

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

**DERECHO PENAL
BANCARIO**
FUNDAMENTOS Y APLICACIÓN

ÍNDICE GENERAL

CONSEJO ASESOR ARANZADI LA LEY	7
ABREVIATURAS	19
PRÓLOGO	23
INTRODUCCIÓN	27
CAPÍTULO I	
LA LEGITIMACIÓN COMO ACUSACIÓN PARTICULAR DE LOS FONDOS DE RESCATE	35
I. Introducción	36
II. Los orígenes del problema	37
<i>II.1. El origen histórico del problema: el caso Banesto</i>	<i>37</i>
<i>II.2. Intentos de corrección del error original: las resoluciones de instrucción en los casos Caja de Ahorros del Mediterráneo y Caixa Penedés</i>	<i>38</i>
<i>II.3. El origen moderno del problema: el error denegando la legitimación del FGD en Caja Castilla La Mancha</i>	<i>40</i>
<i>II.4. La consolidación del error: la SAN en la Caja de Ahorros del Mediterráneo de 24 de febrero de 2015</i>	<i>42</i>
III. La reversión de la falta de legitimidad de los Fondos de Rescate [FGD/FROB]: Sobre el concepto de perjudicado en el proceso penal	43
<i>III.1. La legitimación de los Fondos de Rescate [FGD/FROB] como perjudicados: el ejemplo de la Caja de Ahorros del Mediterráneo</i>	<i>48</i>

III.1.1. Introducción: el punto de partida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de administración desleal.	48
III.1.2. La función de los Fondos de Rescate en los rescates bancarios para el buen funcionamiento del sistema financiero nacional	50
III.1.3. La naturaleza de ayuda pública de Estado de las inyecciones de capital y Esquemas de Protección de Activos a la CAM	56
III.1.3.1. De las resoluciones de Comisión Europea sobre ayudas de Estado (<i>State Aid</i>) proporcionadas por el FGD con motivo del rescate bancario de la CAM.	56
III.1.3.2. De la cuantificación de las pérdidas causadas al FGD como consecuencia del saneamiento de la CAM	59
III.1.3.3. De la inclusión de dichas pérdidas en el déficit de las cuentas públicas españolas.	62
III.1.4. La correspondencia de la actuación del FGD con los deberes de salvamento en Derecho penal	64
III.2. <i>La basal STS de 17 de noviembre de 2015: la legitimación como perjudicado de los Fondos que rescatan entidades bancarias con dinero público</i>	69
III.3. <i>La matización introducida por la STS de 3 de octubre de 2018 (Caso Tarjetas Black): la posibilidad de reparación del daño a través de la estrategia de desinversión</i>	75
III.4. <i>¿El comienzo de una nueva deriva? La SAN de 25 de abril de 2019 (Caso Nou Litoral)</i>	76
III.5. <i>Rectificando la deriva: La SAN de 20 de enero de 2020 (Caso Arlette Dome)</i>	80
III.6. <i>Confirmando la rectificación de la deriva: La STS de 9 de septiembre de 2021 (Caso Nou Litoral). La SAREB carece de legitimación</i>	82
III.7. <i>La confirmación definitiva: La STS de 31 de marzo de 2022 (Caso Arlette Dome). La reparación a la entidad bancaria no excluye (ni minora) la indemnización debida a los Fondos</i>	87

<i>III.8. Jurisprudencia consolidada: La STS de 7 de junio de 2023 (Caso Valfensal)</i>	97
---	----

CAPÍTULO II

FALSEDAD DE INFORMACIÓN SOCIETARIA BANCARIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL RESCATE BANCARIO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN POR VÍA DEL ART. 290.1 CP .	103
I. Introducción	104
II. Reflexión previa: el quantum indemnizatorio al que deben hacer frente los gestores de entidades sistémicas que agravan la situación de crisis económica de la entidad mediante la presentación de estados financieros falsos. Imposibilidad lógica de que dichos administradores no respondan civilmente	105
III. Los hechos probados en la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2017	108
IV. La regulación penal y civil ex delicto (para las entidades no sistémicas) en situación de crisis económica o problemas de solvencia en la actualidad (post 2015)	111
V. La regulación penal y civil ex delicto (para las entidades no sistémicas) en situación de crisis económica o problemas de solvencia en la actualidad (previo 2015)	114
VI. La regulación penal y civil ex delicto para las entidades bancarias sistémicas cuyos gestores presentan estados financieros falsos impidiendo una intervención temprana y, por tanto, agravando la situación de crisis de la entidad bancaria sistémica: El art. 290.1 CP y la responsabilidad civil ex delicto en un delito de peligro	118
<i>VI.1. Los estados financieros intermedios de las entidades bancarias como documentos idóneos a efectos del art. 290 CP.</i>	120
<i>VI.2. La responsabilidad civil del delito en el delito de falsedad de información societaria bancaria</i>	124
VII. La solución adoptada por la STS de 22 de julio de 2019 y su valoración crítica	131

CAPÍTULO III

ESTAFA DE INVERSORES EN EL SECTOR BANCARIO. A

PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 282 BIS) CP	137
I. El caso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM)	137
I.1. <i>Introducción</i>	138
I.2. <i>Los hechos probados en la SAN de 17 de octubre de 2017</i> .	139
I.3. <i>La relación entre el art. 282 bis CP y el art. 290 CP: A propósito de la STS de 22 de julio de 2019</i>	141
I.4. <i>Valoración crítica de la relación entre el art. 282 bis) CP y el art. 290 CP establecida por el Tribunal Supremo</i>	144
II. El caso del Banco Popular	148
II.1. <i>Introducción. Un intento de explicación del cambio de contexto regulatorio europeo</i>	149
II.2. <i>Análisis de la situación del Banco Popular</i>	156
II.3. <i>Exposición sucinta de los hechos</i>	161
II.4. <i>Algunas cuestiones de detalle</i>	162
II.5. <i>La calificación jurídica</i>	173

CAPÍTULO IV

LA MANIPULACIÓN DE MERCADO EN EL SECTOR BANCARIO

183	
I. El caso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM)	184
I.1. <i>Introducción</i>	184
I.2. <i>Los hechos probados en la SAN de 17 de octubre de 2017</i> .	188
I.3. <i>La «actuación engañosa y torticera de los acusados» en relación a los adquirentes de las cuotas participativas no es un elemento del tipo de manipulación de mercado</i>	191
I.4. <i>Sobre los 300.000 euros como condición objetiva de punibilidad con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2019</i>	196
I.5. <i>La solución adoptada por la STS de 22 de julio de 2019</i> ...	206
II. El caso del Banco Popular	208

