

**AUDIENCIA NACIONAL**

**SALA DE LO PENAL**

**SECCIÓN 3ª**

**TELÉFONO: 91.397.32.71**

**FAX: 91.397.32.70**

**AP320**

**N.I.G.: 28079 27 2 2012 0001889**

**ROLLO DE SALA: APELACIÓN CONTRA AUTOS N.º. 313 /2013 al**

**que se acumula el Rollo de Apelación n.º 315/2013**

**DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO n.º. 59 /2012**

**JUZGADO CENTRAL INSTRUCCIÓN N.º. 4**

## **A U T O N.º 416/2013**

**PRESIDENTE**

**Ilmo. Sr.:**

**D. F. Alfonso Guevara Marcos**

**MAGISTRADOS**

**Ilmos. Sres.:**

**D. Guillermo Ruiz Polanco**

**D. Antonio Díaz Delgado**



En la Villa de Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil trece.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Don VICTOR GARCÍA MONTES, Procurador de los Tribunales y de D. DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER, cuyos datos personales constan en el poder notarial adjunto, ante el Juzgado comparezco formuló al amparo de lo dispuesto en los artículos 270 y concordantes de la L.E.Crim, ejercitando las acciones civiles y penales pertinentes, QUERRELLA CRIMINAL denunciando hechos presuntamente constitutivos de los delitos de ESTAFA, CAPTACIÓN FRAUDULENTA DE CAPITALS Y MANIPULACIÓN DE PRECIOS EN MERCADOS OFICIALES Y/O APROPIACIÓN INDEBIDA Y/O DAÑOS, así como aquellos otros que puedan descubrirse en relación a los hechos que se narran a continuación, contra las personas y por los hechos que en el cuerpo de su escrito se detallan. La querrela expresaba que:

A) Para el conocimiento de las presentes diligencias es competente la Audiencia Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 65.1 C) de la Ley Orgánica del Poder.

B) Son querrellados:



-Don Carlos Stilianopoulos, con NIE X0478655-W

-Don Jose Luis Sánchez Blázquez, con DNI 2851101-K

-Don Álvaro Canosa Castillo, con DNI 2522467-B

-La mercantil CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A. con CIF A84098946, con domicilio en Paseo de la Castellana nº 189, de Madrid, donde podrán también ser notificados los anteriores individuos, consejeros de la mercantil.

-Don Manuel Fernández Navarro, Dto. Cumplimiento Normativo Caja Madrid/Banka, (art. 28.2 b del R. DTO 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las empresas de Servicio de Inversión).

-La mercantil Bankia, S.A., con domicilio social en calle Pintor Sorolla nº 8, 46002 (Valencia)".

**SEGUNDO.-** Dicha Querella fue admitida mediante auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 el 11 de junio de 2013; Auto recurrido en apelación directamente por el Ministerio Fiscal, a cuyo recurso de adhirieron:

PEDRO BEDIA PÉREZ

FRANCISCO BAQUERO NORIEGA

JESÚS PEDROCHE NIETO



JAVIER LÓPEZ MADRID

BANKIA, S.A.

BFA

JUAN LLOPART PÉREZ

REMIGIO PELLICER SEGARRA

RODRIGO DE RATO FIGAREDO

JOSE M. FDEZ NORNIELLA

CAJA MADRID FINANCE

PREFERRED, S.A.

Y por Caja Madrid Finance Preferred, S.A. al que se han adherido el Ministerio Fiscal y Bankia, S.A.

Recursos que son objeto de la presente resolución al resolverse ambos con sus correspondientes adhesiones, por considerar que procede la acumulación de los Rollos abiertos para la tramitación de ambos al referirse al mismo auto, y tener idéntico objeto. (Rollo nº 313/13 -Recurso de apelación de Caja Madrid Finance Preferred, S.A.; y Rollo 315/13 - Recurso de Apelación del Ministerio Fiscal)

Actúa como Ponente el Magistrado Sr. Díaz Delgado.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **A. Recurso de Apelación de Caja Madrid Finance Preferred, SA**



**PRIMERO.-** El querellante solicita la revocación del auto de admisión a trámite de la querrela de fecha 11 de junio de 2013 y hace una petición subsidiaria de que se acuerde el sobreseimiento libre y archivo por no ser los hechos constitutivos de delito; lo cual es tanto como decir que se deje sin efecto el auto de admisión a trámite de la querrela.

**SEGUNDO.-** Señalado lo anterior hemos de partir de los alegatos del querellante estimados por el Juez Instructor para admitir la querrela. Así el Juez Instructor parte del siguiente razonamiento:

“En el presente caso, el querellante interpone querrela contra Caja Madrid Finantial Preferred, S.A., tres de sus consejeros, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, su Director de Cumplimiento Normativo y Bankia, S.A. por la venta de deuda subordinada y de participaciones preferentes. El querellante mantiene que el 7 de junio de 2010 Caja Madrid/Bankia le vendió, a través de una de las sucursales comerciales de atención a consumidores, deuda subordinada por importe de 500.000 euros. La iniciativa partió de la querrellada que le recomienda el producto financiero como una inversión muy ventajosa. Meses después, la propia entidad le sugiere la conveniencia de adquirir participaciones preferentes de la Serie II emitidas por Caja Madrid en 2009. Para ello,



