hubiera podido provocar la afloración del déficit ocultado».*

19) Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de acusación la absolución de las tres personas jurídicas acusadas, las entidades bancarias BFA y BANKIA y la firma auditora DELOITTE. Sin embargo, únicamente dos acusaciones sostuvieron la responsabilidad penal de estas tres personas jurídicas por la presunta comisión del delito de estafa de inversores previsto en el artículo 282 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y del de falsedad contable recogido en el artículo 290 del mismo código. Pues bien:

20) Las cifras. 8 años de procedimiento penal, 34 acusados, 10 acusaciones populares, una acusación particular (FROB), y la ejercida por el Ministerio Fiscal, 74 sesiones de vista oral celebradas a lo largo de 11 meses, 59 testigos, 2 peritos judiciales autores de 6 informes que emitieron por separado (tres cada uno), y 16 peritos propuestos por las defensas, resumidos en los 442 folios de sentencia en los que no observa comportamiento delictivo alguno.

La Sentencia no es firme, pues contra ella cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.