FISCALIA ESPECIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

AUDIENCIA NACIONAL
JDO. CENTRAL 2
SECRETARIA
- 9 MAY 2016
HORA
ENTRADA

FISCALIA ESPECIAL CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA
- 6 MAY 2016
SALIDA
R. GRAL. 2821

C

Diligencias Previas Nº 20/2014-C
Juzgado Central de Instrucción nº 2
Audiencia Nacional

R.G. 14.107/16

AUDIENCIA NACIONAL
SCRRDA
09 MAY 2016
HORA 10.06
ENTRADA

AL JUZGADO

El Fiscal, en el procedimiento de referencia, DICE:

1º. Mediante providencias de fecha 23/10/2015, 22/2/2016 y 10/3/2016 se dio **traslado al Fiscal para informe.** El Banco de Santander (en lo sucesivo, BS) solicitó se declare el sobreseimiento de las actuaciones en escritos de 6/10/2015 y 11/11/2015. Presentaron escrito oponiéndose a dicha petición Jordi Escriba Nadal -escrito de fecha 21/10/15-; Antonio A. Sánchez-Jauregui Alcaide, en su nombre y en su condición de tutor de María Luisa Alcaide Sanz -escrito de fecha 20/10/15-; Pedro Sánchez Ramírez, Ubaldo Ñacle Chapero, Juan José Escalona Pablos, Micaela Cabezas Jaime, José Antonio Zuriaga Peralbo, Jorge Segura Martí, Pablo Arroyo Martínez, Josefina Bueno Bueno, José Antonio García Campo, Teresa Regueiro Díaz, José Antonio García Regueiro -escrito de fecha 20/10/15-; Adolfo Alvés Serrano, Manuel Calero Gómez, Pedro Canora de Castro y Soledad Fernández Medrano, María del Carmen Castillo Peláez, Luciano Colmenero Laso, Nicanor Jesús Corpas Mauleón, Alejandra Correa Padilla, Enrique Díaz García, María del Carmen González de la Parte, David Domínguez Uriarte, Germán Echevarría Landajo, María Natividad Aldecoa Azueta, Paloma Echeverría Trueba, Mónica García Barriuso, Santiago García García, Miguel Ángel Garrido Olmo, Juan Antonio Gil Jiménez, Nuria Sánchez Anaya, Jaime González González, Montserrat Ugena Cedillo, Raquel Cívico Gutiérrez, Antonio Cívico Gutiérrez, Rita Hernández Vallejo, Manuel Jiménez Sánchez, María Teresa Cuadros Naranjo, Ana Isabel Lloro, Abilia López, Francisco Marín Lopezosa, Lutgarda Mora Rico, Lourdes Martín Galindo, Juana Martínez Simón, Juana María Díaz Martínez, Francisco Muñoz Lance, María Antonia Sánchez Roses, Ramón Ripado Torres, Julián Rivilla Barrera, Manuel Ángel Romero Ruiz, Dulcenombre de María Águila Manosalvas, Juan Andrés Ruiz García, Susana Garrido Ruzafa, Ernesto Sánchez-Cano Sánchez-Cogolludo, Josefina Sánchez Roldán, María Isabel Solín Merino, José Juan

Tomás Fornés, José Lino Vázquez Monjardín, Dolores Venegas Rubio, Carlos Alarcón Rubio, Antonio Arboledas Mora, Miguel A. Arroyo García, Nuria Cuquellat, Antonio de Hoz Calvo, Teodora Quecedo González, Bartolomé Fullana Sastre, Francisca Cañellas Salom, Santiago Gañan Carrasco, Rosa María Segovia García, José Gómez Vidal, Rosa González Pérez, Mariano Lucas Gómez, Ana Monge Samblás, Benito Orteón Gallego, Amelia Escribano Gutiérrez, Ana Raquel Pérez Galindo, Pura Pérez Villamartín, José Antonio Rodríguez Cano, María Luisa Arjonilla Álvarez, José Manuel Sarabia Sainz, Encarnación Sarabia Ortiz, Javier Serrano Garrido, Lourdes Pinto Blanco, Antonio Simón Lorenzo y Quisteria Sotos López, Francisco Simón Lorenzo, Dolores Bru García, Guadalupe Trillo Fernández Mercedes María del Pino Hernández Arroyo, Gracia Gutiérrez Gámez, Alicia López Gómez, Sara González López, José Antonio Maíllo Casado, Sonia Garrido San Juan, Elidio Rodríguez Corral, María Dolores Marios Vargas, Feliciana Sánchez Toledo, Justo Santamaría Blázquez, María Nieves Márquez Mariscal, Comercializaciones Gráficas, Juan Vicente Conesa Martínez Santos, Sagrario Logrosan Sánchez, Andrea Conesa, Visitación Magarzo Gutierrez, Julio López Rodríguez, Agustín Guzmán González, Encarnación González Aguilar, Rosa Hermosa Laguardia, Juan Carlos Moreno Martínez, María Carmen Portillo Tornero, Eduardo Mas García y Encarnación Carreres Jiménez en escrito de fecha 20/10/15; Luis Antonio Muñoz de la Fuente en escrito de fecha 20/10/15 y; María Josefina Pérez de la Barreda y Félix Rivero de la Coba en escrito de fecha 19/10/15.

2º. La **valoración de los hechos investigados** en las actuales Diligencias Previas debe realizarse distinguiendo en la actuación de BS dos secuencias distintas: una dirigida a la inicial colocación del producto Valores Santander (es decir, hasta el 2/10/2007) y otra dirigida a la comercialización posterior de dicho producto bancario (entre el 1/1/2008 y el 30/6/2009).

La procedencia de distinguir deriva, en primer lugar, de que la normativa administrativa de referencia sobre las obligaciones que habría de cumplir la entidad bancaria era distinta en uno y otro periodo. En segundo

lugar, de que la inicial colocación de los Valores Santander se canalizó en todo caso conforme a un procedimiento mientras que su compraventa posterior admitía diversos cauces, de modo que las instrucciones dirigidas a la red comercial podrían provenir de diferentes departamentos directivos. Por este motivo, aunque se han practicado numerosas diligencias comunes a todos los hechos investigados, en la medida de lo posible se analizan separadamente ambas conductas en los apartados siguientes.

3º. El lanzamiento de los Valores Santander para su comercialización (2007).

Conviene traer a colación como punto de partida los datos expuestos en el informe de la Fiscalía de 23/12/2014 sobre el expediente sancionador de la CNMV, que contiene información muy relevante a los efectos de la investigación ordenada por la Sala de lo Penal de la AN en su auto de 13/6/2014. Se reproduce parcialmente aquel informe: "*En el expediente queda constancia de que la oferta de suscripción de los Valores Santander se registró en la CNMV el 19/9/07 como instrumentos financieros singulares cuya naturaleza jurídica dependía del éxito de la OPA sobre ABN AMRO. Los valores fueron emitidos y desembolsados el 4/10/07 y el 17/10/07 Banco de Santander comunicó a la CNMV la liquidación y pago de la OPA como hecho relevante, procediendo en esa misma fecha a la emisión de Obligaciones Necesariamente Convertibles por importe global de 7.000.000.000 €. La CNMV detectó deficiencias importantes por parte de la entidad en cuanto a la obligación de disponer de información necesaria sobre los clientes, insuficiencias en los procedimientos y controles aplicados por el Banco en la comercialización de la emisión, deficiencias en la obligación de actuar en mejor interés de los clientes como consecuencia de la realización de aplicaciones de compraventa sobre los valores y deficiencias en la evaluación de la conveniencia en operaciones de compra de los Valores con posterioridad a su emisión, entre otras. En el expediente consta que se requirió a la entidad para que aportara la información sobre la situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión de los clientes y los procedimientos aplicables para la determinación de su perfil*

de riesgo e inversión. La trascendencia de contar con la preceptiva información del perfil de riesgo de los clientes es que era la base previa para poder hacer una adecuada evaluación de aquellos que podían ser destinatarios de la campaña de comercialización de los Valores Santander. Los clientes personas físicas incluidos en el segmento de Banca de particulares (clientes con patrimonio inferior a 200.000 €) solo podían ser sujetos destinatarios de la oferta de compra si los comerciales consideraban que las características de los Valores podían ajustarse al perfil de riesgo e inversión del cliente en cuestión. Esta previsión se debía más a la complejidad de los Valores Santander que a su riesgo. La CNMV llegó a la conclusión de que ese perfil de riesgo e inversión era mucho más elevado en el caso de los Valores Santander dada su notable complejidad. Por eso era especialmente importante que la entidad cumpliera su deber de informarse sobre la situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión de los clientes."

También se reflejaba en el informe de la Fiscalía de 23/12/2014 que la emisión fue colocada mayoritariamente en ese segmento de Banca de Particulares, al que pertenecía un 68% de los clientes que la suscribieron, el 40% del importe total de la emisión. La CNMV explicaba en su informe técnico que "*no se trata de un incumplimiento puntual o aislado, sino que afecta a una generalidad de inversores y situaciones para las que en ningún caso se ha podido aportar evidencia alguna del cumplimiento de la obligación de informarse sobre la experiencia, situación financiera y objetivos del cliente*". La CNMV atribuyó gran relevancia a este extremo, considerando sin embargo de menor trascendencia determinadas deficiencias en las órdenes de suscripción de los Valores Santander (en lo sucesivo VS), como que los clientes formalizaran la operación con anterioridad a su efectiva ejecución o no se hubiese localizado la orden de los clientes (Expediente CNMV Doc 17 Apdo. 2.h). En cuanto a los VS vendidos con posterioridad a su emisión, constata que las órdenes de compra de los clientes incorporaban una cláusula en la que la entidad manifestaba que no tenía obligación de evaluar la conveniencia o adecuación a su perfil de cliente. El expediente incoado a BS evidencia también que buena parte de la documentación aportada por el mismo a las

Diligencias Previas directamente relacionada con sus actuaciones de comercialización de los VS ya había sido incorporada al expediente de la CNMV y, en consecuencia, valorada por el mismo. Así, la Circular 69/07, el Manual de Procedimientos del Banco, el díptico y el tríptico informativo, junto a otros documentos (Doc 8). El expediente de la CNMV finalizó con la imposición de dos sanciones por sendas infracciones de la Ley del Mercado de Valores[1]. De las sanciones en su día impuestas, respectivamente, por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y por el Ministro de Economía y Competitividad, se dejó sin efecto la primera al resolver la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional recurso interpuesto (Procedimiento Ordinario 340/2013), según se detalla más adelante.