entre el 7 de enero y el 30 de junio de 2011, vende los activos que mantenía mencionadas participaciones preferentes, hasta un total de 535.000 euros al 15 de julio de 2011, fecha de la última compra. Sintéticamente, el querellante mantiene que Caja Madrid comercializaba las participaciones preferentes en el marco de una estrategia de actuaciones engañosas destinada a captar ahorro de sus clientes para capitalizar la entidad, colocando a sus clientes minoristas los valores de la propia entidad frente a otros valores del mercado. Para el querellante, que extrapola su situación a la de la generalidad de los adquirentes de participaciones preferentes, Caja Madrid comercializó este producto sin informar al inversor de su verdadera naturaleza y de los riesgos inherentes al mismo. Los hechos que se describen en la querrela constituyen a juicio del querellante delitos de “estafa en concurso con el de manipulación de precios de mercado o apropiación indebida en concurso con el de manipulación de precios del mercado, y subsidiariamente daños”.

A continuación hace referencia el auto de admisión de la querrela a una resolución (Auto) de esta Sección 3ª de la Sala de lo Penal de fecha 29 de mayo de 2013 (D.P. 59/2012) que ordenó la admisión a trámite de una querrela interpuesta por la adquisición de participaciones preferentes por un cliente de Bancaja, y dice, que ambos  
6  
supuestos deben relacionarse.



Partiendo de lo anterior y estando conformes con el criterio del Juez Instructor sobre lo que significa la interposición de una querrela en el ámbito jurídico, lo que sí considera el Tribunal, es que debe realizarse una ponderación sobre o acerca de la verosimilitud de los hechos; hechos que han de ser lo más concretos posibles, que constituyen o fundan la presente querrela.

Esta ponderación sobre, o acerca, de la verosimilitud de los hechos también debe hacerse de lo que en el auto de admisión de la querrela se explicita, recogiendo un informe de la CNMV, referido a la adquisición de participaciones preferentes, así como en lo que se denomina "case de las participaciones" que también es objeto de la presente querrela.

**TERCERO.**- No obstante antes de entrar a resolver el fondo del recurso debemos hacer una consideración a lo que también el Juez Central de Instrucción en el auto recurrido sienta, respecto al case de operaciones:

"Bien es cierto que, conforme se concreta en STS de 14-I-89, la doctrina que expresa que el dolo específico del delito de estafa ha de ser siempre antecedente y nunca subsecuente es aplicable únicamente a supuestos en que el engaño causante del desplazamiento entre patrimonios, la contraprestación, se realice en un solo acto y nunca puede excluir aquellos casos en que la



dinámica comitiva se proyecte en estadios temporales sucesivos y así se alude a la posibilidad de distintas fases en el iter de los negocios jurídicos criminalizados, donde esta sentencia (y por referencia la de 16-XI-73 y 9-V-88) distingue incluso una primera fase que no extravase los perfiles del mero cumplimiento contractual y una posterior, en que el móvil se transmuta y surge el engaño que es nervio o eje de la infracción penal, y es aquí en donde debe ponerse de relieve la necesaria investigación, en sede penal de las "malas prácticas" relacionadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su informe, las cuales se refieren no sólo al proceso de comercialización, sino también al de negociación de las participaciones preferentes, y si efectivamente se vino a crear un mercado interno ficticio, en el que se hubiera manipulado de forma continuada los precios de cotización para mantenerlos artificialmente altos, a fin de aparentar que la cotización de estos productos era estable, fingiendo ante los inversores la existencia de un mercado secundario real, de forma que, como señala la CNMV se hubiera creado un conflicto de interés entre los clientes que compraban las emisiones y los que las vendieron, puesto que el valor razonable era muy inferior a aquél al que se realizaron las transacciones, de forma que los compradores habrán adquirido títulos al 100% cuando su valor razonable era sensiblemente inferior (mínimo del

8





25,3% y máximo del 61,9% en las emisiones previas a 2009, y mínimo del 53,3% y máximo del 98,5% para las de 2009 y 2010), mientras que los vendedores se veían beneficiados al realizar la operación inversa. De esta forma, el informe de la CNMV refiere que “el conflicto de interés no sólo afectó a las operaciones entre los clientes, sino que se extendía también a la actuación de las entidades. Estas, al permitir que la operativa descrita se produjera, se veían beneficiadas ya que así evitaban la existencia de posibles reclamaciones y denuncias por parte de los clientes vendedores (falta de liquidez, mala información en la compra, etc.), el consiguiente perjuicio reputacional e incluso la potencial pérdida de clientes”. Y si, como dice la CNMV “las entidades no actuaron, como era su obligación, en interés de los inversores” deberá averiguarse qué otro interés pudiera haber llevado a las mismas a realizar este tipo de prácticas y de operaciones, y en este sentido es de resaltar la conclusión que emite la CNMV en su informe, al referir que “Las entidades (Bancaja, Caja Madrid y Bankia) incumplieron de forma no aislada o puntual el artículo 70 quáter cuando no gestionaron los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable.

Las entidades no establecieron ninguna medida



destinada a impedir que los conflictos de interés señalados perjudicasen los intereses de los clientes compradores, ni tan siquiera la de revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto a estos clientes antes de actuar por cuenta de los mismos, perjudicándolos en beneficio de otros clientes que, de esta forma, conseguían la liquidez deseada y en beneficio de las propias entidades que estaban interesadas en facilitar liquidez a los vendedores”.

“Con independencia de que las entidades participaran de forma activa en la busca de compradores, estaban obligadas a establecer procedimientos adecuados para prevenir que los conflictos de interés señalados se materializaran provocando perjuicio a los compradores”.