II.1.	<i>Introducción</i>	208
II.2.	<i>De la manipulación de mercado a la ¿administración desleal?</i>	209
II.3.	<i>Sobre los deberes de información veraz de los gestores bancarios</i>	220
III.	Reflexiones sobre el futuro del delito de manipulación de mercado	227
III.1.	<i>Contexto de la Reforma</i>	229
III.2.	<i>Las luces de la reforma operada por la LO 1/2019</i>	233
III.2.1.	La clarificación del bien jurídico protegido por el delito de manipulación de mercado.....	233
III.2.2.	La adaptación penológica a la gravedad de la conducta conforme a la Directiva de Abuso de Mercado	236
III.2.3.	La introducción en el artículo 284 de los contratos de contado sobre materias primas relacionados con instrumentos financieros	239
III.2.4.	La introducción de la manipulación del precio de cotización mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio	240
III.3.	<i>Algunos claroscuros de la reforma operada por la LO 1/2019</i>	241
III.3.1.	La conducta típica consistente en transmitir señales falsas o engañosas como modalidad independiente en la manipulación informativa y en la manipulación operativa	241
III.3.2.	La transposición de las conductas relativas a la manipulación del cálculo de un índice de referencia ...	244
III.3.3.	A vueltas con las «circunstancias» para sancionar penalmente la manipulación de mercado: ¿condiciones objetivas de punibilidad o requisitos típicos? ...	247
III.3.4.	La eliminación parcial del requisito del uso de información privilegiada en las manipulaciones operativas	253
III.4.	<i>Sombras de la reforma operada por la LO 1/2019</i>	255

III.4.1. De nuevo, el aseguramiento de posiciones dominantes de mercados con la finalidad de fijar precios anormales o artificiales	255
III.4.2. El mantenimiento de la referencia a «datos económicos total o parcialmente falsos sobre personas o empresas» en las manipulaciones informativas.	257
III.4.3. La persistencia del elemento subjetivo de injusto: la finalidad específica de «alterar o preservar» en las manipulaciones informativas.	259
III.5. Conclusiones	260
CAPÍTULO V	
LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL BANCARIA	263
I. Introducción.	264
II. Cuestiones generales sobre la calificación como administración desleal	266
II.1. <i>Fundamentación de la calificación por administración desleal (antiguo art. 295 CP / actual art. 252 CP)</i>	266
II.2. <i>El delito de administración desleal como delito de infracción de deber</i>	274
II.3. <i>Algunas referencias de Derecho comparado</i>	278
II.4. <i>Sobre los grupos de casos más habituales en la administración desleal crediticia (Kredituntreue)</i>	281
III. Cuestiones específicas de la tipicidad de las conductas de administración desleal bancaria	287
III.1. <i>Administrador de hecho o de Derecho de cualquier sociedad</i>	287
III.2. <i>Que disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta</i>	287
III.3. <i>Con abuso de las funciones propias de su cargo</i>	288
III.4. <i>En beneficio propio o de un tercero</i>	294
III.5. <i>Causando directamente un perjuicio económicamente evaluable.</i>	295
III.6. <i>El dolo. El administrador debe ser consciente de que actúa en beneficio de un tercero poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad</i>	297

IV.	Cuestiones jurídicas adyacentes	299
	<i>IV.1. De la ratificación con posterioridad a las disposiciones de los órganos societarios</i>	299
	IV.1.1. Sobre la inexistencia de un consentimiento eficaz	301
	IV.1.2. Sobre la imputación del perjuicio a los órganos de la propia entidad	304
	<i>IV.2. Sobre la crisis económica como una suerte de circunstancia eximente extralegal</i>	307
	<i>IV.3. Sobre las votaciones en órganos colegiados</i>	310
	IV.3.1. Introducción.	310
	IV.3.2. La posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal por votaciones en órganos colegiados	310
	IV.3.3. La posición de la doctrina sobre las votaciones en órganos colegiados	312
	<i>IV.4. Sobre la administración desleal por parte de los órganos cuya misión es la supervisión y control del Consejo de Administración</i>	316
V.	Casística concreta de administración desleal bancaria	318
	<i>V.1. Concesión de créditos con desproporción en la participación en beneficios/pérdidas por parte de la entidad Bancaria (Caso Nou Litoral)</i>	318
	<i>V.2. Daciones en pago en beneficio de los acreditados y perjuicio de la entidad bancaria (Caso Urbanas de Levante SL y Salvador Vila SL)</i>	323
	<i>V.3. Concesión de grandes créditos con garantías propias de negocios especulativos (Caso Arlette Dome)</i>	325
	<i>V.4. Cancelaciones de créditos en favor de los acreditados y en perjuicio de la entidad bancaria (Caso Kalité, Ensanche Urbano y Planea/Promofein)</i>	328
	BIBLIOGRAFÍA	343
	JURISPRUDENCIA PENAL BANCARIA	367

LA LEGITIMACIÓN COMO ACUSACIÓN PARTICULAR DE LOS FONDOS DE RESCATE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA. *II.1. El origen histórico del problema: el caso Banesto. II.2. Intentos de corrección del error original: las resoluciones de instrucción en los casos Caja de Ahorros del Mediterráneo y Caixa Penedés. II.3. El origen moderno del problema: el error denegando la legitimación del FGD en Caja Castilla La Mancha. II.4. La consolidación del error: la SAN en la Caja de Ahorros del Mediterráneo de 24 de febrero de 2015.* III. LA REVERSIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMIDAD DE LOS FONDOS DE RESCATE [FGD/FROB]: SOBRE EL CONCEPTO DE PERJUDICADO EN EL PROCESO PENAL. *III.1. La legitimación de los Fondos de Rescate [FGD/FROB] como perjudicados: el ejemplo de la Caja de Ahorros del Mediterráneo. III.1.1. Introducción: el punto de partida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de administración desleal. III.1.2. La función de los Fondos de Rescate en los rescates bancarios para el buen funcionamiento del sistema financiero nacional. III.1.3. La naturaleza de ayuda pública de Estado de las inyecciones de capital y Esquemas de Protección de Activos a la CAM. III.1.3.1. De las resoluciones de Comisión Europea sobre ayudas de Estado (State Aid) proporcionadas por el FGD con motivo del rescate bancario de la CAM. III.1.3.2. De la cuantificación de las pérdidas causadas al FGD como consecuencia del saneamiento de la CAM. III.1.3.3. De la inclusión de dichas pérdidas en el déficit de las cuentas públicas españolas. III.1.4. La correspondencia de la actuación del FGD con los deberes de salvamento en Derecho penal. III.2. La basal STS de 17 de noviembre de 2015: la legitimación como perjudicado de los Fondos que rescatan entidades bancarias con dinero público. III.3. La matización introducida por la STS de 3 de octubre de 2018 (Caso Tarjetas Black): la posibilidad de reparación del daño a través de la estrategia de desinversión. III.4. ¿El comienzo de una nueva deriva? La SAN de 25 de abril de 2019 (Caso Nou Litoral). III.5. Rectificando la deriva:*

La SAN de 20 de enero de 2020 (Caso Arlette Dome). III.6. Confirmando la rectificación de la deriva: La STS de 9 de septiembre de 2021 (Caso Nou Litoral). La SAREB carece de legitimación. III.7. La confirmación definitiva: La STS de 31 de marzo de 2022 (Caso Arlette Dome). La reparación a la entidad bancaria no excluye (ni minorra) la indemnización debida a los Fondos. III.8. Jurisprudencia consolidada: La STS de 7 de junio de 2023 (Caso Valfensal).