En las Diligencias Previas se ha unido documentación sobre concretos adquirentes de los Valores, organigramas, actas...y se han recibido diversas declaraciones personales; diligencias todas ellas precisas para adoptar una decisión sobre el fondo. Diversas partes han solicitado otras diligencias de instrucción aún no practicadas (declaraciones de imputados, testificales y aportación de documentos), sobre las que pende una decisión judicial. Algunas de ellas se dirigen a acreditar que BS tenía necesidad de obtener los recursos derivados de la suscripción de los VS para poder participar en la compra de ABN Amro, o que experimentó importantes ganancias con esta operación. Pero eso conduce a confirmar la intencionalidad lucrativa (y su consecución) de BS, que no se discute. Otras diligencias solicitadas (así, algunas del escrito de Mª Luisa Alcaide Sanz, prov. de 10/3/2016) se refieren a la investigación de delitos que, como se verá, han de ser investigados en otro Juzgado.

4º. De lo actuado en el procedimiento destacan por su trascendencia las siguientes diligencias:

4.1. El Manual de Procedimientos de Banco Santander de 2004,[2] el Tríptico

[1] F 561 y 562 CD, obrante al Tomo 2, Documentos 29 y 34.
[2] Fols. 922 al 938 –tomo 3- y Fol. 562 CD –tomo 2- Doc. 8/Documentación VS/20081030-Primer requerimiento 200806960/Anexo III/ Manual_1-pdf.

informativo[3], la Circular 69/2007 de 19/9/2007[4] y el informe de la CNMV de 21/7/2014[5].

Los datos más relevantes que se extraen de ellos son:

- Al autorizar la comercialización de cada nuevo producto financiero el Comité de Nuevos Productos habría de establecer el tipo de clientes habituales a los que podría dirigirse y la cualificación especial exigida a los comercializadores en función del concreto producto.
- BS consideraba los VS productos complejos por la existencia de derivados implícitos en su estructura (es decir, que su valor se basa en el precio de otro activo subyacente, como pueden ser acciones o un índice bursátil).
- Para los casos en los que previamente a suscribir la orden de compra de los VS los clientes hubieran suscrito manifestaciones de interés en ellos, la Unidad de Control –Medios y Costes– debía adoptar las medidas necesarias para que al firmar la orden de compraventa hubieran tenido a su disposición toda la documentación que no hubieran tenido previamente al suscribir la manifestación de interés. La misma División de Medios y Costes habría de comprobar la disponibilidad de la documentación, en tiempo y forma, en los puntos de venta; supervisar las tareas desarrolladas por la Red en ejecución de los Planes de control de Campaña y controlar el adecuado cumplimiento de los requisitos de comercialización.
- La comunicación interna de los requisitos de información y comercialización sobre cada producto financiero habría de realizarse mediante Circular del Área de Organización, Servicios y Operaciones, debidamente revisada por otros departamentos de la entidad como el Comité de Nuevos Productos.
- Fue el Director del Área de Operaciones y Servicios quien impartió instrucciones a través de la Circular 69/2007. La misma recogía la valoración de las acciones, en el proceso de conversión, al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción; la ausencia de garantía alguna de percibir remuneración; la obligatoriedad de que la orden de suscripción fuera firmada con conocimiento y entendimiento de las

[3] Fol. 562 CD –tomo 2- Doc.8/Documentación VS- Primer requerimiento 20080696-Primera respuesta requerimiento 20080696/Anexo I/tripti_1.pdf.
[4] Fol. 965 al 981(Doc. 18)-tomo 3- y Fol. 562 CD –tomo 2- Doc. 8/Documentación VS/20081030-Primer requerimiento 200806960/Anexo II/ circul_1.pdf
[5] F. 561 y 562 CD –tomo 2- Docs 3 y 23

características de los VS, sus complejidades y sus riesgos; y la obligatoriedad de que se entregara a los suscriptores el tríptico informativo de la Nota de Valores.

- Los productos financieros calificados como "amarillos" (caso de los VS) podrían destinarse eventualmente a los clientes de Banca de Particulares si los comerciales consideraban que por sus características se ajustaban al perfil de riesgo e inversión de los concretos clientes. VS había sido calificado por la entidad como "amarillo" sin oposición de la CNMV.
- El periodo en el que las oficinas podían formalizar operaciones de suscripción de los VS comprendía desde el 20/9/2007 hasta el 2/10/2007.

4.2. Los correos electrónicos y comunicaciones internas del banco sobre segmentación de clientes en Banca Privada, Personal y de Particulares[6], de los que resulta que esta última incluía en general a los clientes con patrimonio inferior a 200.000 €.

4.3. El acta del Comité Global de Nuevos Productos, los informes de las Áreas de Operaciones y Servicios y de Banca Comercial y el Borrador de la emisión de VS de 4/9/07, previos al inicio de la suscripción de los VS[7]. De ellos resulta:

- que fue el departamento de Equity Capital Markets el que preparó la documentación precisa para la reunión del Comité Global de Nuevos Productos de 13/9/2007 en la que se aprobó el producto,
- que la Circular debía publicarse previamente a la comercialización dando a conocer los aspectos de operativa e instrucciones que afectaran a las oficinas,
- que en el público objetivo de los VS se incluían empresas e instituciones.

[6] Fol. 562 CD -tomo 2- Doc. 8/Documentación VS/2081030-Primer Requerimiento 20080696/ Segunda respuesta req2008069606 por mail/RV Requerimiento CNMV.msg y, CRITER-1.PPT

[7] Acta del Comité Global de Nuevos Productos de 13/9/07 Fols. 957 al 961 -tomo 3- unido por prov de 30/7/14.
Informes de las áreas de Operaciones y Servicios y de Banca Comercial, f. 5140 y 5141 -tomo 11- unidos por providencia 18.5.15.
Informe del Dpto de Equity Capital Markets, f. Fol. 6131 a 6136,- tomo 13- unido por prov. de 6/7/2015, fol. 6171 -tomo 13.
Borrador de la emisión de valores de Santander de 4/9/07 Doc. 1, fol. 6131-6136 - tomo 13-

elDiario.es Periodismo a pesar de todo

4.4. Las Manifestaciones de interés y las comunicaciones internas relativas a ellas una vez comenzado el periodo de suscripción[8]. Las manifestaciones de interés no podían recogerse más allá del 20/9/2007 y era preciso que fueran ratificadas mediante la firma de la Orden de suscripción de los VS. En el sistema informático no sería preciso grabar la orden de suscripción cuando previamente hubiera habido manifestación de interés, realizándose automáticamente el vuelco de manifestaciones no revocadas.

4.5. La publicidad de los Valores Santander[9]. La publicidad que se colocó en oficinas los anunciaban, al menos desde el 11/9/2007, como una gran oportunidad; y la que fue remitida por su Director a concretos clientes de Banca de Particulares adjuntaba folleto informativo.

4.6. Las operaciones de compraventa que resultan de las órdenes en papel y las reflejadas en Supernet, información sobre la que hizo la acusación particular el cuadro comparativo que obra en f. 4974 a 4978 -tomo 11-. En escrito de 3/6/15[10] (prov. de 9/6/15) BS explicó a qué obedece la alteración de los Excel "Valores Santander 7000.xls" denunciada por las acusaciones[11], que ha resultado ser solo aparente ya que el documento Excel ordena los registros de operaciones por número de cuenta bancaria y no cronológicamente.

4.7. El Informe Anual de 2007 aportado por la acusación particular[12], que describe la "Operación ABN AMRO" y explica la reforma del Manual de Procedimientos para la venta de productos financieros de 2004 a raíz de las Directivas de Mercados de Instrumentos Financieros MIFID. Este informe

---

[8] Manifestaciones de interés, Anexos: 21 Fols. 1996; 22 fol. 2019; 33 fol. 2175; 34 fol. 2181; 42 fol. 2352; 43 fol. 2365; 50 fol. 2416; 60 fol. 2545; 61 fol. 2551; 62 fol. 2553; 63 fol. 2555; 64 fol. 2557; 65 fol. 2559; 66 fol. 2561; todos ellos presentados con escrito de 1/9/14 -tomo 5.
Comunicaciones internas: Fol. 562 Cd –tomo 2- Doc. 8/Documentación VS/ Primer Requerimiento20080696/ Primera Respuesta req 20080696/Anexo II/MAILIN-1.PDF y NOTAIN-1.PDF y, Fols. 1206 al 1211 Doc. 43 adjunto al escrito 14/7/14 del B. Santander – tomo 3 -

[9] Fol. 562 CD – tomo 2- Doc. 8/20081030-Primer requerimiento 2008069606/Primera Respuesta requerimiento 2008069606/Anexo I/Publicidad.pdf y CARTAS-1.PDF

[10] Fols. 5530 al 5580 –tomo 12-

[11] Fol. 4966, pag 3 del escrito de 21/4/2015 presentado por la acusación particular fols. 4964 al 4983 –tomo 11-

[12] Consta en CD. s/foliar presentado junto escrito el 23/1/15 fols. 4275 al 4279 –tomo 9-.

abunda en la tarea que tenía el Comité Global de Nuevos Productos en los procesos relacionados con la aprobación de nuevos productos[13].