“Las entidades no actuaron, como era su obligación, en interés de los inversores ya que tampoco establecieron procedimientos para informar a los compradores de que estaban ordenando la compra de los mencionados instrumentos a precios significativamente alejados de su valor razonable, ni disponían de procedimientos para informar periódicamente sobre la valoración de los mencionados instrumentos a los tenedores de los mismos”.

Estas actuaciones, calificadas desde la Comisión Nacional del Mercado de Valores como de “malas prácticas” deben ser objeto de investigación de sede judicial, desde



el momento en el que se está advirtiendo de una necesidad de captación de compradores, de una deliberada falta de información a los clientes y de un claro conflicto de intereses entre estos y entre los mismos y la entidad, conflicto de intereses que se resolvió a favor de la entidad, y en perjuicio de los clientes”.

**CUARTO.-** Partiendo de estas consideraciones recogidas en el auto recurrido para admitir la querella, el Tribunal quiere dejar constancia, que las consideraciones genéricas que se hacen en la querella sobre el informe del Defensor del Pueblo, o sobre el control preventivo de la CNMV, son alegaciones que en lo que respecta a la presente querella ninguna virtualidad tiene como se expondra a continuación.

Así el querellante se refiere en primer lugar a dos hechos puntuales; el primero, la suscripción de obligaciones subordinadas, y el segundo la conversión de estas obligaciones subordinadas en participaciones preferentes.

Comienza el Sr. Dietrich, relatando que es un ahorrador y cliente de dicha entidad, y que recibió por mediación de una de las sucursales comerciales de atención a consumidores, la recomendación personalizada de suscribir “deuda subordinada” de la entidad. La iniciativa parte de la entidad querellada que contacta al



cliente para tratar de canalizar su capital en la orientación interesada de engorsar sus propios activos financieros. En concreto, la deuda subordinada tiene la significación económica de representar un préstamo a favor de la entidad financiera incardinado dentro de los ahora denominados "instrumentos financieros" y como tal, debe cotizar en un mercado secundario oficial. En realidad, tales valores no cotizaron de forma regular en el mercado oficial pese a ser una exigencia legal asociada a la emisión de la oferta pública de venta" (entre otros, ART. 30 bis de la Ley de Mercado de Valores, 24/1998, de 28 de julio; en adelante LMV)

Tras haber suscrito "subordinadas" el Sr. Dietrich volvió a recibir nueva recomendación de la querellada Caja Madrid/Bankia aconsejándole la compra de otro valor financiero de las "mismas características a las subordinadas en cuanto a riesgo y liquidez, dado que ambos estaban amparados por la solvencia de la entidad, según le explicaron, pero con mejor rendimiento, situado en torno al 7% anual, es un producto que apremia la fidelidad de nuestra clientela" le afirmaron" se trataba de las Participaciones Preferentes de la querellada serie II emitidas en mayo de 2009. A la vista de tales recomendaciones y secundándolas, el Sr. Dietrich dio instrucciones a la querellada de vender sus subordinadas y comprar Preferentes, todo ello en el entorno, entonces



ignorado, por éste de una serie de infracciones e irregularidades marcadamente tendenciosas por parte de la querellada como a continuación iremos detallando.

Tendenciosas porque las ofertas recibidas por la querellante, respecto a "subordinadas" primero y a "preferentes" después constituyen parte del programa de política comercial incentivada de la entidad, en realidad prácticas conscientes de perpetración de hechos punibles.

A continuación tras estas alegaciones desglosa las operaciones realizadas cuyo cuadro se recoge en el escrito de querrela, siendo del siguiente tenor:

REPORTE DE OPERACIONES SOBRE VALORES DE CAJA MADRID/BANKIA POR CUENTA DEL QUERELLANTE, doc. Adjto. N° 1 (rel. Subordinadas) y n° 2 (rel. preferentes):

DEUDA SUBORDINADA	DEUDA SUBORDINADA	PARTICIPACIONES PREFERENTES
OPERACIONES DE COMPRA	OPERACIONES DE VENTA	OPERACIÓN DE COMPRA (CARGOS EN CTA)

FECHA	IMPORT	FECHA	IMPORTE	FECHA	IMPORTE
07.06.2010	500.000€	07.01.2011	30.000€	05.01.2011	65.000€

		26.01.2011	30.000€	26.01.2011	30.000€
--	--	------------	---------	------------	---------



		31.01.2011	30.000€	31.01.2011	30.000€
		02.02.2011	25.000€	02.02.2011	25.000€
		11.02.2011	35.000€	16.02.2011	50.000€
		08.06.2011	50.000€	09.03.2011	15.000€
		16.06.2011	50.000€	12.04.2011	120.000€
		17.06.2011	50.000€	14.06.2011	50.000€
		23.06.2011	9.000€	20.06.2011	50.000€
		27.06.2011	41.000€	21.06.2011	50.000€
		30.06.2011	50.000€	14.07.2011	17.600€
				15.07.2011	32.400€
SUBTOTAL	500.000€		400.000€		535.000€
			100.000€		535.000€

