

5



AL JUZGADO

Antonio RIVERO DEL POZO, Procurador de los Tribunales y de **Joan COSCUBIELA CONESA y Laia ORTIZ CASTELLVI**, según poderes generales para pleitos que se anexan a la presente, sin perjuicio de ulterior complemento con la correspondiente designa apud acta, asistidos del Letrado Rafael Mendoza Navas, ante el Juzgado comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo **QUERELLA** en ejercicio de la acción popular, por un presunto **DELITO DE PREVARICACIÓN**, todo ello sin perjuicio de ulterior calificación a tenor de las circunstancias puestas de manifiesto con ocasión de la instrucción judicial que se recaba.

I. COMPETENCIA

Es competente para entender de la presente querella el Juzgado de Instrucción al que nos dirigimos en atención al carácter del delito y las circunstancias personales del presunto autor.

II. QUERELLANTES

Son querellantes mis representado Sres. **Joan COSCUBIELA CONESA y Laia ORTIZ CASTELLVI**, ambas personas Diputados a Cortes Generales.

1. Mis representados ejercen la **ACCIÓN POPULAR** al amparo del derecho constitucional determinado en el art. 125 de nuestra Carta Magna y al amparo,

también, de lo normado en los arts. 101 y 270 de la LECr. y el art. 19 de la LOPJ.

2. Mis representados se encuentran en pleno uso de sus derechos civiles.
3. El interés de mis representados, amén del genérico que tiene plena relevancia y cobertura constitucional, se resume en las siguientes circunstancias (que posteriormente se detallarán ampliamente con ocasión del desarrollo de los Hechos de la presente Querrela):
 - Han instado el correspondiente expediente administrativo para el actuar del BANCO DE ESPAÑA y del Sr. GOBERNADOR, para que en cumplimiento de la normativa bancaria vigente sea cesado de todo cargo el Sr. ALFREDO SÁENZ ABAD como consecuencia de su inhabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria al NO TENER HONORABILIDAD y por la TENENCIA DE ANTECEDENTES PENALES.
 - Han recibido respuesta negativa del BANCO DE ESPAÑA en el sentido de que “NADA HAN HECHO Y NADA HARÁN” (si se me permite tal expresión coloquial por su carácter gráfico).
4. La acción popular se configura en nuestro derecho constitucional y procesal, como ha determinado, por todas, la STC, Sala 10 de 15 de febrero de 1994 (RTC Ar. 40) con los siguientes caracteres:
 - como nota esencial del derecho a la tutela judicial.
 - como concreción en nuestro proceso penal de dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE) y, por ende, de la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24 CE, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del ius

puniendi del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad [STC 37/1993 (RTC 1993\37)].

- fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados (en los que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal), en los demás delitos públicos existe en nuestro ordenamiento la acción penal popular consagrada en el art. 125 de la CE.

III. QUERELLADO

Mis representados dirigen la acción penal contra:

- **MIGUEL ANGEL FERNANDEZ ORDOÑEZ (entonces GOBERNADOR DEL BANCO DEL ESPAÑA)** quien ha tenido el dominio del acto delictivo.
1. Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓNEZ ejercía (en la fecha de comisión del ilícito penal) las funciones de GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA. Bajo sus órdenes, su mandato, su supervisión y de acuerdo con sus instrucciones, se ha cometido el acto delictivo.
 2. Como GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA era un órgano rector de éste (art. 17 de la Ley 13/1994 de Autonomía del Banco de España) y entre sus funciones destacan la PRESIDENCIA y la DIRECCIÓN, según el texto legal citado:

Art 18. Competencias del Gobernador.

Corresponderá al Gobernador del Banco de España:

- a) Dirigir el Banco y presidir el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva.
- b) Ostentar la representación legal del Banco a todos los efectos y, en especial, ante los Tribunales de Justicia, así como autorizar los contratos y documentos y realizar las demás actividades que resulten

precisas para el desempeño de las funciones encomendadas al Banco de España.

c) Representar al Banco de España en las instituciones y organismos internacionales en los que esté prevista su participación.

d) Ostentar la condición de miembro del Consejo de Gobierno y del Consejo General del Banco Central Europeo.

IV. HECHOS

PRIMERO.- ANTECEDENTES FÁCTICOS y PRECEPTOS DE OBLIGADA EXPOSICIÓN.