I. INTRODUCCIÓN

En este primer Capítulo abordaremos una problemática que ha dado lugar a múltiples resoluciones judiciales, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. Se trata, resumidamente, en la legitimación como perjudicado y acusación particular de los que denominaremos «Fondos de Rescate»; esto es: fondos que rescatan con dinero público entidades bancarias sistémicas. En España existen dos Fondos de Rescate: el Fondo de Garantía de Depósitos [FGD] y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria [FROB]. A nivel europeo, por el momento, se cuenta con el Mecanismo Único de Resolución [MUR]²⁴ y el Fondo Único de Resolución (FUR)²⁵, si bien no es descartable que en un futuro cercano se cree un Fondo de Garantía de Depósitos Europeo²⁶.

Resumidamente, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, estos Fondos de Rescate «inyectan» miles de millones de euros en las entidades bancarias rescatadas para sanear sus balances y dichas inyecciones computan en las Cuentas Públicas del Estado español como pérdidas económicas. Parecería, en principio, lógico que dichos Fondos se pudieran personar en los procedimientos penales para ejercitar acciones penales y civiles contra los gestores de las entidades bancarias de crédito rescatadas. Sin embargo, como se expondrá detalladamente, no fue esa la solución

24. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (n.d.).

25. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2023.

26. En noviembre de 2015 la Comisión Europea propuso la creación de una suerte de Fondo Europeo de Garantía de Depósitos (*European Deposits Insurance Scheme*) como tercer pilar de la Unión Bancaria [EUROPEAN COMMISSION, 2015]; sin embargo, no se alcanzó el consenso necesario para su creación. En tiempos recientes (2024), el Comité del Parlamento Europeo sobre asuntos económicos elaboró finalmente un informe favorable a su creación (terminando así con el bloqueo de 9 años en las votaciones).

inicial adoptada y, de hecho, incluso cuando finalmente pareció adoptarse, surgieron matices que hicieron tambalear los cimientos de su legitimación.

II. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA

II.1. EL ORIGEN HISTÓRICO DEL PROBLEMA: EL CASO BANESTO

El origen del problema cabe situarlo en la conocida la STS 867/2002, de 29 de julio (Ponente José Antonio Martín Pallín)²⁷, dictada en el denominado Caso *Banesto*. En dicha resolución indicaba el Alto Tribunal:

«La condición de tercero perjudicado no puede predicarse extensivamente, a cualquier persona o entidad, que de manera más o menos indirecta, haya sido afectada por el hecho delictivo.

Como ha señalado la doctrina de esta Sala, entre otras la sentencia de 13 de febrero de 1991, terceros solo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo, **y no los titulares de la acción de repetición, ni los que están enlazados con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible**, y que, en realidad, no devienen de él sino de la sentencia condenatoria» (sin negrita en el original).

Dicha sentencia que se refería, como veremos, a un Fondo de Garantía de Depósitos con unas funciones distintas del actual Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito [FGDEC] y del actual Fondo de Reestructuración Ordenada Bancario. Pero en aquella mítica sentencia el Tribunal Supremo equiparó al FGD con las compañías aseguradoras de tal forma que en la facultad de repetir contra el asegurado deben buscar las posibles compensaciones del abono de lo asegurado fuera del marco del proceso penal. Así, afirma la mencionada Sentencia que:

«En el caso presente estimamos que **la posición del Fondo de Garantía de Depósitos** en Establecimientos Bancarios, **pudiera ser equiparada**, con todos los matices diferenciales necesarios, **a una compañía aseguradora, que no tiene la condición de tercero perjudicado, pero que sí ostenta la facultad de repetir para recuperar, si lo estima oportuno, aquellas can-**

27. STS 867/2002, de 29 de julio de 2002 (RJ/2002/6357).

tidades que ha tenido que desembolsar como consecuencia de la crisis de la entidad financiera Banesto, en la que indudablemente han influido los hechos delictivos que han sido objeto de persecución en la presente causa, en confluencia con otras circunstancias cuya naturaleza delictiva no está determinada, y que aparecen reflejadas en el apartado que se conoce como Artificios Contables».

En definitiva, a comienzos del Siglo XXI, la posición del Tribunal Supremo era claramente contraria a la legitimación de los Fondos de Rescate como perjudicados por el delito y acusadores particulares. Como resultado, no podían recuperar en los procedimientos penales que se iniciaran contra los gestores de las entidades bancarias rescatadas, siquiera parcialmente, el dinero público inyectado para rescatarlas. Afortunadamente, como expondremos, esa situación comenzó a revertirse con pequeños pasos y grandes esfuerzos.

II.2. INTENTOS DE CORRECCIÓN DEL ERROR ORIGINAL: LAS RESOLUCIONES DE INSTRUCCIÓN EN LOS CASOS *CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO Y CAIXA PENEDÈS*

En los inicios de la segunda década del Siglo XXI se iniciaron una serie de procedimientos penales relacionados con entidades bancarias que habían sido objeto de rescate bancario tanto por el Fondo de Garantía de Depósitos [FGD] como por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. En las primeras resoluciones sobre estas cuestiones, el Juzgado Central de Instrucción N.º 3, mediante Auto de 12 de febrero de 2013 [Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez], rechazó la pretensión de excluir al FGD como perjudicado y acusador particular en el caso CAM con los siguientes argumentos:

«Al amparo de lo dispuesto en el **artículo 110** de la LECrim., el Fondo de Garantías de Depósitos (FGD) está plenamente legitimado como perjudicado para personarse como acusación particular al haber aportado capital a la CAM, y **estar dotado de personalidad jurídica propia desde el año 1980** [...] el Fondo de Garantías de Depósitos tuvo que aportar capital por la situación en la que se encontraba la CAM producida por la administración realizada por las personas encargadas de la misma [...] En relación a otra de las argumentaciones del recurrente relativa a la imposibilidad de personación del FGD al haberse realizado al amparo de lo dispuesto en el RDL 16/2011 de

14 de octubre, norma posterior a la fecha de los hechos, en la personación del FGD se alude a la norma vigente en el momento de la personación, además el mencionado RDL que crea el Fondo de Garantías de Depósitos es una refundición de la normativa ya existente sobre el FGD y un reforzamiento de otras normas existentes en materia de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos de las entidades de crédito.»

Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Polanco), mediante Auto de 8 de abril de 2013²⁸ refrendó taxativamente la legitimidad del Fondo de Garantía de Depósitos de manera elocuente:

«Resulta con claridad meridiana la legitimación del Fondo de Garantía de Depósitos en cuanto el mismo hubo subvenir las pérdidas reales de la CAM y actuar posteriormente para la protección de activos en evitación de notables perjuicios económicos saneando las pérdidas generadas por razón de la indiciaria gestión desleal de los imputados.»

De manera prácticamente coetánea Mediante Auto de 30 de septiembre de 2013 (Ponente Ilmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa)²⁹ se confirmó la legitimación del FROB en el caso *Caixa Penedès* de la siguiente forma:

«El Tribunal no comparte el criterio ultrarrestrictivo derivado de su total apego al tipo penal del artículo 295 CP que propone la parte para determinar la condición de perjudicado por el delito (...)

Los argumentos referidos a que solo pueden ser acusadores particulares los que pudieran ser sujetos pasivos del delito previsto en el artículo 295 CP no resulta suficiente a nuestro juicio para impedir, como pretende el imputado, el acceso al procedimiento de una entidad pública de las características del FROB que, si bien en diferentes momentos, ha aportado una cantidad próxima a los 1.650 millones de euros para apoyar la operación tendente a dar viabilidad financiera a determinadas entidades y la sostenibilidad económica del banco resultante.

28. AN, Auto de 8 de abril de 2013.

29. AN, Auto de 30 de septiembre de 2013.

"En todo caso, estimamos que el concepto genérico de 'titular de bienes, acciones o capital', del delito de administración desleal, 'abarca también a aquellos que han aportado capital', y por tanto al FROB."

El criterio de considerar que los perjudicados, han de ser solo los directísimos, es decir los sujetos pasivos relacionados en el propio tipo penal es desde nuestro punto de vista injustificado y excesivo.»

Parecería entonces que ya se encontraban los mimbres para que no existiera un cuestionamiento de la legitimidad con acusación particular de los Fondos que rescatan entidades bancarias con dinero público. Sin embargo, la realidad fue otra bien distinta como expondremos a continuación.

II.3. EL ORIGEN MODERNO DEL PROBLEMA: EL ERROR DENEGANDO LA LEGITIMACIÓN DEL FGD EN CAJA CASTILLA LA MANCHA

Mediante Auto de 6 de febrero de 2015³⁰ [Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Lamela] se abordaba la legitimación del FGD en el conocido como Caso Caja Castilla La Mancha, denegando la misma sobre la base de los siguientes argumentos:

«Por su parte, el art. 295 señala que "Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido".

Pues bien, el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal se contrae al patrimonio de la sociedad o de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administran, en términos del art. 295 del Código Penal.

30. AN, Auto de 5 de julio de 2024.

De esta manera, la única perjudicada por los hechos a los que se contrae la presente causa lo fue CCLM, pues fue quien soportó las consecuencias desfavorables del hecho punible en el orden patrimonial.

[...]

Conforme al tipo penal contenido en el art. 295 únicamente pueden ser sujetos directamente perjudicados por el delito la propia sociedad, sus socios, los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administran por el infractor. **La mención a terceros que se efectúa por el art. 290 del Código Penal no comprende desde luego al FGD, por cuanto que, al tiempo de cometerse los hechos, entre 2007 y 2009, ningún hecho, situación o relación jurídica le vinculaba a CCLM.** Tampoco sufrió perjuicio directo alguno derivado de aquellos hechos. De hecho, el Real Decreto Ley por el que se autoriza la concesión de garantías derivadas de la financiación que pueda otorgar el Banco de España a favor de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha se dictó el día 29 de marzo de 2009, **cuando los delitos se habían consumado y habían ocasionado determinados perjuicios únicamente a CCLM.**

La provisión de fondos operada por el FGD a CCLM para superar sus dificultades transitorias de liquidez, como consecuencia de la política económica seguida a instancia del Banco de España, no convierte sin más al FGD en perjudicado por los hechos a que se contrae la presente causa. Ya hemos señalado, cómo, al tiempo de cometerse los referidos hechos, ningún hecho, situación o relación vinculaba a CCLM con el FGD. Es posteriormente, a partir de la segunda mitad de 2009, cuando se llevaron a cabo las aportaciones del FGD para el saneamiento de CCLM. En tales fechas los delitos por los que se siguen las presentes actuaciones ya estaban consumados y el perjuicio ya se había ocasionado. Precisamente la aportación de fondos por parte de FGD vino a paliar la situación de crisis que tales hechos, junto con otros ajenos a la presente causa, habían ocasionado a CCLM.

Ello podrá conferir determinados derechos a FGD frente a CCLM o contra su sucesor BCLM, conforme a las obligaciones en su caso contraídas por las citadas entidades en contraprestación a la financiación extraordinaria recibida para superar sus dificultades de liquidez, pero desde luego son totalmente ajenos al presente procedimiento.»

Como se puede observar, en esta resolución la Audiencia Nacional toma como base una suerte de criterio temporal de tal forma que, como el momento de la comisión de los hechos delictivos —*rectius*: de las

acciones delictivas— los Fondos de Rescate no habían intervenido y saneado las entidades bancarias rescatadas, entonces no podían considerarse perjudicados por dichas acciones delictivas. Y se añadía que, como mucho, los Fondos de Rescate podrían intentar accionar contra las entidades bancarias; pero no contra los gestores que cometieron las acciones delictivas.

II.4. LA CONSOLIDACIÓN DEL ERROR: LA SAN EN LA CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO DE 24 DE FEBRERO DE 2015

Los argumentos empleados por dicho Auto —hasta ese momento «solitarios»— fueron utilizados a las pocas semanas por la Sección Cuarta en su Sentencia de 24 de febrero de 2015 [Ponente: Ilma. Sra. D.^a. Teresa Palacios]³¹:

«En cuanto al FGD, que se personó como acusación particular, los hechos que se atribuyen a los acusados, fueron anteriores en el tiempo a la actuación de dicho organismo, con lo que, **no sería su posición la de ofendido, en tanto que no fue el agraviado o sujeto pasivo del daño criminal, dado que se había consumado el delito, de haberse perpetrado, mucho antes de la irrupción de aquel, una vez intervenida la entidad**, efectuando una ingente aportación dineraria al Banco CAM. Como mucho, su posición podría haber sido la de actor civil, si de reclamar importe alguno se trata, pero tampoco ni con una interpretación amplia de aquel concepto, pues una cosa es la inyección económica que el FGD llevó a cabo en el Banco CAM, y otra es la derivación que por un hecho penal, da lugar al daño civil indemnizable al perjudicado o sujeto pasivo del mismo, sin que, tal como se dijo más arriba, dicha circunstancia alcanzase al FGD, al ser los hechos denunciados (y por ende el aspecto civil de tales), acontecidos con anterioridad a la intervención del Fondo de Garantías de Depósitos.»