**QUINTO.**- Entrando en el fondo de lo que ha de resolver, hay que señalar, primero en modo alguno establece en su caso concreto, cual es el perjuicio económico derivado del desplazamiento patrimonial característico de la estafa, con su empobrecimiento respectivo, y el correlativo enriquecimiento de la entidad financiera a cargo del querellante. Y segundo, el desarrollo posterior de la querrela, donde como se ha dicho se



recogen toda una serie de valoraciones genéricas provenientes de informes del Defensor del Pueblo, o de la CNMV, que en nada se refieren al Sr. Dietrich; y en las que si se refieren, como, lo expuesto en la página 11/27, de la querrela, cuando califica de estafa el ofrecimiento al querellante de la suscripción de las participaciones preferentes, pues dice que se incumplió deliberadamente por la entidad financiera su deber de obtener información acerca de la experiencia y conocimientos del Sr. Dietrich en el ámbito de las inversiones, para tachar a continuación el test de conveniencia", de fraude de Ley. Y en la pagina siguiente en orden de que no se proporcionó información adecuada sobre los valores recomendados siendo victima de un engaño tanto al suscribir la deuda subordinada y después al suscribir las participaciones preferentes, sin que le entregaran folleto alguno explicativo de la emisión de deuda valores, no comprando los títulos en un mercado secundario, para realizar una serie de conjeturas y suposiciones sobre el valor de dichos títulos y su forma de colocación, afirmando que firmó engañando órdenes de compra que no valían ni la mitad del valor en todo ello; nada de esto se acredita pues no se corresponde con la documentación que consta en el Rollo de la Apelación presente.

**SEXTO.-** En el Rollo de apelación que analizamos, la



documentación aportada por la apelante desmiente a juicio del Tribunal, todo lo atinente a que el querellante fuera una persona engañada, que no sabía nada de lo que adquirió tanto cuando compró obligaciones subordinadas, como cuando compró participaciones preferentes vendiendo las obligaciones subordinadas.

Así con respecto a las obligaciones subordinadas, aparece un resguardo de la operación de fecha de recepción 05/05/2010 con n°. de títulos igual a 30, por un valor nominal de 30.000€ y con vencimiento 07/06/2020, siendo esta una operación en la que aparece, la firma del querellante como ordenante de la operación de adquisición de O.B. Subordinadas. Caja Madrid 2010. A continuación aparece también el siguiente documento, donde está la firma del querellante bajo su nombre, fechado en Las Palmas, el 5 de Mayo de 2010; documento que recoge lo siguiente de manera literal:

**"INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PRESTACION DE SERVICIO  
SDE INVERSION"**

**DATOS DEL CLIENTE**

Cliente (Nombre y Apellidos)/Razón Social	Identificación	Fecha de Nacimiento / Constitución	País de Residencia
DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER	X04469244E	20-09-1967	ESPAÑA





Domicilio cliente	Correo Electronico
C.Pilar Miro,2      41930      BORMUJOS (SEVILLA 2,	

## CONDICIONES DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE INVERSION

### 1. MIFID.

La nueva normativa relativa a los mercados de instrumentos financieros (\*), conocida como MIFID, aplicable entonos los países de la Unión Europea, tiene como objetivos principales incrementar la transparencia y el nivel de protección de los clientes que solicitan la prestación de servicios de inversión, así como conseguir un mayor grado de integración de los mercados de valores europeos.

CAJA MADRID como entidad de crédito válidamente constituida está habilitada para prestar los servicios de Inversión regulados en la normativa MIFID y en la normativa española sobre mercados de valores, entre los que se encuentran los siguientes:

- Recepción y transmisión de órdenes sobre instrumentos financieros.
- Ejecución de órdenes sobre instrumentos financieros.
- Asesoramiento en materia de inversión.



- Depósito y/o administración de valores.
- Gestión discrecional de carteras.

Uno de los mecanismos de protección a los clientes que establece MIFID consiste en la puesta a disposición de los clientes de información sobre la entidad que le presta dichos servicios u ofrece dichos productos y sobre las condiciones aplicables en la prestación de los mismos, que, junto con las que figuran en los contratos ya suscritos o que en el futuro pueda suscribir el Cliente, se recogen en este documento.

(\*) Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/96/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo y sus normas de desarrollo.

## **2. CLASIFICACION COMO CLIENTE.**

Conforme a lo establecido por MIFID, existen distintas categorías de clientes en relación a la prestación de servicios de inversión a las que se otorga distinto nivel de protección, siendo preciso clasificar a los clientes que solicitan dichos servicios.

CAJA MADRID, en aplicación de la normativa MIFID, ha procedido a la clasificación de sus clientes y, conforme



a la misma, ha quedado Vd. incluido en la categoría de cliente minorista, otorgándole de este modo el nivel de protección máximo.

El cliente minorista tiene el derecho a renunciar a parte de la protección que lleva asociada su categoría, solicitando su tratamiento como cliente profesional, que será admitido por CAJA MADRID siempre que se cumplan los requisitos establecidos en a la normativa y el procedimiento establecido por la entidad, advirtiéndole previamente de los derechos a los que renuncia”.

Para obtener más información al respecto, puede consultar en la página web [www.cajamadrid.es](http://www.cajamadrid.es)”.

**SEPTIMO.-** A continuación, consta con su firma, un documento de que el día 05/05/2010, recibió la siguiente comunicación de Caja Madrid sobre su clasificación como Minorista.

“DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER

C. Pilar Miro, 2

41930 BORMUJOS

SEVILLA

05 de MAYO de 2010

19



“Estimado Cliente:

De acuerdo con la Directiva Europea en Materia de Instrumentos Financieros, conocida como MIFID, que establece, entre otras medidas, una mayor protección al cliente en materia de inversiones, Caja Madrid le comunica que ha sido clasificado como cliente MINORISTA.