A) DE LA CONDENA PENAL DE ALFREDO SÁENZ ABAD (HOY VICEPRESIDENTE DEL BANCO SANTANDER) AL INDULTO:

1. DIECIOCHO DE DICIEMBRE DE 2009, SENTENCIA CONDENATORIA DE LA SECCION TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA.

En la fecha indicada la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia condenando a – entre otros – Alfredo Sáenz Abad como autor de un delito continuado de acusación y denuncia falsa, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de seis meses y un día de prisión y multa de tres meses a razón de una cuota diaria de trescientos euros, así como a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y costas (en proporción determinada).

En el amplísimo apartado de hechos probados, la Audiencia establece – en síntesis – lo siguiente:

- a) Que en fecha 26 de julio de 1994 la entidad Banesto – presidida en aquel momento por el citado Alfredo Sáenz –

presentó una querrela criminal contra determinadas personas por unos supuestos delitos de estafa y alzamiento de bienes.

- b) Que el Sr. Sáenz tenía conocimiento de que los hechos imputados no eran ciertos, y tuvo también conocimiento de los posteriores escritos ampliatorios de la querrela que se presentaron y la falsedad de los hechos detallados en éstos.
- c) El conocimiento de tal querrela correspondió al Juzgado de Instrucción 10 de Barcelona, quien incoó las correspondientes diligencias previas, citando para el 13 de septiembre de 1994 a la parte querellante para su ratificación, y para el 19 de septiembre siguiente a los querellados. Durante el período de vacaciones del titular de ese Juzgado correspondió hacerse cargo del mismo al entonces Magistrado Luis Pascual Estivill.
- d) Por razones que los hechos probados afirman desconocer, el representante de la querellante compareció el 7 de septiembre a ratificarse en la querrela presentada ante el citado Juez Pascual Estivill, el cual en esa misma fecha dictó Auto admitiendo la querrela y citó a los querellados para prestar declaración en el juzgado de guardia en fecha 9 de septiembre de 1994, lo que se llevó a cabo sin que estuviera presente el Ministerio Fiscal. Y ese mismo día decretó el ingreso en prisión de los querellados, para posteriormente, en fecha 14 de septiembre del mismo año, dictar Auto de responsabilidad civil acordando el embargo de los bienes de los querellados por importe de 750 millones de pesetas.
- e) Por tales hechos el Tribunal Supremo condenó al juez Luis Pascual Estivill como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso ideal con dos delitos de detención ilegal.

- f) Por su parte, la querrela presentada por Banesto fue sobreseída libremente y archivada por Auto del Juzgado de Instrucción 10 de Barcelona de fecha 9 de enero de 1995, confirmado por Auto de 25 de abril del mismo año dictado por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Se trata de un resumen de elaboración propia de los Hechos Probados de tal Sentencia.

2. VEINTICUATRO DE FEBRERO DE 2011, SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo resolviendo los RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 18 de diciembre de 2009 dictó segunda sentencia por la que condenaba a ALFREDO SÁENZ ABAD como autor de un DELITO DE ACUSACIÓN FALSA, con la concurrencia de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, a la pena de tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras y multa de 400 euros.

3. ONCE DE MARZO DE 2011, PETICIÓN DE INDULTO.

Por la representación del Sr. Sáenz Abad se solicitó, mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2011, al Ministro de Justicia, la concesión del indulto total de las penas impuestas a su patrocinado, o subsidiariamente un indulto parcial de la pena accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con entidades bancarias, crediticias y financieras.

Paralelamente, se presentó escrito ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona solicitando la suspensión de la ejecución de las penas impuestas en razón a tal petición de indulto. Se recababa además la suspensión de toda inscripción de los antecedentes penales.

4. DOS DE SEPTIEMBRE DE 2011: AUTO DENEGATORIO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES.

A tal solicitud recayó en fecha **2 de septiembre de 2011** Auto de dicha sección por el que se acordaba la suspensión de la ejecución de las penas impuestas al Sr. Sáenz Abad, y se desestimaba la petición de que no se anotaran en el Registro los antecedentes penales y, en consecuencia, se ordenaba la remisión de las correspondientes Notas de Condena al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Dejamos fijado, sin perjuicio de ser abordado más ampliamente con posterioridad, que la Fiscalía y la propia Sala de la Audiencia Provincial resuelven con rotundidad que la petición de suspensión de la inscripción de los antecedentes penales no tiene ni cabida, ni sentido alguno en nuestro ordenamiento jurídico. La Sentencia fija la condena y la condena se inscribe por imperio de la ley en el Registro de Penados; no cabe interpretación alguna, ni siquiera una duda al respecto.