4.8. Las reclamaciones individuales ante la CNMV derivadas de la comercialización de los VS.

Ha sido determinante para valorar los hechos la abundante documentación remitida por la CNMV a requerimiento del Juzgado relativa a reclamaciones individuales contra BS fundadas en posibles irregularidades en la venta de los VS[14]. De esta documentación resulta que hubo casos (los menos) en los que la CNMV declaró que no podía concluir que hubiera habido una actuación incorrecta por parte de BS. También alguno en el que el afectado reclamante fue empleado -con poderes durante varios años- del banco, lo que no se corresponde con una situación de ignorancia financiera.

Junto a los casos anteriores, en la mayor parte de las reclamaciones individuales formuladas la conclusión de la CNMV fue favorable a los reclamantes. Así, consta que consideró que la entidad bancaria no aplicó otro mecanismo para determinar el perfil del cliente más allá del juicio subjetivo del comercial que atendió a cada uno, "*sin que haya quedado acreditado la forma o los criterios seguidos por la entidad, independientemente de ese juicio subjetivo, para concluir que los VS se ajustaban a su perfil de riesgo e inversión*". También de las Reclamaciones individuales resulta que BS no aportó documentación que permita concluir que para la concreta comercialización de los VS estableciera relación jurídica de asesoramiento en materia de inversión con diversos clientes. El asesoramiento no resultaba prescindible por el hecho de que el cliente hubiera suscrito previamente otros productos financieros como participaciones preferentes ya que -en el caso examinado por la CNMV- sus características, naturaleza y grado de exposición a riesgo no proporcionaban a BS información suficiente para considerar adecuados los VS a su perfil inversor. En algunos casos el expediente individual concluyó que la orden de

[13] Informe nota anterior apartado "Adaptación a la Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) y comercialización de productos financieros (págs. 345 -346)

[14] DVD nº1 s/foliar –tomo 11- que adjunta escrito CNMV de 17/4/15, en fols. 4962-4963: R/10889/2012-IF, R/1151/2012-IF, R/1780/2012-IF, R/10741/2012-IF, R/4403/2012-IF, R/5867/2012-IF, R/1762/2009-IFR/6468/2012-IF, R/8298/2012-IF, R/5987/2012-IF, R/1207/2012-IF y DVD nº 2: R/1492/2014-IF.

suscripción de Valores carecía de firma o que no identificaba el emitente de los Valores. En otros, que la entidad no disponía de información sobre los reclamantes que le permitiera valorar la adecuación del producto financiero a su experiencia o perfil inversor. El propio BS confirmó a la CNMV –como los imputados confirmaron en su declaración en el Juzgado-, que la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo e inversión del cliente se efectuaba por el comercial "*a partir de la información obtenida por éste*". Entre las conclusiones recogidas en el expediente se encuentran la de que el Banco no informó al cliente de las características y riesgos del producto en tiempo y forma adecuados y la de que la actuación del banco fue incorrecta por haber recabado la firma de la orden de suscripción de los VS antes de que se registrase en la CNMV la Nota de Valores de la emisión.

4.9. La documentación relativa a concretas ventas de VS aportada al Juzgado por los afectados.

Mediante providencia de 18/8/15 se unió denuncia de nuevos afectados por los VS cuya reclamación había sido estimada en su día por la CNMV, aunque no por el Juzgado de Primera Instancia[15]. La contradicción entre ambas decisiones es solo aparente según indican los afectados, considerando que en el procedimiento civil no se investigó la emisión de los Valores ni la conducta de los responsables del banco y del comercial que se los vendió (el denunciante menciona al subdirector y un comercial además de a los directivos del banco como responsables de los hechos). La CNMV consideró que BS no tenía información bastante del cliente con carácter previo a ofrecerle el producto, que la orden de compra de los valores tenía defectos (porque no identifica al emisor de los valores) y que no informó al cliente de las causas de no ejecutar la conversión que éste le había pedido.

En escrito unido mediante providencia de 31/7/2015[16] BS hizo alegaciones sobre las que deben efectuarse algunas puntualizaciones. La primera se refiere a la admisibilidad de que la fase de colocación incluyera al sector de Banca de particulares, que la sentencia citada confirma. Pese a

[15] Fols. 6415 al 6420 (R/2073/2009IF) y fols. 6424 al 6433 sentencia nº 62/15 dictada el 13/3/15 en PO 69/14 del Juzgado de Primera instancia nº 20 de Madrid, ambos documentos obrantes al tomo 13.
[16] Fols. 6301 a 6309 -tomo 13-

lo que se deduce del escrito de Banco Santander (pág. 6), la Fiscalía nunca ha informado en el sentido de que los VS no se pudieran comercializar a particulares. Lo relevante es que al comercializar el producto a particulares debía seleccionarse al destinatario de la oferta y para ello resultaba necesario contar con información sobre la situación financiera, experiencia inversora, etc... de las personas a las que ofrecía el producto. En segundo lugar, la regularidad de las aplicaciones entre clientes del Banco sí constituye parte del objeto de la investigación, al margen de que se canalizaran bancariamente de distinto modo o en distinto momento, como se anticipaba en el apartado 2º. El escrito de BS considera excluida de la investigación la fase posterior a la inicial colocación de los VS -entre los meses de septiembre y octubre de 2007-, y al hacerlo incluso -pag 7- cita el informe del Ministerio Fiscal de 23/12/14, pero debe recordarse que este informe precisamente se refiere a "*la comercialización de los Valores*" y tal cosa comprende tanto la venta inicial como la posterior.

4.10. Las <u>declaraciones de imputados y testigos</u>. Los perjudicados ratificaron los hechos denunciados y de sus declaraciones resulta la trascendencia del papel desempeñado por el personal de cada concreta sucursal en la venta de los VS. Los imputados y los testigos propuestos por BS relataron que el sistema de información a los clientes era una "*cadena de formación de formadores*" que no ha tenido más acreditación que las citadas declaraciones personales.

4.11 Determinadas <u>órdenes de compraventa de los VS originales</u> aportadas por BS e incorporadas (tomo 15) a petición de las acusaciones particulares. De algunas destaca la existencia aparente de anotaciones manuscritas hechas sobre la fecha que constaba en la impresión mecánica. Se trata de las siguientes:

- Manuel Muñoz y María Ángeles Azora (consta la fecha 20/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 20/9/07 o 10/9/07).

- María Luisa Díez Rubio (consta la fecha 24/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 24/9/07 o 14/9/07).

- Vicente Díez Aransay (consta 26/9/07 pero el 26 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 26/9/07).

- María del Carmen Navarro, en el que la fecha es 24/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 24/9/07 o 14/9/07.

- Ricardo Valgañón y Catalina Gómez, en la orden pone 26/9/07 pero el 26 es manuscrito sin que conste con claridad si la fecha original era 26/9/07.

- María Vega, en la orden pone 22/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 22/9/07 o 12/9/07.

- Luis Miguel Arciniega y María Luz Abellán Barruso, en cuya orden pone 27/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 27/9/07 o 17/9/07.

- Claudio Cañas y María Pilar Díez, en cuya orden pone 24/9/07 pero el 2 es manuscrito, sin que conste con claridad si la fecha original era 24/9/07 o 14/9/07.

BS aportó al tiempo que estas órdenes las de María Luisa Espinosa, Manuel Peña y Francisco Rueda, las cuales no tienen anotaciones al reverso. No aportó la de José Regueira por no haberla localizado y argumenta que no tiene obligación de conservar los documentos más de seis años. Debe recordarse, sin embargo, que antes de que transcurrieran seis años desde las operaciones de los VS (en este caso, de 2007) entró en vigor la Ley 10/2010 de 28 de abril que amplió a diez años el plazo de preceptiva conservación (art. 25). Conforme a las DT2ª y DD de la Ley 10/2010 y art. 2.2 del Código Civil la Ley 10/2010 sería en lo sucesivo la ley aplicable y el BS debía conservar dicho documento.

De las citadas órdenes hay por tanto un grupo en el que podrían haberse realizado anotaciones manuscritas, órdenes que fueron suscritas en la sucursal de BS 1084 ubicada en Santo Domingo de la Calzada (La Rioja), la misma en la que se produjeron los hechos de las que fueron DP 1087/2015 del JI 47 de Madrid y a la que se refiere también el listado de

operaciones unido mediante providencia de 3/2/2016. Esta circunstancia determina la procedencia de remitir la investigación de los hechos ocurridos en la sucursal de Santo Domingo de la Calzada al Juzgado Decano de los de Haro por ser territorialmente competente.

A salvo específica valoración de los hechos que afectan a esta concreta sucursal, de lo expuesto hasta el momento sobre las diligencias practicadas resulta la confluencia de circunstancias que confirman y otras que descartan los hechos denunciados en las DP. Por ello resulta necesario profundizar en la jurisprudencia aplicable al caso, el estado de las demás actuaciones penales, civiles y administrativas vinculadas al actual proceso y la valoración que se ha hecho de los VS en los órdenes jurisdiccionales civil y administrativo. Esta labor se realiza en los siguientes apartados, en especial del 6º a 10º.

5º. Las operaciones de compraventa de VS en 2008 y 2009.

En la valoración de estas operaciones incide el hecho de que se hicieron cuando ya existía una normativa específica dirigida a la mayor y mejor protección del inversor, no solo europea (la Directiva MIFID) sino ya traspuesta en la LMV (Ley 47/2007). Aunque el objeto del proceso penal no es el cumplimiento de la obligación de evaluar la adecuación de los VS al perfil del cliente, lo cierto es que ese dato influye en la valoración de la conducta investigada, puesto que si BS no disponía de información sobre el perfil del cliente o no evaluaba el mismo difícilmente podía aplicar criterios de selección de los eventuales destinatarios de la oferta. Debe recordarse que esta selección deviene relevante porque los VS eran productos complejos en atención a la existencia de derivados implícitos en su estructura[17]. Ahora bien, la falta de criterios de selección por parte de la cúpula de BS no necesariamente supone un engaño masivo sobre las condiciones reales del producto.