Esta clasificación implica un nivel de protección máximo, de forma que en relación a determinado tipo de productos como Fondos de inversión, Valores Negociables o Productos Derivados entre otros, dispondrá de un tratamiento específico en cuanto a la información sobre dichos productos, procurando la adecuación y conveniencia de los mismos a sus objetivos de inversión.

Para cualquier información adicional quedamos a su disposición en su centro/oficina habitual, o a través de nuestra página web [www.Cajamadrid.es](http://www.Cajamadrid.es).

Reciba un cordial saludo”.



Asimismo también firmó el 05/05/2010 el siguiente documento donde se le pone de relieve que ha adquirido un instrumento financiero complejo por los riesgos asociados, en particular la posibilidad de incurrir en pérdidas del nominal invertido. Se reproduce literalmente dicho documento:

“Instrumento financiero/Servicio de inversión:

ob.sub.cajamadrid.2010

D. DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER, con DNI/NIF X04469244E, o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado de que el instrumento financiero referenciado se ha clasificado como instrumento complejo debido a los riesgos asociados. En particular de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decida vender el instrumento financiero referenciado antes de su amortización. Asimismo, se le ha informado de las características propias de las emisiones subordinadas en cuanto a que en el orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de todos los acreedores



comunes del Emisor, depositante, acreedores con privilegio y acreedores ordinarios.

Fdo. DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER”.

Y a continuación realizó un test de conveniencia “Renta Fija -deuda subordinada” el 05/05/2010 cuyo texto es el siguiente:

“TEST DE CONVENIENCIA  
RENTA FIJA DEUDA SUBORDINADA

Cliente: DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER

Oficina: 9019

Test de Conveniencia para el producto OB.SUB.CAJAMAD.2010

1. Es importante tener una idea de sus conocimientos sobre la variedad de productos y funcionamiento de los mercados financieros.¿Podría indicarnos qué



grado de conocimientos posee en base a su formación y experiencia?

- a) Escasos.
- b) Entiendo la terminología.
- Conozco el funcionamiento general de los mercados financieros.
- d) Soy un experto en finanzas.

2. ¿Conoce Ud. La naturaleza y las características operativas de los activos de renta fija?

- a) No.
- b) Conozco sólo algunos aspectos.
- Conozco los aspectos necesarios.
- c) Sí, conozco todos los aspectos.

3. ¿Conoce y entiende Ud. las variables que intervienen en la evolución de este producto, como son:

-La naturaleza de la deuda subordinada, que a efectos de la prelación de créditos se sitúa detrás de los acreedores comunes.

-La Valoración está influida por la evolución de los tipos de interés y las clasificaciones de crédito (rating)?



a) No

b) No, sólo entiendo la terminología

c) Conozco el funcionamiento general de estas variables.

**X)** Sí, conozco el funcionamiento detallado de estas variables.

4. ¿Ha realizado inversiones en los dos últimos años en emisiones de renta fija?

a) No he realizado inversiones del test es

**X)** Sí.

c) Sí, en los últimos 12 meses.

d) Sí, las hago de manera habitual.

El resultado del test es **CONVENIENTE**: esto significa que conforme a la información que usted ha facilitado, el producto para el que se ha realizado el test se considera conveniente para su contratación en este momento o en el futuro.

Además, conforme a la información facilitada, usted dispone de los conocimientos y experiencia necesarios





para comprender y, en consecuencia, contratar en este momento o en el futuro, las siguientes familias de productos:

-Renta fija deuda subordinada.

-Renta fija sencilla.

El cliente garantiza y asume toda la responsabilidad por la veracidad y exactitud de la información proporcionada para la elaboración del presente test, quedando obligado a comunicar a CAJA MADRID cualquier circunstancia que pueda modificar el resultado del mismo. CAJA MADRID no será responsable de las consecuencias que puedan derivarse para el cliente en caso de falsedad, inexactitud o falta de actualización por su parte de la información facilitada".

La realización del presente test no supone asesoramiento personalizado al cliente, sino una evaluación de su experiencia y conocimientos, para valorar si son suficientes para comprender los riesgos del producto sobre el que el test se realiza.

Fecha: 05 de MAYO de 2010



Firma del cliente".

Este es el contenido literal de dicho documento.

Y por último en orden a la adquisición de deuda subordinada firmó el documento explicativo, o folleto explicativo, según figura en un documento que se titula Emisión de Obligaciones subordinadas 2010-1 de C.A.M.P.M., donde el carácter de dicho producto se le califica de complejo, así como los tipos de interés aplicable sobre el nominal.

**OCTAVO.-** En idéntico sentido respecto a los conocimientos del querellante, respecto a la deuda subordinada, podemos establecerlo en relación a las adquisiciones de las participaciones preferentes vendiendo la deuda subordinada.

Consta un documento que expresa lo siguiente firmado por el querellante:

a) Instrumento financiero/Servicio de inversión:  
P.PREFCAJA MADRID 09.

D. DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER, con dni/nif



X04469244E, o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado de que el instrumento financiero referenciado presenta un riesgo elevado. En particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decida vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo, se le ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo. Y que si en un periodo determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de periodos posteriores.