5. DIEZ DE DICIEMBRE DE 2011, PUBLICACIÓN EN EL BOE DEL INDULTO (RD 1761/2011).

En fecha 25 de noviembre de 2011 el Ministerio de Justicia, mediante Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre (BOE del día 10 de diciembre del mismo año) acordó conceder el indulto al Sr. Alfredo Sáenz Abad, conmutándole la pena impuesta de arresto mayor y accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos y privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras impuestas por la de multa en la cuantía máxima prevista en el artículo 74 del Código Penal de 1973, dejando subsistente la otra pena de multa y quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria.

6. DIECISÉIS DE FEBRERO DE 2012. PETICIÓN DE CESE DE TODA ACTIVIDAD BANCARIA.

Mis representados presentaron en fecha 16 de febrero de 2012 un escrito ante el Banco de España en el que instaban su obligada intervención a fin de que fuera cesado en sus cargos bancarios el indultado Sr. Sáenz Abad, con motivo de su sentencia penal firme, por delito doloso, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo a la que más arriba nos hemos referido.

7. VEINTE DE ABRIL DE 2012. NEGATIVA EXPRESA DE ACTUACIÓN POR PARTE DEL BANCO DE ESPAÑA.

A tal solicitud recayó comunicación del organismo supervisor, datada el 20 de abril de 2012 en el sentido de que no procedía actuación alguna a tenor de lo que establece el Real Decreto de Indulto (RD 1761/2011), cuando éste deja sin efecto cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria que pudiera afectar al Sr. Sáenz.

B) DEL INDULTO PARCIAL Y LA TENENCIA DE ANTECEDENTES PENALES.

1. El Gobierno español indultó parcialmente al Sr. Alfredo Sáenz Abad.
2. Indultado o no, **el Sr. Sáenz Abad no es honorable y tiene antecedentes penales vigentes actualmente.** No existe controversia al respecto.
3. Las sustanciales diferencias entre el Indulto Parcial y el Indulto Total han sido abordadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (citamos, por todas, la de 18 de mayo de 2011). Así, afirma dicha resolución:

*“... planteada la cuestión de autos, es claro que para su resolución debemos de partir de la naturaleza jurídica y efectos jurídicos que el indulto proyecta en nuestro ordenamiento jurídico. Del contenido de la Ley de 18 de junio de 1870 , por la que se establecen reglas para el ejercicio del derecho de la gracia de indulto, **se desprende, en primer término, el distinto régimen jurídico que dimana del***

indulto total sobre el indulto parcial, en cuanto que el segundo, como dice el párrafo 3º del artículo 4 de la Ley : " Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente ", añadiendo el siguiente párrafo: " Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves. **Por tanto el indulto parcial no extingue la responsabilidad penal del autor del delito. Y de la dicción de este precepto legal aparece que el indulto parcial genera sus efectos a partir de su concesión, de ahí que se contemple sobre las penas que no hubiere cumplido todavía el delincuente**".

4. El Ministerio Fiscal, en el informe preceptivo que emitió con ocasión del expediente para la tramitación del indulto afirmaba que:

"... Los efectos del indulto total han sido objeto de escasa atención por la doctrina. Como apuntaba DEL TORO (en los Comentarios al Código Penal de 1973, trabajo dirigido por el Dr. Córdoba Roda y con la compañía del Doctor Rodríguez Mourullo), "el que la doctrina adolezca así del deseable rigor se explica por la general animadversión que la ciencia y la práctica jurídico penal han demostrado casi siempre hacia el derecho de gracia, lo que conduce a desinteresarse por indagar su verdadera estructura y a limitarse a la formulación de juicios harto conceptuosos." En una de las escasas monografías sobre la materia intitulada "La Ley del indulto", el fiscal LLORCA ORTEGA dice sobre los efectos del indulto total que "produce la remisión de todas las penas, principales y accesorias, a que hubiere sido condenado el reo y que todavía no hubiese cumplido. Sin embargo, no se cancelará la inscripción de la condena en el RCPyR, la cual producirá los efectos legales, de modo que si el indultado cometiese ulteriormente un nuevo delito, podrá haber lugar a la apreciación de la reincidencia."