Así las cosas, a comienzos del año 2015 la situación jurisprudencial era similar a la existente en el momento de dictarse la sentencia del Caso Banesto: los Fondos que sanean las entidades bancarias con dinero público no ostentan legitimación como perjudicados penales, y por tanto no pueden personarse como acusación particular en las causas penales abiertas. Y, más importante aún, no pueden reclamar a los antiguos ges-

31. SAN 6/2015, de 24 de febrero de 2015 (ARP/2015/182).

tores el dinero público que ha sido destinado, al menos parcialmente, a sanear las operaciones crediticias que han precisamente degenerado en la necesidad del rescate bancario. Tampoco podían ejercitar acciones penales y civiles contra los potenciales beneficiarios de las acciones delictivas de dichos gestores.

III. LA REVERSIÓN DE LA FALTA DE LEGITIMIDAD DE LOS FONDOS DE RESCATE [FGD/FROB]: SOBRE EL CONCEPTO DE PERJUDICADO EN EL PROCESO PENAL

A finales del año 2015 tuvo lugar un vuelco significativo de la situación que acabamos de describir mediante la Sentencia de 17 de noviembre de 2015 [Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo]³². No obstante, antes de proceder a abordar dicha sentencia conviene tener en cuenta cuáles fueron los fundamentos a partir de los cuales se pudo revertir la situación.

En términos generales no puede obviarse que dispone el art. 110 LECrim —manteniendo tal redacción la modificación recientemente operada en el precepto por la Ley 4/2015, de 27 de abril— que «los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o solamente unas y otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones». A su vez, y en lo que respecta exclusivamente a la acción civil, preceptúa el art. 108 LECrim que «la acción civil ha de entablarse juntamente con la acción penal por el Ministerio fiscal, haya o no en el proceso acusador particular, pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

A partir de esta regulación, es clásica la diferenciación entre «ofendido» y «perjudicado» establecida por ANTOLISEI³³ y continuada entre nosotros por GÓMEZ ORBANEJA³⁴. Esta diferenciación se establece a partir del cuál sea

32. STS 724/2015, de 17 de noviembre de 2015 (RJ/2015/5074).

33. ANTOLISEI, 1930.

34. GÓMEZ ORBANEJA, 1951, pp. 256 y ss.

el específico objeto de tutela jurídico-penal, diferenciando entre «ofensa» y «daño» en el delito y, correlativamente, entre la sanción como pena y la sanción como resarcimiento.

Actualmente, la doctrina mayoritaria define al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. El perjudicado es quien ha sufrido un perjuicio o daño, patrimonial o moral, por la comisión de un hecho delictivo³⁵. **El perjudicado por un delito es, por tanto, quien sufre las consecuencias perjudiciales del hecho delictivo.**

Por exponerlo en palabras de la STS N.º 199/2007, de 1 de marzo (Excmo. Sr. García Pérez)³⁶: **«será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo».**

Por ejemplo, entre dichas consecuencias civiles se han encontrado tradicionalmente los gastos sanitarios y de traslado en los que hayan incurrido mutuas sanitarias, hospitales privados o el sistema sanitario público. Como se verá más adelante, la víctima directa que sufrió el daño en un primer momento es la propia entidad bancaria, y son precisamente los Fondos de Rescate [FGD/FROB] los que sufren posteriormente un perjuicio ya que son estos Fondos los que tienen que reparar las consecuencias que las conductas de los directivos de la entidad provocaron tanto para la propia entidad como para el sistema financiero.

Esta idea del **perjudicado como afectado por el delito** también se ha asentado en la jurisprudencia de la Sala Segunda. Dicha doctrina ha extendido notablemente el concepto de perjudicado y, con ello, la legitimación activa para ejercitar la acusación particular. La Excmo. Sala ha venido incluyendo de forma constante en el concepto de perjudicado a cualquier persona, física o jurídica, que haya sufrido directa o indirecta-

35. *Vid.* Igualmente STS N.º 316/2013 de 17 de abril, Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre).

36. STS 199/2007, de 1 de marzo de 2007 (RJ/2007/1808).

mente un daño o perjuicio como consecuencia de la comisión de un delito. Así, la STS N.º 172/2005, de 14 de febrero (Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar)³⁷, en la línea de una tradicional doctrina jurisprudencial que se remonta al menos a la interpretación del Texto Refundido de 1973, señala como:

«El Código Penal parte, en su art. 109.1, del principio general de la responsabilidad civil dimanante de un ilícito penal, en estos términos: «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados». Después se describe más concretamente, en los preceptos sucesivos, la manera de afrontar dicha responsabilidad civil que, si ciertamente no es predicable de todos los delitos, es orientación de la jurisprudencia de esta Sala Casacional que, cada vez con mayor vigor, se declare esta por los tribunales en aquellos comportamientos delictivos que causen daños y perjuicios **para los afectados de alguna manera por su comisión.**»

A estos efectos hay que recordar que el art. 113 CP, al decir de la doctrina mayoritaria, probablemente con la intención de otorgar legitimación a personas distintas del ofendido que hubieran sufrido un perjuicio como consecuencia del acto ilícito, se refiere expresamente a los terceros. **Pues bien, las resoluciones judiciales de CCLM y CAM que se acaban de indicar, no distinguían correctamente entre los conceptos de ofendido y perjudicado, refiriendo únicamente la existencia de «ofendido, en tanto que agraviado o sujeto pasivo del daño criminal» y el «actor civil». Se obviaba absolutamente la categoría de perjudicado ex artículo 110 LECrim. que, incluye un amplio elenco de personas que han padecido los daños derivados del delito, y que no se encuentran equiparadas con la categoría de actor civil.**

Resulta sumamente ilustrativa, por su claridad expositiva, la ya citada STS N.º 316/2013, de 17 de abril [Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre]³⁸ en relación con las diversas categorías de ofendido y perjudicado, así como su derecho de acceso a la jurisdicción. Señala la meritada resolución:

37. STS 172/2005. de 14 de febrero de 2005 (RJ/2005/3678).

38. STS 316/2013, de 17 de abril de 2013 (RJ/2014/1990).

«De la conjunta interpretación de ambos preceptos [109 y 110 LECrim] resulta evidente que a nadie puede exigirse haberse personado en la causa si antes no se le ha informado de su derecho a hacerlo. En efecto, **por regla general el ofendido por el delito, es decir, el sujeto pasivo del mismo, aquel en cuya persona recaen directa y materialmente los efectos de la acción realizada**, será quien soporte también las consecuencias desfavorables del hecho punible en el orden patrimonial, esto es, **será también el perjudicado por el delito**.