El cliente también ha sido informado de que el calificativo "preferente" no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos se sitúan únicamente por delante de las acciones ordinarias".

b) También consta un resumen del folleto explicativo de participaciones preferentes Serie II, que aparece firmado por el querellante, el cual se transcribe a continuación:

"Mayo 2009



El presente Resumen, el Documento Registro del Emisor y la Nota de Valores serán referidos, conjuntamente, como el "Folleto". Existe un documento Registro de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, inscrito en los registros oficiales de la CNMV el 10 de julio de 2008.

Se hace constar expresamente que:

Este Resumen debe leerse como introducción al Folleto.

Toda decisión de invertir en los Valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del Folleto en su conjunto.

No se derivará responsabilidad civil alguna de este resumen o de la información contenida en él, incluida cualquiera de sus traducciones, para cualquier persona responsable de su contenido a menos que el resumen resulta ser engañoso inexacto o incoherente al ser leído conjuntamente con las restantes partes del Folleto.

En caso de iniciarse ante un tribunal un procedimiento de reclamación en relación con la información contenida en este Folleto, el inversor demandante podría, en virtud de la legislación de los



Estados miembros del Espacio Economico Europeo, tener que hacer frente a los gastos de la traducción de este Folleto con carácter previo al inicio de dicho procedimiento judicial.

Todos los términos empleados con su primera inicial en mayúscula y no expresamente definidos en este resumen, tendrán el significado que se les atribuye en la Nota de Valores.

#### ASPECTOS RELEVANTES A TENER EN CUENTA POR EL INVERSOR

La inversión en Participaciones Preferentes Serie II está sujeta a riesgos específicos que se resumen a continuación.

- Las Participaciones Preferentes Serie II son un producto complejo y de carácter perpetuo.
  
- La presente emisión no constituye un depósito bancario y, en consecuencia, no se incluye entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos.
  
- El adjetivo “preferente” que la legislación española otorga a las participaciones preferentes No significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados.



## Factores de riesgo de los valores

### Riesgo de no percepción de las remuneraciones

El pago de la Remuneración estará condicionado a la obtención de Beneficio Distribuible (tal y como este término se define en el apartado III 4.9.1 de la Nota de Valores) y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria que resulte de aplicación en cada momento.

Si en alguna fecha de pago no se abonaran las remuneraciones, los inversores perderán el derecho a recibir la remuneración no percibida.

El Beneficio distribuible correspondiente a los tres últimos ejercicios ha sido el siguiente: 540.739 miles de euros (2008), 2.674594 miles de euros (2007) 801.820 miles de euros (2006). A efectos meramente teóricos y suponiendo que la Emisión se suscribe íntegramente, al importe total en concepto de Remuneración estimada correspondiente al ejercicio 2009 sobre el total de participaciones preferentes emitidas o garantizadas por CAJA MADRID, supone un 19,19% sobre el Beneficio Distribuible del ejercicio 2008 (en el supuesto de que se hubiese ampliado el importe de la Emisión hasta el máximo



previsto (3.000.000.000 euros) la carga teórica sería del 31,68%).

Riesgo de absorción de pérdidas.

En supuestos extremos de insuficiencia patrimonial del Emisor o del Garante se podría liquidar la Emisión por un valor inferior al nominal de las Participaciones Preferentes Serie II, con la consiguiente pérdida para sus titulares del principal invertido. Precisamente por esta capacidad potencial de absorber pérdidas la legislación considera las participaciones preferentes como "recursos propios" de las entidades de crédito.

Riesgo de perpetuidad.

Estos valores son perpetuos (es decir el Emisor no tendrá la obligación de reembolsar su principal).

No obstante transcurridos cinco años desde la fecha de Desembolso el Emisor podrá, en cualquier momento, amortizar total o parcialmente las Participaciones Preferentes Serie II, con amortización previa del Banco de España y de Garantía.

En este supuesto el inversor recibirá el precio de



amortización que consistirá en su valor nominal más en su aso, un importe igual a la Remuneración devengada y no satisfecha hasta la fecha establecida para la amortización.

#### Riesgo de orden de prelación

Las Participaciones Preferentes Serie II se sitúan en orden de prelación, tal y como se describe en el Folleto por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del Emisor y al mismo nivel que cualquier otra serie de participaciones preferentes del Emisor con un mismo rango que las Participaciones Preferentes, Serie II, que haya emitido o, en su caso, pueda emitir en el futuro.

Asimismo, en virtud de la Garantía, las Participaciones Preferentes Serie II se situarán por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de caja Madrid; y al mismo nivel que cualquier garantía equiparable a la pactada por el Garante a las Participaciones Preferentes".

C) Y por último consta el siguiente documento:





"TEST DE CONVENIENCIA fecha 22/12/2010

RENTA FIJA PARTICIPACIONES PREFERENTES

Que dio como resultado que el test es conveniente para su contratación a tenor de las respuestas dadas por el querellante. Texto en que aparece la firma del cliente su rúbrica.

Cliente: DIETRICH HEINZ ADOLF BUENGER

OFICINA: 9019

Test de Conveniencia para el producto P.PREFCAJA MADRID  
09

1. Es importante tener una idea de sus conocimientos sobre la variedad de productos y funcionamiento de los mercados financieros. ¿Podría indicarnos qué grado de conocimientos posee en base a su nivel de estudios y experiencia?

a) Escasos.

b) Entiendo la terminología.

**X)** Conozco el funcionamiento general de los mercados financieros.

c) Soy un experto en finanzas.