[17] Fol. 562 CD –tomo 2- pag 332 del expediente de CNMV y 11 de su Doc 23 y Doc. 8/ Documentación VS/ 20090723_Cuarto Requerimiento/ Respuesta/ 2009110463_26.08.09_Respuesta.pdf

El análisis en sede penal de estas operaciones revela, entre otros, los siguientes datos:

5.1. Según información proporcionada por BS el sistema normal de transmisión de las órdenes de aplicación de VS -por orden cronológico- era el *routing* a Santander Investment Bolsa SVB SA. Las órdenes eran recibidas en el aplicativo de Parquet y Renta Fija de SVB y una vez ejecutadas en el mercado se asignaban a los clientes[18].

En el expediente de la CNMV obra la Orden Ministerial cuyo origen es la detección, en el Mercado Electrónico de Renta Fija, de 91 aplicaciones sobre VS por un importe efectivo total de 48.000.000 € que afectaron a 3.300 clientes. Todas las aplicaciones -salvo 11- se realizaron a precio del 100% pese a que en casi todos los casos el precio de referencia de las operaciones cruzadas en el Mercado estaba en niveles inferiores. Conforme al doc. 23, en la mayoría de los casos las operaciones se casaban entre clientes de la misma sucursal del banco o de sucursales de la misma zona geográfica. En la mayoría de las aplicaciones analizadas se perjudicó a los clientes porque compraron VS a precios superiores a los del mercado[19], estimándose el perjuicio (la diferencia entre el precio de mercado y el precio superior de compra) en 14.000.000 €. Esta cuantía ya fue parcialmente compensada por el Banco (10.140.000 €).

Por la actuación relativa a las aplicaciones de VS entre clientes se impuso al BS una sanción por infracción muy grave que ha sido confirmada por la SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 1/7/2015[20] con invocación de los arts. 79 bis 7 LMV y 74 del RD 217/2008, a diferencia de la sanción que fue impuesta por las actuaciones del Banco en la inicial colocación de los VS -por infracción grave-, que la SAN ha dejado sin efecto. La AN en su sentencia analiza la remisión de información a los clientes sobre su cartera de valores, la gestión de los conflictos de interés que se

[18] Fol. 562 CD – tomo 2 - Doc. 8/ Documentación VS/ Primer Requerimiento 20080696-Primera Respuesta requerimiento 20080696/2008113555.pdf.
[19] Fol. 562 CD – tomo 2-. Doc. 23 pág 333 del expediente de la CNMV (12 del documento). Y Doc 35 pág 630 del expediente de la CNMV (13 del documento).
[20] Procedimiento Ordinario 340/2013, sentencia de 1/7/2015 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. Fols. 4897 a 4898 -tomo 10- y 6310 al 6329 –tomo 13-.

produjeron entre los clientes del Banco y la evaluación de la conveniencia para el inversor en VS a través del mercado secundario. De estas tres conductas tienen trascendencia para su valoración en sede penal solo las dos últimas en la medida en que fueron la plasmación de la "*ideación y planificación para comercializar aquellos difusos y dudosos productos financieros*", como recuerda el AAN de 8/9/2015[21] al circunscribir el objeto de las actuales DP en consonancia con anteriores resoluciones. La SAN confirma la consideración que respecto de las aplicaciones de VS se alcanzó en el expediente sancionador. Considera que BS no cumplió las exigencias legales. En lo que aquí atañe, destaca de la sentencia la referencia al test de conveniencia, que hasta el 30/6/2009 se obvió con una cláusula en la que informaba al cliente de que la entidad no tenía "*obligación de evaluar la conveniencia o adecuación de la (operación) a su perfil de cliente...*", lo que conecta con el dato de que entre el 1/1/2008 y el 30/6/2009 se realizaron 25.601 operaciones de compra sobre VS por importe de 1.085.000.000 €. Se da, en consecuencia, la circunstancia de que el Banco no cumplió la obligación de recabar información del inversor y ello le impedía hacer respecto del mismo una adecuada evaluación, no obstante lo cual comercializó el producto VS.

5.2. Como se dijo anteriormente, las aplicaciones se hicieron en buena parte por el nominal y no a precio de mercado, con el consiguiente perjuicio para el comprador. Esta situación se debió, según el BS[22], a una mala interpretación por parte de algunas oficinas de las instrucciones operativas que el Área de Tecnología y Operaciones de Banca Comercial España dirigió a todas las Direcciones territoriales de la red sobre cómo realizar compraventas de VS. También el imputado Sr Fontechá manifestó en su declaración de fecha 25/5/15 que ese precio de venta se debió a un error en la red comercial. Sus explicaciones resultaron complementadas por escrito del BS unido mediante providencia de 6/7/2015.

[21] Fols 6464 a 6470 –tomo 13- Auto 374/15 de 8 de septiembre de 2015 de la Sala de lo Penal (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional, Rollo nº 397/15.
[22] Escrito del Banco Santander de 26.8.09 obrante en Fol. 562 CD – tomo 2- Doc 8 CNMV/ documentación VS / Cuarto Requerimiento / Respuesta / 2009110463_26.08.09_Respuesta.pdf

Examinada la documentación aportada por BS junto con el referido escrito, se comprueba que lo que aporta BS es un "*borrador sujeto a revisión*" cuya fecha no consta. Para las órdenes de compraventa de VS posteriores al cierre de la fase de colocación (2/10/2007) el Área de Tecnología y Operaciones de Banca Comercial de BS remitió unas instrucciones sobre el canal de venta y el precio[23]. Estas instrucciones se difundieron a toda la red de sucursales, Direcciones territoriales y de zona, Directores de particulares y empresas, Centro de Atención a Usuarios, etc... Sin embargo, en dicha documentación no se mencionan los destinatarios del producto ni hay referencia a información del perfil de los clientes obtenida por parte del BS. Por otra parte, las explicaciones aportadas en sede judicial sobre el canje y las instrucciones documentadas que sobre el mismo se impartieron a la red comercial no concuerdan. Se refieren solamente al mes de noviembre de 2007 pese a que las aplicaciones se hicieron no sólo en ese mes sino en todo el 2008 y el 2009 y en los correos electrónicos que han sido aportados el motivo que se invoca para distribuir información a la red comercial es "*diferenciar las aplicaciones de las operaciones de mercado al 100%*"[24].

5.3. En escrito de alegaciones de 21/4/2015[25] una acusación personada consideraba que la entidad bancaria, "*al saltarse la regulación* (crea) *un mercado paralelo al Mercado de Renta Fija en la Bolsa de Madrid, en el que se cotizaban los Valores Santander alterando con ello, el precio de cotización de los Valores Santander en el mercado oficial*" y que "*creó un mercado de VS paralelo al mercado oficial en su propio beneficio para evitar la caída de la acción del Santander.*"

La CNMV tiene entre sus funciones la de vigilar la correcta formación de precios en los mercados de valores y tuvo conocimiento de las Aplicaciones realizadas sobre VS, no obstante lo cual en ningún caso el expediente sancionador que tramitó menciona que las mismas hayan tenido consecuencias de alteración del precio de cotización. Resulta muy improbable que actuando sobre el Mercado de Renta Fija "Valores

[23] Fol. 6137 - tomo 13- (correo de 19.11.07).

[24] Fol. 6138 – tomo 13- (correo de 15.11.07)

[25] Folios 4964 a 4983 - tomo 11-

Santander" se pueda influir sobre la cotización de las acciones de BS en el IBEX por dos motivos. Uno de ellos es la distinta dimensión de ambos mercados. Mientras que en el IBEX se intercambia diariamente una media de más de 40 Millones de acciones, en el Mercado de Renta Fija de Valores Santander no se superan los 250.000 títulos equivalentes en acciones del BS, por lo cual resulta difícil que influyendo en la cotización de VS se pueda influir en la cotización de las acciones del BS. También resulta improbable que con aplicaciones sobre VS que afectan a un pequeño porcentaje del importe total negociado en el Mercado de Renta Fija de VS pueda influirse en la cotización de estos[26].

Puede, en consecuencia, descartarse una conducta de manipulación de precios constitutiva de delito.

6º. La valoración de la CNMV.

La infracción que detectó la CNMV en la inicial colocación de los Valores se calificó como grave, no muy grave. A pesar de que la valoración en sede administrativa no sea vinculante en la actual sede penal, no puede dejar de atenderse a los datos que esta valoración ofrezca teniendo en cuenta la vinculación entre la naturaleza sancionadora penal y administrativa[27]. La infracción muy grave detectada en este caso en el ámbito administrativo no necesariamente implica la consideración de la conducta como delito, pero a la inversa si la infracción no reviste la máxima gravedad en el ámbito administrativo difícilmente puede ser delito, especialmente cuando la información manejada en ambos órdenes jurisdiccionales (penal y administrativo) sea similar. Por otra parte, la SAN de 1/7/2015 antes citada -resolutoria de recurso contencioso administrativo contra las decisiones de imposición de sanciones a BS- declara incluso su regularidad en el ámbito administrativo. Esa apreciación, al margen del

[26] Fol. 562 CD – tomo 2-. F 633 del expediente de la CNMV y 16 de su Doc 35.
[27] Sobre la vinculación de la normativa administrativa sancionadora y la normativa penal se refiere la Circular 4/2013 de la FGE con cita de la doctrina ya contenida en STC nº 18/1981, de 8 de junio y reiterada, entre otras, STC de 16-3-2015 Sala 2ª, nº 54/2015, BOE 98/2015, de 24 de abril de 2015, rec. 2603/2013 (Pte: González Rivas, Juan José).

tenor de la sentencia firme que en su día se dictara por el Tribunal Supremo, evidencia una valoración jurídica por parte de la Audiencia Nacional que se compadece mal con la claridad de la antijuricidad de la conducta que debe poder apreciarse en el ámbito penal.

La SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 1/7/2015 considera, en relación con la inicial colocación de los VS:

- Que la normativa aplicable al lanzamiento al mercado de los VS no imponía a BS la obligación de desarrollar protocolos adicionales a los que ya existían, o documentar de forma determinada los análisis comerciales realizados ni elaborar un test de conveniencia con un contenido predeterminado.
- Que la obligación prevista en el art. 79 e) de la LMV se cumplía con la emisión por el comercial de un juicio sobre idoneidad del cliente.
- Que el porcentaje de suscriptores fue del 40% procedente del segmento Banca de particulares pero tal dato debe precisamente vincularse a otro y es que Banca de particulares constituye un 90% de los clientes de BS, de lo que deduce la Sala que sí hubo una selección de clientes en la comercialización del producto.
- Que la cautela establecida en el Manual de Procedimientos respecto a la eventual distribución de los productos complejos a los clientes de banca de particulares no puede identificarse con una restricción absoluta para su contratación.
- Que lo preceptivo es que en la comercialización constase el juicio del comercial y el cliente firmara Anexo manifestando conocer los riesgos de la inversión, lo cual sí se ha cumplido.

En nuestro informe de 23/12/2014 indicábamos como una de las cuestiones que habrían de comprobarse la relativa a las Manifestaciones de interés en suscribir los VS recogidas antes del periodo de suscripción de los mismos: "*Como quiera que en los informes del expediente se hace referencia al análisis por muestreo, no consta si la CNMV tuvo acceso a (...) las Manifestaciones de Interés*". De las diligencias practicadas a lo largo del año 2015 también esta duda ha quedado despejada, pues hubo Reclamaciones individuales respecto a operaciones en las que se

formalizaron Manifestaciones de interés. De ellas señala la CNMV: "*Mediante este documento se manifestaba el interés en conocer las características detalladas de esos valores tan pronto como su folleto fuese aprobado por la CNMV y se indicaba la cantidad estimada que se destinaría a esa inversión (...) También se indicaba expresamente que ese documento no era una orden de suscripción;*" por lo que aunque no estuviera firmada "*no se entiende necesario hacerlo para suscribir finalmente el producto*".[28] En consecuencia no atribuye trascendencia, a los efectos que nos ocupan, a la presencia de las manifestaciones de interés en los VS con carácter previo a su suscripción.

En cuanto a las compraventas de VS con posterioridad a su inicial colocación la CNMN analizó las operaciones con carácter general y también recibió Reclamaciones individuales sobre casos concretos. Entre las Reclamaciones remitidas por la CNMV a requerimiento del Juzgado Central figuran varias relativas a estas operaciones dirigidas a ser realizadas en el mercado secundario. En sus contestaciones a dichas Reclamaciones individuales la CNMV consideró que BS no había acreditado tener información suficiente de los clientes como para poder apreciar la conveniencia de los VS para ellos, ni haberles informado sobre las características y riesgos de dicho producto financiero. En algunos casos confirmó otros hechos como la falta de acreditación de autorizaciones o apoderamientos para contratar los VS[29]. Y en general consideró esa actuación del banco, llevada a cabo en 2008 y 2009, constitutiva de infracción muy grave y merecedora de una sanción que ha sido confirmada por la SAN de 1/7/2015 ya citada.

La labor y conclusiones de la CNMV tienen una trascendencia extraordinaria por su propia naturaleza y funciones como órgano de control. Las valoraciones volcadas en el expediente sancionador resultan, a juicio del

[28] Reclamaciones individuales CNMV adjunto al escrito obrante en fols. 4962 y 4963 sobre manifestaciones de interés –tomo 11- obrantes en DVD nº 1 (s/foliar) R/747/2008IF, y DVD nº 2 R/7304/2013IF

[29] Reclamaciones individuales CNMV obrantes en el DVD nº1 (s/foliar) adjunto al escrito obrante en fols. 4962 y 4963 del tomo 11: R/3341/2012-IF, R/2880/2012-IF, R/1780/2012-IF, R/2825/2012-IF, R/2787/2012-IF, R/1585/2012-IF, R/1543/2012-IF, R/0846/2011-IF, R/1780/2012-IF, (Informes finales)

Fiscal, corroboradas por las Reclamaciones individuales en las que se examinan casos concretos. La valoración penal de la actuación de la cúpula directiva del banco debe centrarse en las directrices impartidas para el lanzamiento del producto VS a su clientela. Sobre esta cuestión la CNMV sí entendió claramente generalizada la falta de fijación y difusión de criterios para determinar el perfil del cliente dejando plenamente dicha determinación al juicio del comercial. A partir de ahí los datos muestran la diversidad de comportamientos y resultados que ofrece la casuística. Así, en una de las Reclamaciones analizadas por la CNMV[30] ésta, junto a esa conclusión general que se acaba de exponer, señala la advertencia que debió suponer para el cliente el tener que firmar un contrato de administración y depósito de valores, pues ello resulta condición inexcusable para adquirir valores negociables pero no para contratar depósitos bancarios. En consecuencia, la necesidad de firmar contrato de administración y depósito de valores debiera haber sido indicio de que lo que se estaba contratando no era una imposición a plazo ordinaria.

7º. El delito de estafa que se investiga. Error con relevancia penal o civil.

Como ya señalaba nuestro informe de 23/12/2014 es esencial a los efectos de la actual instrucción la concreción del tipo o tipos delictivos en los que pudieran ser subsumibles los hechos. El AAN de fecha 13/6/2014[31] establecía claramente el delito de estafa como aquel que sería objeto de la instrucción cuando, estimando recurso de los querellantes, dejó sin efecto el sobreseimiento acordado.

Conviene, por tanto, recordar la doctrina jurisprudencial sobre el delito de estafa.

---

[30] R0747/2008 referenciada en la Nota 28, pág 3 del archivo 2008/ 0747/ InfFinalDirector_747.pdf

[31] Auto nº 121/14 dictado por la Secc. 4 de la Sala de lo Penal de AN en el rollo de apelación 114/14 obrante en Fols. 434 – 446 del tomo 2.

7.1. Sobre la omisión del control necesario por quien ostenta determinada posición en una organización.

La STS de 5/2/2014[32] concluyó que, en el caso concreto, se había producido una omisión de deberes de control necesarios por parte de quien ostentaba la condición de director de la sucursal, condición que conlleva posición de garante de la corrección y legalidad de las actividades de otros. La Sala no solo apreció en dicho director de sucursal responsabilidad por omisión punible, sino mediante su participación activa en la comisión del delito; ciertamente no realizando la acción típica, pero sí creando las condiciones imprescindibles para que la misma pudiera ser realizada por el otro condenado (trabajador de la sucursal), confirmando en consecuencia su condición de autor vía cooperación necesaria. La razón de este pronunciamiento es que en la coautoría por cooperación necesaria no es necesario que el coautor ejecute los actos típicos del delito, pues cabe una división de trabajo, siendo lo relevante la calidad de su aporte al fin delictivo común de suerte que sin su colaboración no hubiese podido realizarse el delito –el condominio funcional del hecho-. La entidad bancaria para la que trabajaba el condenado resultó igualmente condenada, si bien como responsable civil subsidiaria.

7.2 Sobre la estafa consistente en un negocio jurídico criminalizado.

El TS ha descrito una variedad de estafa que[33] "*exige la constancia de la voluntad primigenia de incumplir, como forma de engaño determinante de la disposición patrimonial que sufre el perjudicado. (...) en esta figura delictiva el ilícito penal aparece caracterizado -frente al mero ilícito civil- por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de cumplirla, de que el contrato aparente es el instrumento del fraude, que se vertebra, en consecuencia, alrededor del elemento subjetivo (dolo antecedente o in contrahendo y no dolo subsequens), cristalizado en la voluntad inicial o concurrente de incumplir la prestación que se deriva del contrato*". El contrato aquí es, por

[32] STS de 5/2/2014, Sala 2ª, 99/2014, rec. 956/2013.
[33] ATS de 5/10/2005 (nº 1996/2005, rec. 1091/2005) y STS Sala 2ª, S 26-3-2013, nº 257/2013, rec. 1055/2012 Pte: Martínez Arrieta, Andrés

tanto, aparente, constituye un instrumento disimulador o de ocultación del propósito fraudulento.

7.3. Sobre la linde entre el engaño que puede tener consecuencias solo civiles y el que da vida al delito de estafa.

Como explica la STS de 21/2/2006[34] la linde no siempre es fácil de hallar en los casos en los que con finalidades lucrativas ilícitas el agente muestra una voluntad seria de cumplir un contrato civil, cuando realmente su voluntad es incumplirlo, enriqueciéndose con el cumplimiento esperado de la otra parte. Las pautas de actuaciones que el TS proporciona son las siguientes:

a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardides del sujeto activo.

c) Es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.

d) Para conmensurar la eficacia del engaño hay que partir de que "*el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores*". Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa.

e) No desaparece el engaño bastante que exige el tipo penal de la estafa como elemento nuclear por el hecho de que los engañados tuvieran una

[34] STS de 21/2/2006 Sala 2ª, nº 167/2006, rec. 1886/2004.

actuación más o menos diligente. El engaño puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima, pero lo único que determinaría tal comprobación sería la frustración del comienzo delictivo engañoso del autor, que constituiría en ese caso una tentativa del delito -acabada o inacabada- por parte de quien ha dado ya comienzo al *"iter criminal"*. No podrá descargarse en las víctimas la responsabilidad por no desplegar unos resortes precautorios que se encuentran extramuros de lo que supone el principio de confianza.