En definitiva tanto a los ofendidos como a los perjudicados directa y personalmente por la acción material del delito, como **en su caso, a los no ofendidos pero sí perjudicados por el hecho punible, debe instruírseles, según proceda, de la posibilidad de ser parte en el proceso** conforme al art. 109 LECrim, **siendo todos ellos (tanto a los ofendidos y perjudicados como a los perjudicados no ofendidos)**, a los que se refiere el art. 110 LECrim, cuando fija el momento preclusivo en que pueden constituirse como parte y cuando define cual puede ser el contenido de su actuación en el proceso, según que decidan ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o solo unas y otras, según les conviniere.»

La Sentencia de la CAM referida anteriormente —así como el Auto de CCLM— se basaban, en sentido contrario, en la lógica de excluir a los perjudicados no ofendidos por el delito de la posibilidad de constituirse como acusación particular en el procedimiento. Según la misma solo el ofendido, sujeto pasivo del delito, ostenta dicho derecho de acceso a la jurisdicción penal. Y dicha lógica es radicalmente contraria a la legalidad española (el art. 113 CP se refiere expresamente a terceros que no sean el agraviado) y la interpretación que de la misma ha venido realizando sistemáticamente la Jurisprudencia de la Excma. Sala Segunda.

La lógica de dichas resoluciones llevaría a resultados absurdos, por ejemplo, en aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido sean colectivos, supraindividuales o institucionales. Recordemos que puede producirse perfectamente un daño indemnizable, y haber en consecuencia perjudicado con pretensiones legítimas, en los casos en los que el sujeto pasivo del delito no es ninguna persona concreta, como sucede en los delitos con bienes jurídicos como los mencionados. Así, como botón de muestra, resulta pertinente traer a colación una resolución de la Audiencia Provin-

cial de Cádiz, de 31 de diciembre de 2003³⁹, donde sobre una sistemática interpretación del entonces artículo 783.2 LECrim. indica lo siguiente:

«Sin embargo, y conforme dispone el punto 2. del citado art. 783, "al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que asisten conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela".

Por lo tanto, procede entrar a valorar la fundamentación puramente jurídica de las resoluciones recurridas. Al respecto, hemos de indicar que el art. 783 contiene una distinción muy pertinente, si se pone en relación con el conflicto ahora planteado. Ese precepto de la LECrim. habla de «ofendido o perjudicado» por la actividad penalmente ilícita. Tratándose de un tipo penal de desobediencia a una resolución judicial, está clara la dimensión antijurídica de la conducta eventualmente típica, en la forma narrada por el juez Instructor. Es decir, **el bien tutelado es el interés de las Instituciones del Estado en que se cumplan sus decisiones legítimas, y el ataque al bien jurídico debe referirse a ese interés. Pero el argumento del bien jurídico tutelado solo da cuenta esa dimensión antijurídica y, por consiguiente, de la condición de ofendido por el delito. Pero esa condición es o puede ser distinta a la de perjudicado por el mismo. Se puede ser perjudicado por una actividad penalmente ilícita sin ser titular del bien jurídico tutelado por el tipo. Y el tipo de desobediencia da un ejemplo claro de ello.»**

Concluyendo: tanto en el art. 110 de la LECrim. como en el 113 del CP se atribuye legitimación originaria al ofendido para el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal, sobre la base de presumir que el primero de los perjudicados es el propio agraviado por el delito. Por tanto, el concepto de perjudicado en sentido estricto debiera reservarse para designar al sujeto que no siendo agraviado por el delito sufre las consecuencias perjudiciales del mismo, es decir, para aquel que en su esfera jurídico patrimonial ha sufrido un menoscabo como consecuencia directa e inmediata del hecho aparentemente constitutivo de delito o falta. Además de lo anterior, también es perjudicado quien tiene que reparar las consecuencias económicas (civiles) de un delito que ha cometido otro o restablecer la situación económica previa al delito, aunque no se trate del sujeto expresamente protegido por la norma penal. El concepto de ofen-

39. SAP Cádiz 155/2003, de 31 de diciembre de 2003 (JUR/2004/65106).

dido o agraviado va referido al ámbito de protección de la norma penal, pero dicho ámbito de protección no determina la legitimación activa, que se rige por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que garantizan la tutela judicial efectiva en el marco del proceso penal a los perjudicados por el delito y no solo a los agraviados u ofendidos.

Como se explicará más adelante, los Fondos de Rescate [FGD/FROB] se ven obligados por una disposición normativa a sufrir las consecuencias perjudiciales de algunos de los hechos que son objeto de enjuiciamiento en las citadas causas: es una norma legal la que le obliga a inyectar dinero, por lo que no se trata de un mero tercero que esté obligado contractualmente (relación de Derecho privado) a indemnizar y que tenga un derecho de repetición o reembolso.

La Sentencia de la CAM indicada anteriormente y el Auto de CCLM efectuaban una exégesis de la normativa indicada de tal modo que **no se permitía a un ente público, que por mandato legal gestiona intereses públicos, recuperar parte del dinero que ha tenido la obligación de sufragar.**

III.1. LA LEGITIMACIÓN DE LOS FONDOS DE RESCATE [FGD/FROB] COMO PERJUDICADOS: EL EJEMPLO DE LA CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO

III.1.1. **Introducción: el punto de partida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de administración desleal**

Entendemos que, a la hora de determinar si los Fondos de Rescate pueden ser considerados como perjudicados por conductas incardinables en el delito de administración desleal, debe partirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los bienes jurídicos protegidos por este delito. En este sentido, además de la concepción patrimonialista-individual clásica que se ha asignado a este delito —y desde cuya perspectiva, entendemos, resulta igualmente legitimado el Fondo de Rescate puesto que en el momento de llevar a cabo el saneamiento de las entidades bancarias mediante inyecciones de capital son el accionista/socio de la misma—

el Tribunal Supremo ha establecido desde hace casi una década que coexiste un bien jurídico colectivo consistente en la protección de la «permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico»⁴⁰.

En efecto, el Tribunal Supremo ha establecido claramente desde sus Sentencias 769/2006, de 7 de junio (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra)⁴¹ y 279/2007, de 11 de abril (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo de la Torre)⁴², que hay dos bienes jurídicos protegidos en el delito de administración desleal, estando el segundo de ellos plenamente relacionado con la condición de perjudicado del FGD:

«en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, **dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.**»

Como se alega a continuación, además del perjuicio en el que incurren los Fondos de Rescate por tener que sanear el patrimonio social de las entidades bancarias mediante inyecciones de capital a través de aumentos del capital social (primera dimensión), los Fondos tienen que actuar para asegurar la permanencia de las entidades bancarias en el tráfico jurídico-económico (segunda dimensión). Así, tal y como recoge la propia SAN de 24 de febrero de 2015 respecto de la CAM y la intervención del FGD:

«El día 15 de diciembre de 2011 se procedió a la reducción de capital de Banco CAM, SAU, a cero, para ajustar el valor de la participación accionarial de Caja Mediterráneo al valor real de las acciones de Banco CAM, SAU, con carácter previo a la ampliación de capital prevista en el plan de reestructuración.