2. ¿Conoce Ud. La naturaleza y las características



operativas de los activos de renta fija?

- a) No.
- b) Conozco sólo algunos aspectos.
- c) Conozco los aspectos necesarios.
- X)** Sí, conozco todos los aspectos.

3.¿Conoce y entiende Ud. Las variables que intervienen en la evolución de este producto como son:

- La naturaleza de la Deuda Perpetua o Participaciones Preferentes, que no disponen de una fecha de vencimiento predefinida y su valoración está influida por la evolución de los tipos de interés a largo plazo.

-El comportamiento de la renta fija y las inversiones de bajo riesgo del entorno Euro?

- a) No.
- b) No, sólo entiendo la terminología.
- c) Conozco el funcionamiento general de estas variables.
- X)** Sí, conozco el funcionamiento detallado de estas variables.

4.¿Realizado inversiones en los dos últimos años en emisiones de renta fija?



- a) No he realizado inversiones.
- b) Sí.
- c) Sí, en los últimos 12 meses.
- d) Sí, las hago de manera habitual.

**NOVENO.-** En definitiva de estos antecedentes no puede concluirse que en la comercialización tanto de las obligaciones subordinadas, como de las participaciones preferentes haya habido engaño precedente, en orden al producto financiero adquirido por el querellante, pues lo que se deduce es que conocía el riesgo que asumía y la naturaleza de los productos financieros que adquiriría.

Pero es que tampoco se vislumbra un dolo sobrevenido al que hace referencia el auto de admisión de la querrela recurrido, para considerar que estemos ante un negocio juridico criminalizado, porque salvo conjeturas genéricas, no hay datos objetivos concretos en la querrela, que desvirtuen el conocimiento por el querellante de los productos financieros que adquiriría. Así decir en la querrela que el querellante, cree estar comprando una "participación limitada de los beneficios", cuando aparece rubricado por dicho querellante el resumen del folleto explicativo de las participaciones preferentes, donde se expresa en el apartado de: Fondos de riesgo de valores: "Riesgo de no percepción de



remuneraciones", explicándose a continuación las condiciones que deben darse para que haya remuneraciones, es una premisa que no puede acogerse. Lo mismo sucede al decirse en la querella que el inversor "queda amarrado" a sus títulos a modo de engaño, cuando en el tan repetido folleto se dice expresamente: Riesgo de perpetuidad, para exponer literalmente que estos valores son perpetuos, es decir el emisor no tendrá obligación de reembolsar su principal, y para después explicar, que una vez transcurridos once años desde la fecha de desembolso, el emisor podrá en cualquier momento amortizar total o parcialmente las participaciones.

De aquí que coincidiendo con el auto de admisión recurrido, que efectivamente la interposición de una querella, es el ejercicio de la acción penal para investigar unos hechos de carácter delictivo, también hemos de decir que dicho carácter de los antecedentes expuestos no se vislumbra respecto al engaño, artificio o manipulación que afecte en concreto a la persona del querellante, teniéndose además en cuenta que las alegaciones genéricas a una determinada forma de gestionar un producto tiene un valor muy relativo, pues puede que en el caso concreto de un determinado querellante, no se den o no se vea afectado, toda vez que por ejemplo en el informe del Defensor del Pueblo aportado como documental de la querella, relativo a las

36



participaciones preferentes y la supervisión de la CNMV sobre el canje de las participaciones preferentes, se lee textualmente: “La CNMV ha revisado un número significativo de las participaciones preferentes, al objeto de verificar entre otras cosas, la adecuada aplicación de la normativa de evaluación previa de los conocimientos y experiencias de los inversos. Concluyendo que, con carácter general su comercialización por las entidades inversoras se ajusta a la normativa aplicable, “sin perjuicio que se han detectado situaciones de incumplimiento” en cuyo caso se han incoado medidas disciplinarias contra la entidad correspondiente”.

En consecuencia este recurso de apelación debe ser estimado en cuanto a la comercialización concreta de las participaciones preferentes adquiridas por el querellante.

**DÉCIMO.**— Por otro lado el auto recurrido, aborda el aspecto de la querrela respecto a la planificación llevada a cabo por los órganos directivos de las entidades querelladas para comercializar participaciones preferentes, a ello se refiere el auto de admisión en el Razonamiento Jurídico primero y tercero, haciendo también referencia a un auto de esta Sección 3ª de 29 de mayo de 2013. En este aspecto si debe mantenerse el auto de admisión de la querrela, por lo que la estimación de



recurso de apelación contra el auto de admisión, lo es como se ha dicho, en cuanto afecta en concreto a la querrela criminal interpuesta por Dietrich Heinz Adolf Buenger por la comercialización individualizada de la deuda subordinada y participaciones preferentes, pero en modo alguno se deja sin efecto el auto recurrido remitiéndonos en este aspecto a lo que después se dirá al respecto al analizar el Recurso del Ministerio Fiscal.

**UNDÉCIMO.-** En cuanto al “Case de las participaciones” en el concreto supuesto del querellante, no existe elemento objetivo alguno que nos ponga de relieve, salvo las suposiciones que se realizan, que la entidad financiera perjudicara dolosamente al querellante al suscribir las obligaciones preferentes.