7.4. Sobre el deber de autoprotección del supuesto perjudicado cuya desatención excluiría la tipicidad defraudadora del beneficiado.

Los límites de la exigencia de autoprotección y su determinación caso por caso han sido reiterados por la STS 318/16 de 15/4/2016 en el sentido de excluir relevancia penal en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, porque en estos casos la falta de idoneidad del engaño impide afirmar su relación causal con el acto dispositivo perjudicial. La constatación de esa idoneidad debe hacerse caso por caso concreto. Para que se estime inidóneo el engaño es preciso que el engañado incurra en una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas. La ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas y no se debe desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

7.5. Sobre la calificación del engaño en la compraventa de productos financieros.

Diversos pronunciamientos judiciales deben ser tomados como referente para adoptar una decisión sobre si los hechos tienen entidad penal. Así, los AAN nº 416/2013 y 417/2013 (Sala de lo Penal) de 17 de diciembre de 2013 que la Fiscalía ya invocó en informe de 23/12/2014 (fols. 4003 al 4015, tomo 9). En otro procedimiento despachado por la Fiscalía

Especial, esta vez al término de la investigación -AAN de 27/4/2015, Rollo de Sala 46/2015-, la Sala de lo Penal confirmó el auto de sobreseimiento provisional de las Diligencias Previas acordado por el Juez Instructor. Al resolver los recursos contra el sobreseimiento, la Sala tomaba en consideración la situación económica que había al tiempo de los hechos investigados y la complejidad del producto financiero objeto de la investigación. En cuanto a la situación económica, el Auto indica que estuvo determinada por los problemas que tenían las entidades financieras en sus balances, con activos inmobiliarios muy depreciados por la evolución del mercado. La complejidad de algunos productos provocaba que su rentabilidad oscilara según las ganancias o pérdidas del banco emisor o de la entidad garante. La Sala concluye que no puede afirmarse que con carácter general la nula rentabilidad fuera conocida de antemano, pues la situación de insolvencia de las entidades solo se constató a raíz de una serie de cambios legislativos y dio lugar a un largo proceso hasta que las entidades financieras fueron saneadas. En este contexto es difícil encontrar el elemento subjetivo de la estafa, que podría llegar a predicarse de todas las entidades y todos sus directivos, *"lo cual contraría el principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del derecho penal, habida cuenta los instrumentos que ofrecen las leyes civiles y mercantiles para el ejercicio de acciones por parte de los perjudicados. Cuestión diferente es que en la concreta comercialización haya intervenido un concreto engaño mendaz propio del delito de estafa. Todo ello aconseja (...) que este conflicto se resuelva en vía civil, puesto que el dolo civil es de menor grado que el penal, y también de diferente naturaleza (...) Además, las posibles conductas irregulares de los administradores de estas entidades pueden ser perseguidas dentro del ámbito propio de su función –Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito-".*

Al aplicar la doctrina anterior a los hechos objeto del actual procedimiento y analizar el eventual engaño en la actuación de los responsables de la entidad bancaria debe omitirse valoración de situaciones posteriores que no fueran necesariamente previsibles. Como recuerda el TS al enjuiciar un eventual delito de malversación en la compra de productos financieros por parte de una entidad pública, *"No es dable consideraciones*

ex post para ponderar el estado de conocimiento en el momento de autos"[35].

Tampoco parece que pueda concretarse el engaño en el dato de que los VS se calificaran por la entidad como Valores convertibles sin serlo, pues aunque se denuncia tal cosa por las acusaciones[36], en el propio Resumen de la Nota de Valores se describe el producto como Valores "*necesariamente canjeables por obligaciones subordinadas necesariamente convertibles de Banco Santander*" y la publicidad emitida por BS señalaba expresamente que se podrían "*convertir en acciones Santander*".

Todo lo anterior no excluye las responsabilidades civiles o administrativas por las deficiencias detectadas en la comercialización de los VS ni la responsabilidad civil de BS derivada de eventuales delitos que pudieran haber cometido concretos empleados de la entidad en la comercialización de los VS, en atención a los deberes de control que pesan sobre la misma en virtud de la normativa administrativa de protección de los usuarios de servicios financieros[37]. Como destaca la STS de 7/9/2015, "*Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media un trecho. Hay conductas ilícitas (...) que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible (...). De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico*"[38].

8º. La jurisprudencia sobre el error en el orden jurisdiccional civil.

La sentencia de 18/11/2013[39] analizó desde la perspectiva civil la contratación de los VS con cita de la doctrina jurisprudencial al respecto.

---

[35] STS Sala 2ª de 17-9-2015, nº 526/2015, rec. 492/2015 Pte: Palomo del Arco, Andrés.
[36] Alegación octava del escrito de 20/10/2015, unido por providencia de fecha 23/10/15.
[37] Así, en un supuesto análogo, STS Sala 2ª de 28-1-2015, nº 42/2015, rec. 886/2014 Pte: Ferrer García, Ana María.
[38] STS Sala 2ª de 7/9/2015 , Nº 484/2015, rec Nº 1765/2014 Pte. Del Moral García, Antonio.
[39] Sentencia de 18/11/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 43, Barcelona, nº 214/2013, nº autos 435/2013. Con cita de los preceptos invocados, recuerda que para que el error invalide el consentimiento "*deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto*

Recuerda la diferencia entre el error y el dolo en los negocios, así como los efectos de uno y otro, previstos en los arts. 1266, 1269 y 1270 del CC. En aquel caso concreto se consideró relevante el hecho de que no estaban en vigor en la fecha de la contratación las Directivas MIFID 2006/73 y 2004/39, lo que reconduce a la aplicación de la LMV en su redacción por Ley 44/2002, al Real Decreto 629/1993 y, en el ámbito de las condiciones generales de contratación, a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

La Directiva MIFID (art. 27) vino a regular una serie de condiciones necesarias relativas a la información que se facilita al cliente (tales como la inclusión del nombre de la empresa de inversión, la indicación no sólo de los beneficios potenciales del producto comercializado sino también de sus posibles riesgos, la no ocultación o encubrimiento de puntos o advertencias importantes...) debiendo ser suficiente la información suministrada y, en especial, comprensible para cualquier integrante del grupo medio al que se dirige o para cualquier probable receptor de la misma.

Conforme al art. 28 de la misma Directiva, debe garantizarse especialmente la categorización de los clientes a fin de que el modo de prestar la información sobre un eventual producto financiero a contratar se adecúe al perfil del cliente, debiendo proporcionarse cumplidos datos tomando en consideración la situación y nivel de conocimientos del cliente, informándole en especial de los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate, incluido el de pérdida total de la inversión, la volatilidad del precio de dichos instrumentos y el hecho de que un inversor podría asumir, además del coste de adquisición de los instrumentos, compromisos

---

del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". Por su parte el dolo, que concurre "*cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*", solo si es grave produce la nulidad de los contratos, puesto que el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios. La citada sentencia analizó en vía civil un supuesto de reclamación relativa a la compraventa de VS y analiza la normativa sobre las cláusulas abusivas contenida en la legislación sobre consumidores. "(...) *el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.*"

financieros y otras obligaciones, incluidas obligaciones contingentes, como consecuencia de operaciones con dichos instrumentos (art. 31 y concordantes de la Directiva MIFID): "(...) *en fin, la empresa que comercialice cualquier instrumento o producto financiero, valorando las características especiales y solvencia del cliente, deberá recomendar tan sólo aquéllas operaciones que respondan a los objetivos de inversión de dicho cliente y que el mismo pueda asumir, absteniéndose de aconsejar la suscripción de cualquier producto que no se adecué a dicho perfil de idoneidad y conveniencia*".

La reciente STS 16/2/2016[40] de la Sala 1ª recuerda que también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MIFID la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obligaba a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. "*Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...) Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios,*

[40] STS 60/16 de 12/2/2016 (Sala 1ª, rec. 2450/2012, Ponente Sancho Gargallo).

desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y *objetivos de inversión (...).*

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes (...) No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume." El TS recuerda en esta sentencia su doctrina sobre el error como vicio del consentimiento en esta materia, invocando precedentes anteriores, para concluir: "*Como tuvimos ocasión de explicar en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en la que se aplicaba la normativa MiFID, y reiteramos en la sentencia 458/2014, de 8 de septiembre, en la que se aplicaba la normativa pre MIFID, ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a*

interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto" (el subrayado es nuestro).

En definitiva, el que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada del producto muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. Por lo tanto el desconocimiento de los concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Ese error es esencial porque afecta a los presupuestos que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. El TS reitera en el ámbito civil que la mera lectura del documento es insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y cuáles son los concretos riesgos del producto.

9º. El resultado de las concretas reclamaciones, demandas y denuncias formalizadas individualmente.

Consta en autos la diferente situación de los distintos compradores de VS y el distinto devenir de las iniciativas de los mismos frente al BS. Ha habido tanto reclamaciones ante la CNMV en cuanto órgano de control como actuaciones judiciales, siendo diversa la respuesta a las demandas y denuncias relativas a la comercialización de los VS.

En vía penal se encuentran diversos procedimientos en tramitación, algunos desgajados por inhibición de las actuales DP para su investigación por el Juzgado territorialmente competente. Es decir, en los procesos penales iniciados por hechos vinculados a los que son objeto de éste, según los casos continúa la investigación, ha concluido con sobreseimiento o con escrito de acusación.