De forma simultánea, se llevó a cabo una ampliación de capital por importe de 2.800 millones de euros suscrita y desembolsada íntegramente

40. *Vid.* en la doctrina por todos MAYO CALDERÓN, 2005, pp. 293 y ss.; LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, 2008, pp. 31 y ss.

41. STS 769/2006, de 7 de junio de 2006 (RJ/2006/7000).

42. STS 279/2007, de 11 de abril de 2007 (RJ/2007/3850).

por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que desde ese momento quedó como accionista único del Banco CAM.

[...]

El Plan de Reestructuración de Banco CAM, fue aprobado por las autoridades de competencia de la Unión Europea el 30 de marzo de 2012 y, una vez perfeccionada con todas las autorizaciones necesarias, la adjudicación en subasta pública competitiva a Banco de Sabadell, SA, se materializó el 1 de junio de 2012, mediante la venta a Banco de Sabadell, SA, **del 100% del capital de Banco CAM en poder del Fondo de Garantía de Depósitos**

Como hecho relevante, la reestructuración de Banco CAM, SAU, consistió, finalmente, en la aportación de 5.249 millones de euros en concepto de capital por parte del FGD y por los que ha recibido un euro en concepto de capital.»

Es decir, las ingentes inyecciones de capital (5.249 millones de euros) y los Esquemas de Protección de Activos —cuyo coste total, según la propia Comisión Europea, pueden superar los 10.000 millones de euros, como indicaremos más adelante— fueron realizados para sanear la entidad y asegurar la permanencia de la entidad bancaria CAM en el tráfico jurídico-económico en aras de conjurar el riesgo sistémico que la caída de dicha entidad supondría y mantener el buen funcionamiento del sistema financiero español. Resulta difícil sustraerse a la materialidad implícita en que las pérdidas padecidas por el FGD por el saneamiento de la CAM legitiman al FGD como perjudicado.

III.1.2. La función de los Fondos de Rescate en los rescates bancarios para el buen funcionamiento del sistema financiero nacional

En este apartado utilizaremos el caso del FGD respecto de la CAM como ejemplo para ilustrar la función que desempeñan los Fondos de Rescate —pero las argumentaciones son igualmente extrapolables al FROB respecto de las entidades bancarias por este rescatadas—. Como punto de partida, debemos comenzar indicando que el FGD realizó una inyección directa de capital a la CAM, como parte del papel que le fuera atribuido para mejorar el maltrecho funcionamiento del sistema financiero nacional. La norma que le atribuyó ese papel no fue otra que el Real

Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Se trata de uno de los varios Reales Decretos promulgados en un período, 2009-2014, que la doctrina mercantilista ya calificó de «tempestad»⁴³ debido a las acuciantes reformas que exigía la crisis que todavía padecemos y que fueron llevándose a cabo con el dinero que se encuadra en las cuentas públicas del Estado español.

Conviene reseñar que, hasta ese momento, los fondos de garantía de depósitos españoles habían mantenido como una segunda seña de identidad —junto a la contribución *ex ante*— un doble objetivo o función: por un lado, garantizar los depósitos en dinero (y más tarde también en valores) constituidos en las entidades de crédito, es decir, proteger los intereses de los depositantes; y, por otro, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En definitiva, esa doble función se identificaba con un objetivo inmediato y eventual, la garantía de los ahorros de los depositantes, y un objetivo mediano y permanente, el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país. Todo ello a fin y efecto de evitar las consecuencias que, a nivel del conjunto del sistema financiero, se podrían derivar de un eventual estado de insolvencia de las mismas.

Pues bien, el Real Decreto que nos ocupa, conforme a su propia Exposición de Motivos, vino a reforzar esa segunda función de rescate o auxilio de las entidades de crédito cuando se encuentren con problemas de solvencia que justifiquen su intervención, al tiempo que creaba *ex novo* un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Literalmente:

«Dos son los principales objetivos de este Real Decreto-ley que viene a culminar la recapitalización y reestructuración del sistema financiero manteniendo los rasgos esenciales del mismo: —La unificación de los hasta ahora tres fondos de garantía de depósitos en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que mantiene las funciones y rasgos caracte-

43. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, pp. 15 y ss.

rísticos de los tres fondos a los que sustituye—. La actualización y fortalecimiento de la segunda función del sistema: el reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de las entidades, también conocida como función de resolución, a fin de garantizar la actuación flexible del nuevo Fondo unificado.»

El legislador tenía claro cuáles eran los motivos por los que había que intervenir en el sistema financiero, y así lo expresó en la Exposición de Motivos del Real-Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito:

«En circunstancias normales, los Fondos de Garantía de Depósitos de Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, junto al Banco de España, tienen a su disposición herramientas suficientes para afrontar crisis individuales de un determinado número de entidades. Estas herramientas se refieren a las contempladas en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, en el que se establece que los Fondos de Garantía de Depósitos tienen por objeto no solo garantizar los depósitos en dinero y en valores constituidos en las entidades de crédito, sino que también pueden realizar actuaciones encaminadas a reforzar la solvencia y el funcionamiento de entidades de crédito que se encuentren en una situación de dificultad.

Sin embargo, **la situación actual no puede calificarse de normal** y aunque es previsible que las entidades susceptibles de entrar en dificultades no tengan, individualmente por su tamaño, carácter sistémico, la consideración conjunta de sus problemas de viabilidad sí podría llegar a generar un potencial riesgo sistémico que justifica tener previstos instrumentos adicionales y la utilización de recursos públicos, en caso de que se diesen las circunstancias que hicieran necesaria su utilización. Renunciar a la ordenación pública de este proceso, si se dieran las circunstancias, podría entrañar un quebranto difícil de asumir para el sector a través de los tres Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito, a pesar de ser los mejor dotados de la Unión Europea. **Esta resolución desordenada podría producir contagio, pérdida de confianza y una restricción adicional del crédito, afectando a la capacidad del sistema financiero de cumplir sus funciones económicas y produciendo, en definitiva, lo que se conoce como riesgo sistémico.**

Se hace por tanto necesario implantar una estrategia que favorezca la solución de los problemas mediante una reestructuración ordenada del sistema bancario español, **con el objetivo de mantener la confianza en el sistema financiero nacional y de incrementar su fortaleza y solvencia de manera que**

las entidades que subsistan sean sólidas y puedan proveer crédito con normalidad. El cumplimiento de estos objetivos exigirá en muchos casos adecuar la capacidad instalada y las estructuras de costes de las entidades a un entorno en el que la demanda de servicios financieros será más moderada. En este contexto, cabe incluir también el apoyo a procesos de integración entre entidades que, sin encontrarse en una situación de dificultad, pretendan asegurar su viabilidad futura mejorando, mediante tales procesos, su eficiencia a medio plazo.»