No obstante si el objeto de la querrela fue pretender hacer un juicio general sobre esta cuestión, basado en la referencia a las “malas prácticas” que se recoge en el informe emitido el 11 de enero de 2013 por el Departamento de Supervisión ESI-ECA de la Dirección General de Entidades de la CNMV, todo ello referido a no gestionar adecuadamente los conflictos de intereses existentes en este caso entre clientes vendedores de preferentes y sus adquirientes, hemos de hacer referencia al informe del Ministerio Fiscal emitido respecto a la

38



admisión de la presente querrela, donde lo expuesto en su apartado sexto, páginas 14 al final (folio 21), es plenamente acogible por este Tribunal, asumiéndose íntegramente lo expuesto por la Fiscalía en este apartado, que se da por reproducido para evitar repeticiones estériles.

Simplemente reseñar que la posición del particular perjudicado por la alteración de los precios no es lo valorado por el tipo delictivo recogido en el Art. 284 del C. Penal, tipo penal que el querellante señala como directamente aplicable, pues es denominada "mala práctica" cesó en noviembre de 2011 cuando el órgano regulador requirió a Bankia para hacer cesar la forma de gestionar las ventas y adquisiciones de las preferentes; forma de gestión, que no era una forma exclusiva de operar de las entidades querelladas, según se desprenden de un informe de la CNMV sino una práctica muy difundida, habitual y generalizada entre todas las entidades financieras emisoras. Y por último, que en la determinación de cual es el "precio razonable" al que debieron ajustarse estas operaciones, a la hora de establecer dicho precio, nos movemos en el terreno de las hipótesis no de las certezas; a tal fin es ilustrativo el informe del Ministerio Fiscal al respecto, página 19, párrafo primero; sobre la infracción administrativa recogida en el art. 70 quater de la Ley de Mercado de

39



Valores.

B.) Recurso del Ministerio Fiscal.

El recurso del Ministerio Fiscal contra el auto de Admisión de la Querrela debe ser estimado íntegramente. Damos por reproducido todo lo dicho, al analizar el recurso de Caja Madrid Preferred S.A., y analizaremos solamente el aspecto al concreto de la pretensión del Ministerio Fiscal que se contiene en su recurso de apelación, por el que unicamente pide la admisión de la querrela de D. Heinz Adolf Buenger.

El Ministerio Fiscal y el Tribunal entiende, también, que concretamente en orden a la comercialización de la participaciones preferentes, uno de los aspectos se refiera a la planificación llevada a cabo desde los órganos directivos de las entidades querelladas para comercializar las participaciones preferentes. El otro aspecto, es la comercialización individualizada de las participaciones preferentes por los distintos empleados de las sucursales bancarias que han vendido este producto al inversor minorista.

En este último aspecto señalado, como dice el Ministerio Fiscal, resulta descabellado sostener, que existiera una planificación general y ajustada por todos





los directores, comerciales o empleados de sucursales para colocar participaciones preferentes como forma de capitalizar la entidad bancaria, entre sus clientes minoristas, pues resulta también impensable que todos los empleados de la entidad bancaria conocieran el verdadero estado financiero de las entidades que emitían estos productos. Lo correcto y dentro de la más pura lógica es que los empleados de las sucursales bancarias se limitaron a vender el producto financiero siguiendo las instrucciones de la dirección de las Cajas.

Dicho lo anterior lo que se debe por consiguiente investigar, es lo que parece que ya es objeto de unas Diligencias penales abiertas en el Juzgado Central de Instrucción nº. 4 (D. Previas nº. 59/12) referidas a la planificación llevada a cabo desde los órganos directivos de las entidades querelladas para comercializar las participaciones preferentes, teniendo en cuenta, como señala el Ministerio Fiscal que las participaciones preferentes formaban parte de los activos de las entidades bancarias, y es evidente que suponían una fuente añadida la financiación para las mismas, por lo que atendiendo al deterioro patrimonial de las Cajas contra las que se dirigen las querellas no puede sino concluirse, la necesidad de investigar si para paliar, retrasar u ocultar de alguna manera dicho deterioro, las entidades querelladas, además de otras estrategias,



utilizaron la emisión de deuda subordinada y/o participaciones preferentes como una manera de captar activos y disfrazar la situación de insolvencia en la que se encontraban respecto a las Cajas que formaron BFA, y en especial Caja Madrid y Bancaja.

De todo lo anterior se colige que el recurso de apelación del Ministerio Fiscal debe ser estimado íntegramente.

Por todo lo expuesto, el Tribunal

#### **ACUERDA**

Estimar en mérito a lo expuesto, el recurso de apelación del Ministerio Fiscal , y parcialmente el recurso de apelación de Caja Madrid Finance Preferred, S.A. interpuestos contra el auto de fecha 11 de junio de 2013 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº. 4 y en consecuencia la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por Dietrich Heinz Adolf Buenguer en todo lo referente a la concreta comercialización de la deuda subordinada y participaciones preferentes y el case de operaciones en las sucursales de Bankia o de cualquiera de las Cajas de Ahorros que dieron lugar a BFA/BANKIA, S.A. Confirmando la admisión de la querrela y su acumulación a las Diligencia Previas 59/12 del Juzgado



Central nº4, respecto a la planificación llevada cabo por los miembros de los órganos directivos de las entidades querelladas para capitalizarlas con la venta de participaciones preferentes.

Notifíquese a las partes y comunicada dicha resolución al Órgano de procedencia, archívese el Rollo de Sala.

Así, por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso ordinario alguno, lo dictamos, mandamos y firmamos.

R/

**DILIGENCIA:** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe. \_\_