En diversos procedimientos civiles se ha invocado la nulidad de la compraventa, la anulabilidad por haberse producido la compra con vicios de consentimiento, la resolución del contrato o la responsabilidad de la entidad financiera por la pérdida económica sufrida –a veces se han invocado todas estas circunstancias subsidiariamente[41]-. Algunas sentencias son desestimatorias, como la de 9/3/2015 que invoca la doctrina jurisprudencial conforme a la cual no puede negarse que la infracción de los deberes legales impuestos por el art. 79 bis LMV puede tener efecto sobre la validez del contrato en la medida en que provoque vicios del consentimiento, pero la mera infracción de los deberes (en el caso concreto se trataba del deber de recabar el test de conveniencia) no conlleva por sí sola la nulidad del contrato[42].

En otros procedimientos que centraron más su objeto probatorio en la concreta actuación de la sucursal de la entidad bancaria se han producido resultados dispares en función de los casos concretos. En algunos se descartó la existencia de vicios del consentimiento[43]. En otros se estimó la concurrencia de vicios del consentimiento en primera instancia pero en la segunda –más tarde confirmada- se descartaron por considerar irrelevante aquel error que no hubiera influido en la determinación de la voluntad del hombre medio, siendo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste a lo querido, sin que los motivos que llevaron a las partes a celebrarlo puedan ejercer influencia alguna en general sobre la validez del acto jurídico[44]. Hay

[41] Sentencia nº 62/15 de 13/3/2015 del Juzgado de 1º instancia 20 de Madrid en PO 69/14 (fol. 6424 al 6434) –tomo 13-.

[42] Sentencia nº 56/15 de 9/3/15 dictada en PO 295/2013 por el Juzgado de primera instancia 1 de Santander, f. 4911 al 4939 -tomo 10-. En consecuencia, "*si la infracción de los deberes impuestos en la normativa legal aplicable a la protección del adquirente de un producto financiero tiene en nuestro ordenamiento una respuesta de carácter administrativo su integración para provocar la ineficacia de un contrato privado bancario se presenta a partir del error vicio como efecto invalidante propio de la nulidad relativa, pero nunca como elemento que permita acudir a la nulidad radical y absoluta por la infracción de normas imperativas (art. 6 CC)*"

[43] Sentencia de 23/3/2012 dictada en PO 594/11 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Alicante, confirmada por la sentencia nº 31/2013 de 25/1/2013 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante Secc. 8ª en rollo 430-303/12, f. 5156 a 5178 –tomo 11-. Sentencia de 10/10/2014 dictada en PO 332/2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Móstoles, fols 5720 a 5732 –tomo 12.

[44] Sentencia nº 68/2012 de 5/3/12 dictada en PO 495/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alicante, más tarde revocada por la SAP nº 564/12 de 4/12/12, f. 6006 a 6030 -tomo 12-.

casos en los que se han alcanzado acuerdos entre los reclamantes y el Banco[45]. Hay casos en los que en virtud del allanamiento se ha declarado la nulidad del contrato de compra de VS[46]. De algunas sentencias invocadas no consta su firmeza.

Resultados judiciales dispares, como se dijo, para situaciones dispares, en un radio que abarca desde la consideración de inexistencia de irregularidad alguna a la consideración de ilícito penal.

Para finalizar este apartado relativo a la casuística administrativa y judicial de la comercialización individualizada de los VS debe hacerse una reflexión más extensa los hechos que fueron denunciados ante el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid[47]. La denuncia hacía referencia a la comercialización de los VS con anterioridad a la fecha de registro en la CNMV (19/9/2007) y por lo tanto sin aprobación, "*mediante ocultación o manipulación de los datos de suscripción en las órdenes originales*". De la documentación remitida por el JI nº 47 resulta que podríamos encontrarnos ante algunas de estas operaciones en las que se ofreció el producto con anterioridad al registro de la Nota de Valores en la CNMV, puesto que consta una fecha en el sistema informático y otra distinta en la orden de suscripción, discrepancia que se produce igualmente en los supuestos en los que hubo Manifestación de Interés previa a la suscripción de los Valores. En estos casos, salvo que hubiera algún pago (que parece en todos reconducirse al 4/10/2007), lo relevante a los efectos de las actuales DP es si con posterioridad a la fecha del registro de la Nota del Valores en la CNMV hubo una orden del cliente tras haber podido examinar la documentación publicitaria correspondiente. Consta en autos el tratamiento interno que las sucursales de BS debían dar a estas actuaciones previas si se producía su ratificación con posterioridad al 19/9/2007 y el propio organismo de control hace hincapié en la existencia de datos que conduzcan

[45] Sentencia nº 112/2013 de 23/5/2013 dictada en PO 1367/2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, fols. 2805 – 2833 – tomo 6-.
[46] Sentencia nº 75/2013 de 19/6/2013 dictada en PO 58/2013 por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 2 de Haro fols. 3331 a 3332 – tomo 7-.
[47] Diligencias Previas 1807/14, f. 320 al 375 -Tomo 1-, en las que se dictó auto de inhibición de fecha 28/4/14 a favor de la Audiencia Nacional.

a confirmar o descartar que el cliente conoció las circunstancias del producto con carácter previo a suscribirlo.

Debe recordarse que en el informe de 14/12/2011 (pag. 354 del expediente) se llega a la conclusión de que hay incluso órdenes sin firmar y sin fecha y hora, deficiencias estas que "*no impiden el conocimiento efectivo de su contenido y alcance*". En consecuencia, lo relevante para la CNMV es si, independientemente de las voluntades solicitadas o recogidas con anterioridad al 19/9/2007, con posterioridad a esta fecha se recogió por la sucursal la voluntad del cliente ya con todos los documentos informativos aprobados y disponibles, mediante la firma de la oportuna orden de suscripción.

En cuanto a la aportación en procedimiento celebrado en los Juzgados de Haro de tríptico informativo de fecha 18/9/2007 siendo la real 19/9/2007, la falsedad denunciada no incide en la valoración de una eventual estafa, máxime siendo que la fecha que consta en los documentos aportados con la denuncia es anterior tanto al 18 como al 19 de septiembre de 2007 (10/9/2007, 13/9/2007...), por lo que carece de trascendencia a los efectos de las actuales DP. Cuestión distinta es la trascendencia de la mendacidad denunciada como cometida en el procedimiento civil, que por ello habría de investigarse en el lugar donde dicho documento se haya aportado judicialmente. En consecuencia, como ya se avanzó, procede acordar la inhibición parcial en relación con los hechos ocurridos en la sucursal de BS de Santo Domingo de la Calzada una vez dilucidada la cuestión relativa a la actuación de la cúpula de la entidad con ocasión de la comercialización de los VS, a efectos de hacer lo propio respecto de las concretas conductas de empleados que participaron en la contratación.

10º. La ausencia de deducción del tanto de culpa a la jurisdicción penal por parte de la CNMV.

Resta por analizar el efecto de la valoración de la CNMV, órgano de supervisión e inspección entre cuyas funciones se encuentra la protección de los inversores, sobre la valoración en sede penal de los concretos hechos

objeto de las DP. La CNMV, pese a las circunstancias que han sido expuestas en los apartados anteriores y a que concluyó el expediente sancionador con sendas propuestas de sanción, no dio traslado de sus conclusiones al Ministerio Fiscal, a diferencia de otros supuestos en los que su Comité Ejecutivo sí ha acordado hacerlo conforme a los arts. 85.2.l) LMV y 262 de la LECrim, al apreciar indicios de delito.

La CNMV detectó graves irregularidades en la supervisión general del proceso de lanzamiento de los VS para su comercialización y por lo que resulta de las reclamaciones individuales que luego atendió éstas confirman sus conclusiones. A estos efectos deben recordarse algunos datos relevantes de los expedientes derivados de las reclamaciones individuales: en algunos casos se detectó la contratación de los VS con anterioridad a que se abriera la oferta pública de suscripción y se comprobó la existencia de manifestaciones de interés previas a la aprobación del folleto de la CNMV. En los expedientes se recoge que el único mecanismo utilizado por BS para determinar el perfil del cliente fue el juicio del comercial sin mayor acreditación de la formación específica de estos o de indicaciones recibidas a efectos de aquélla determinación. Igualmente, que en la publicidad de los VS se enfatizaba la remuneración y en alguna ocasión la liquidez de los valores, sin hacer hincapié en los riesgos como exigía la normativa. Así, en una comunicación dirigida a los clientes en noviembre de 2008 "*se hacía referencia a la liquidez inmediata de los valores y se indicaba que se esperaba que su suscripción supusiera una magnífica inversión para los clientes que la mantuvieran durante toda la vigencia de la misma cuando en el mercado estaba cotizando en torno al 40% de su precio*"[48]. El art. 30.1. de la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero prevé que los servicios de reclamaciones (en este caso de la CNMV) informen a los servicios de supervisión correspondientes cuando aprecien indicios de incumplimientos graves o reiterados de las normas de transparencia y protección a la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros por parte de una misma entidad.

[48] Fol. 562 CD –tomo 2 – Doc. 8/ Documentación VS/20100216_CartaRH/Carta Relación Hechos.pdf. (página 7)

En síntesis, se consideró por los propios órganos de control administrativo que los hechos que afectan al proceso de lanzamiento de los VS para su comercialización debían ser sancionados en sede administrativa, sin remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal. En igual sentido la acusación particular invocaba un procedimiento civil cuya resolución -favorable al demandante- tampoco determinó la deducción del tanto de culpa a la jurisdicción penal pese a los datos que recoge el escrito (f. 2819).

11º. La procedencia de valorar separadamente las actuaciones de la gerencia de BS y las de empleados de distintas sucursales en la comercialización de los VS.

Debe recordarse que desde un principio quedaron al margen de la investigación las actuaciones individualizadas que pudieran haberse producido en la comercialización del producto en cada sucursal (delitos de falsedad o estafa, o vicios del consentimiento cometidos en sede de concreta sucursal y por concretos empleados de BS).