Y es que, en definitiva, el FGD no actúa voluntariamente en este tipo de situaciones que ponen en riesgo el sistema financiero, sino que está obligado *legalmente*. O expresado de otra manera: **el Fondo no habría actuado si solo hubieran estado en juego los intereses particulares de la CAM;** como se alcanza a entender claramente de la mera relectura de la Exposición de Motivos del RDL 9/2009 transcrito con anterioridad.

Esto es lo que sucedió, por ejemplo, con la quiebra de la Caja de Crédito de Alcoy, que resolvió sus problemas de solvencia mediante el proceso concursal habitual como cualquier sociedad mercantil (*vid.* la resolución condenatoria por delito concursal en la SAP Alicante n.º 99/2008, de 1 de abril).

Lo que acaba de indicarse tiene su fundamento en que, desde una perspectiva jurídico-penal, **la causa de la actuación del Fondo es la satisfacción de un servicio público.** De nuevo, y en lo que interesa aquí, la Exposición de Motivos del RD 16/2011, de 14 de octubre, expone —tal y como hemos parafraseado *ut supra*—:

«A lo largo de los últimos treinta años los sistemas de garantía de depósitos se han asentado en el entorno europeo como uno de los elementos indispensables para garantizar la confianza de ahorradores y depositantes en el conjunto del sistema bancario. En España, la temprana creación en 1977 de los primeros Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y en Cajas de Ahorros, a los que acompañaría posteriormente el de Cooperativas de Crédito, a través de un régimen de contribuciones previas o *ex ante*, constituyó al mismo tiempo un síntoma de la evolución de nuestro sistema financiero y un impulso a su modernización, en un contexto de cambios sociales, políticos y económicos cruciales en nuestra historia reciente.

Las posteriores reformas de aquel primer sistema de garantía, efectuadas a lo largo de tres décadas, se comprenden hoy, con la debida perspectiva, como

hitos singulares que han acompañado el progresivo desarrollo, en complejidad, capacidad y volumen, de nuestro sistema financiero. Un primer momento de revisión del sistema tuvo lugar a principios de los años ochenta, pocos años después de su creación, ya que si bien se percibió a los fondos como un valioso instrumento para afrontar los problemas del sistema bancario, se constató que la complejidad jurídica y económica de la crisis de un establecimiento bancario hacía conveniente ampliar las posibilidades de actuación de los fondos, de modo que su objeto no fuera simplemente el de garantizar los depósitos en caso de suspensión de pagos o quiebra de una entidad, sino que alternativamente pudieran contribuir a reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades, evitando en última instancia un eventual, y posiblemente más costoso, pago de depósitos.

Desde aquel momento, los fondos de garantía de depósitos españoles han mantenido como una segunda seña de identidad —junto a la contribución *ex ante*— su doble objetivo o función: por un lado, garantizar los depósitos en dinero (y más tarde también en valores) constituidos en las entidades de crédito; y, por otro, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En definitiva, esa doble función se identifica con un objetivo inmediato y eventual, la garantía de los ahorros de los depositantes, y un objetivo mediano y permanente, el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país, a través de la confianza de los depositantes. En lo sucesivo, tras el papel desempeñado en beneficio de la estabilidad financiera en la crisis bancaria de finales de los setenta y principios de los ochenta, la doble función de los fondos los consolidará como un elemento indispensable de seguridad de nuestras instituciones financieras, junto a la regulación y a la supervisión financiera.»

Como complemento a la función de garantía ordenada en el Título II del RDL 16/2011, su Título III procede a regular la forma concreta bajo la cual el FGD procederá a desarrollar la segunda de las grandes funciones que justifican su existencia: la función de refuerzo de la solvencia de las entidades de crédito. A este respecto, los artículos 11 y ss. del RDL contemplan la posibilidad de que el FGD pueda adoptar medidas preventivas y de saneamiento (descritas en el artículo 13) tendientes a facilitar la viabilidad de la entidad de crédito que se encuentre en situación de crisis. Ello se realizará en el marco de un plan de actuación acordado por la entidad y aprobado por el Banco de

España. En desarrollo de esta segunda **función de mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero**, el art. 11 regula las «medidas de apoyo a la resolución de una entidad de crédito» como medidas preventivas y de saneamiento encaminadas a garantizar la viabilidad de la entidad en los siguientes términos:

«1. Para el cumplimiento de la función prevista en el artículo 4 y en defensa de los depositantes cuyos fondos están garantizados y del propio Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, el Fondo podrá adoptar medidas de apoyo a la resolución de una entidad de crédito.

A estos efectos, cuando una entidad de crédito se encuentre en un proceso de resolución conforme a lo dispuesto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, el Fondo, dentro del marco del plan de resolución aprobado, podrá ejecutar cualquier medida de apoyo financiero de las previstas en el apartado siguiente que facilite la resolución de la entidad.

Al adoptar estas medidas, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito no podrá asumir un coste financiero superior a los desembolsos que hubiese tenido que realizar de optar, en el momento de apertura del proceso de resolución, por realizar el pago de los importes garantizados en caso de liquidación de la entidad.

2. Las medidas de apoyo financiero que podrá implementar el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito podrá concretarse en una o varias de las siguientes:

- a) El otorgamiento de garantías.
- b) La concesión de préstamos o créditos.
- c) La adquisición de activos o pasivos, pudiendo mantener su gestión o encomendarla a un tercero.»

Sobre la base de las nuevas funciones atribuidas al FGD mediante el RD 16/2011, de 14 de octubre, —como hemos dicho, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades en aras del mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país— el FGD realizó dos ampliaciones del

Bajo el concepto de Derecho penal bancario aglutinamos la *respuesta del ordenamiento penal a la idiosincrasia propia de las entidades bancarias*. Así, de la mano de diversas resoluciones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo se abordarán *algunos* de los tipos del Código penal que resultan (o no) de aplicación en el ámbito bancario sin pretender agotar la discusión general sobre los mismos. De igual manera se tratarán, sin ánimo de exhaustividad, las posiciones doctrinales sobre *determinadas* cuestiones jurídicas fundamentales para comprender el devenir de los procedimientos penales abordados en la presente monografía.

Advertirá el lector que el tono empleado a lo largo de la obra es, en ocasiones, sumamente de la «práctica forense». Ello es debido a que las posiciones aquí defendidas lo fueron también ante los tribunales españoles en representación del Fondo de Garantía de Depósitos o en defensa de los intereses del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Hemos considerado oportuno mantener dicho tono puesto que entendemos que dota a la lectura del libro de una cierta dinámica argumentativa que resulta de interés para los operadores jurídicos.

ISBN: 978-84-1085-381-2



ER-02802005



04-00590100