Esto es lo que se desprende de la doctrina de la Audiencia Nacional en otros procedimientos en los que se han planteado cuestiones similares. Así, los Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional antes citados 416/13 y 417/13 relativos, entre otros objetos, a la comercialización de determinado producto bancario. El primero distingue nítidamente la "*planificación llevada a cabo por los órganos directivos de las entidades querelladas para comercializar*" de la "*comercialización individualizada*" (FJ Décimo), admitiendo la querella respecto de la primera pero no respecto de la segunda. El segundo de los autos citados vuelve a distinguir dos tipos de conductas, asumiendo la postura de la Fiscalía: "*a/ la ideación y comercialización general que de estos productos financieros se realizó desde la cúpula directiva de las entidades emisoras. b/ la comercialización individualizada (...) por los empleados de las distintas entidades querelladas*". En relación con estas segundas conductas, la Sala considera "*improcedente iniciar una investigación penal dirigida contra todos los empleados que vendieron dichos productos financieros*", sin perjuicio de que

se ejerciten "*las acciones personales individuales que correspondan contra estos empleados en el ámbito de la jurisdicción provincial*". El auto finalmente confirma la admisión de la querella "*en lo relativo a la planificación llevada a cabo por las personas que componían los órganos directivos de las entidades querelladas para capitalizarlas*" con la venta del producto financiero.

También en la presente causa el Auto de la Sala de lo Penal de 13/6/2014 se refirió a los responsables del banco cuando valoraba la posibilidad de que "*por el banco en cuestión, a través del personal del mismo, dados los perfiles de aquéllos a los que se buscó, no se les suministrara convenientemente la oportuna información sobre el producto cuya emisión suscribieron*".

Conforme a las resoluciones citadas se incoó el actual procedimiento penal y se han investigado los hechos relativos a la ideación y comercialización desde la cúpula de la entidad bancaria.

A lo largo de la fase de instrucción se informó por la Fiscalía sobre la susceptibilidad y conveniencia de realizar autónomamente esta investigación y las que procedieran por la conducta individualizada de comercialización en las sucursales, por ejemplo en escritos de fecha 24/6/2015 y 28/9/2015 y ha sido resuelto por el Juzgado Central de Instrucción -y confirmado por la Sala de lo Penal- en auto de 8/9/2015. De hecho, las declaraciones prestadas judicialmente por imputados y testigos con fechas 25/5/15, 26/5/15, 6/8/14, 15/1/16 y 8/2/16 han resultado trascendentes más allá del mero caso concreto, en la medida en que permitieron conocer la operativa general del BS al comercializar los VS. Por ello, el pronunciamiento judicial que se adopte en las actuales Diligencias Previas es compatible y no prejuzga los que se adopten, en un sentido u otro, al examinar en sede penal o civil concretos casos de comercialización de VS.

Cualquier investigación en la Audiencia Nacional de estas actuaciones individualizadas[49] debería partir de la premisa de la subsistencia de las actuales DP, que la Fiscalía entiende improcedente conforme a los datos hasta ahora expuestos y la conclusión que se expone en el siguiente apartado.

12º. Valoración final a la luz de los pronunciamientos judiciales invocados y los hechos acreditados en las actuales Diligencias Previas.

El conjunto de datos recabados a través de la instrucción conduce a descartar la relevancia penal de la conducta de la cúpula directiva de BS en la comercialización de los VS.

Por una parte, en la valoración de un posible engaño global lo que evidencia la instrucción son casos dispares entre los diferentes compradores de VS, conforme se expone a continuación.

Como se dijo hay compradores de VS que suscribieron órdenes sin fecha constando la orden de suscripción anotada antes incluso del registro de los VS en la CNMV, y hay compradores que firmaron una declaración de haber sido informados en la sucursal de los riesgos y características del producto. Hay compradores que ya tenían una vinculación con el banco que permitiría a los empleados hacer evaluación de su idoneidad, y otros de los que, por ser clientes nuevos, no tendría el banco información para valorar su perfil de riesgo e inversión. Hay compradores que en el test declararon un nivel de estudios de Bachillerato o Graduado Escolar, sin experiencia laboral en mercados financieros, con experiencia previa en fondos de inversión y productos de pasivo financiero estructurados que no implicaban contratación previa de productos de riesgo similares, dada la singularidad de los VS; y hay compradores con experiencia inversora en fondos con nivel de riesgo "alto" en el año inmediatamente anterior a la compra de los VS.[50]

[49] ATS Sala 2ª 8617/2015 de 10/9/2015, rec. 20.396, Pte. Varela Castro.
[50] Fol. 5892 y 5925 – tomo 12- y s/f Tomo 15.

En algunas sucursales se concentraron especialmente las operaciones, como constata en relación con las aplicaciones el informe de la CNMV de 21/7/2014. Se trata de cinco sucursales, en las que se concentraron el 20% de las aplicaciones detectadas, ubicadas en Alcorcón, Córdoba, Alcobendas, Sanlúcar de Barrameda y Madrid. También ocurre, respecto de la inicial colocación de los VS, en la sucursal de Santo Domingo de la Calzada.

Finalmente, en diversos escritos de afectados unidos a las actuales DP se describen los hechos con referencia a la actuación de concretos empleados de la sucursal bancaria. Es el caso, por ejemplo, de los escritos de Ignacio López Sánchez y Carmen Fernández Fernández, Francisco Jesús Fernández Hermoso y María del Carmen Marín Galiano, Manuel Jesús Gallego, Rafael Rodrigo Arias y Héctor Rodrigo García, Félix Rivero de la Coba, Julián Muñoz Ríos y María Concepción Sánchez Romero, Domingo Ortega Ortega, Mª Luisa Torres Carracedo y María Sánchez Morales.

Todo lo anterior permite razonablemente concluir que hubo una influencia decisiva en la tarea de comercialización en las propias sucursales. Debe traerse a colación cuanto se exponía en apartado 3º sobre la importancia del cumplimiento de la obligación de tener información previa del cliente y evaluar la adecuación de los VS al perfil de riesgo e inversión de cada uno. Se decía allí que si BS no disponía de información sobre el perfil del cliente o no evaluaba el mismo difícilmente podían establecer criterios de evaluación y selección de los eventuales destinatarios de la oferta. Cuestión distinta es si esa omisión supone un engaño masivo sobre las condiciones reales del producto desde la cúpula de BS. Podría decirse que un engaño de estas características partiría necesariamente de una falta de información y selección de destinatarios del producto, pero no toda falta de información y selección genera un engaño generalizado a los clientes constitutivo de delito de estafa. Este engaño en cuanto a las instrucciones (o su ausencia) con relevancia penal no concurre por los motivos expuestos en los apartados anteriores, correspondiendo su eventual sanción a los órdenes jurisdiccionales civil y administrativo, en su caso. Ello sin perjuicio,

como ya se ha dicho, de la valoración penal circunscrita a concretos actos de comercialización.

Por último, en cuanto a la tesis de que el engaño residía, como resulta de algunos escritos, en el hecho de que BS ya conociera que en ningún caso se produciría la primera alternativa asociada a la comercialización producto VS porque en todo caso prosperaría la compra de ABN Amro, lo cierto es que las circunstancias del producto financiero fueron conocidas y analizadas por la CNMV y no consta referencia alguna a dicha premisa.

Por todo lo expuesto, el Fiscal DICE:

1º. Por referirse a hechos esencialmente cometidos en Santo Domingo de la Calzada por empleados de la sucursal de BS en dicha localidad (sucursal nº 1084), interesa se acuerde la inhibición parcial respecto de la comercialización de los VS que fue objeto de las Diligencias Previas 1807/14 del JI nº 47 de Madrid, en favor de los Juzgados de Haro (La Rioja). A tal efecto, procede remitir, junto con la inhibición, los siguientes particulares originales -dejando testimonio en las actuales DP-:

- F. 79 a 94, 91 a 111, 114 a 131, obrantes al tomo 1 (escrito denuncia y documental de 11/4/14).
- F. 320 a 375 -tomo 1- D.P. 1807/14 del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid.
- F. 4.398 a 4.465 -tomo 10-, escrito y documentos de presentados el 11/2/15.
- S/f Providencia de 17/12/15 -tomo 14-.
- S/f Escrito y documentos aportados por Banco Santander de 2/2/16 en cumplimento del requerimiento acordado por providencia de 17/12/15 y unidos por providencia de 3/2/16.

2º. A efectos de la inhibición solicitada en el apartado anterior, interesa que se recabe del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid la documentación original que, en su caso, tenga de sus DP 1807/14.

3º. Respecto de los restantes hechos objeto de las actuales DP, relativos a la actuación de los órganos directivos de Banco Santander en el proceso de comercialización de los VS no se opone a que se acuerde el sobreseimiento provisional parcial conforme al art. 779.1.1º LECrim, sin perjuicio del ejercicio de las acciones penales y civiles que pudieran proceder por actuaciones individualizadas producidas en la oferta y venta de los VS en las distintas sucursales.

4º. Interesa que se deduzca testimonio de los folios 133 a 137, 140 a 146 (todos del tomo1), de la providencia de 17/12/2015 (tomo 15) y los escritos de Banco Santander de 2/2/2016 y 16/2/2015 (este segundo aportado junto con el anterior, ambos en el tomo 15) para su remisión a la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por si los hechos pudieran constituir infracción de la Ley 10/2010 conforme a sus arts. 2.1.a), 25.1 y 2, 52.1.l), 60.1 in fine, 61 y DF 7ª.

5º. De conformidad con el art. 12 de la Ley 4/2015, de 27 de abril y 779.1.1ª LECrim, procede notificar la resolución que se dicte a todos aquellos que han accedido al procedimiento por considerarse afectados, se hayan constituido o no en acusación.

Madrid, 29 de abril de 2016.

Belén Suárez Pantín

Myriam Segura Rodrigo