" La ley de 1870 sobre las normas para el ejercicio de la Gracia de Indulto dice en su artículo 1: "los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados... de toda o parte de la pena en que por aquellos

*hubiesen incurrido”. Y concreta el artículo 4: el indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente...” No comprenderá el indulto la responsabilidad civil (Art.6), ni se extenderá a las costas (art. 9). Es decir, **la ley de indulto se ciñe al perdón de la pena pero no afecta a la esencia de la sentencia condenatoria como precedente criminal.”***

5. El Tribunal Supremo, por su parte, en su Auto de fecha 18 de enero de 2001 fijaba que:

*“En todo caso y además de lo expuesto **debemos consignar que el indulto particular, sea cual fuere la extensión que quiera dársele, no lleva aparejada la cancelación de los antecedentes penales y produce, como consecuencia inevitable que el historial del condenado permanezca con la anotación correspondiente en el Registro Central de Penados y Rebeldes, luego seguirá teniendo, a todos los efectos, antecedentes penales y así se pondrá de manifiesto, cada vez que se solicite la oportuna certificación.***

“h) Porque respecto de los antecedentes penales del indultado, que indudablemente no quedan borrados por la gracia del indulto, es evidente que el control sobre su incidencia en el régimen estatutario del condenado, por su condición de miembro de la Carrera Judicial, no corresponde al Tribunal sentenciador sino al Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, las valoraciones sobre tal incidencia son ajenas a este Tribunal.”.

6. El Sr. SÁENZ ha sido indultado, no amnistiado. No existe mejor expresión sobre lo acontecido que la que ya refería el FISCAL JEFE DE CATALUNYA con ocasión de su obligado informe ante la inicial petición de suspensión de la pena (y de la inscripción de los antecedentes penales) realizada por los condenados: NO EXISTE LA AMINISTÍA PARTICULAR.

Decía el citado FISCAL, con claridad y rigor:

“... La petición que ahora se articula pretende no sólo eludir el cumplimiento de la pena de prisión (evitable con otros beneficios) sino una especie de amnistía particular, de manera que eviten todos los perjuicios” de la sentencia condenatoria. Y conviene recordar que han sido condenados por provocar con su acusación falsa el ingreso en prisión de 3 ciudadanos inocentes.”

7. Resulta claro y evidente que, en palabras de la STS de 17 de febrero de 1984, Fundamento Jurídico Segundo,

“... la amnistía borra «ope legis» de la vida del Derecho el ilícito administrativo o penal en su día perseguido, por lo que -como se dice en sentencia del T. S. de 26 septiembre 1978 y 2 febrero 1979, entre otras- cesan jurídicamente todos los efectos y consecuencias desfavorables que «aun pendiente» puedan desprenderse o ampararse en el acto administrativo que la amnistía anula «ex tunc»...”

8. La defensa de las víctimas realizó una brillante exposición en su escrito de oposición a la petición de suspensión de la pena y la inscripción de antecedentes penales. Señalaban que:

“Debe tenerse especial cuidado en no confundir el indulto con la amnistía, la cual se concede por Ley y comporta la extinción de todas las consecuencias del delito, entendiendo como no producido el delito amnistiado y eliminando los antecedentes penales. Sobre las diferencias entre el indulto y la amnistía se han pronunciado varios autores e sus obras, entre ellos:

A diferencia del indulto, la amnistía es sin duda, en todo caso una causa de eliminación de los antecedentes penales (...) el indulto extingue estrictamente la pena, se concede por Decreto del Ejecutivo y no perjudica a los antecedentes penales, en tanto a la amnistía extingue todas las consecuencias del delito y produce el olvido del mismo, se concede por Ley del Legislativo y hace eliminar los

antecedentes penales". (BUENO ARÚS, F.; La cancelación de antecedentes penales; Ed. Thomson Civitas, 2006. Pág. 82).

"Mediante el indulto se extingue la pena en su totalidad o en parte, sin que desaparezcan sus efectos, de manera que no se eliminan los antecedentes penales. Esta característica es la principal nota distintiva de la otra manifestación del derecho de gracia que tradicionalmente estaba regulada entre las causas extintivas de la responsabilidad criminal: la amnistía, caracterizada por suponer un total olvido del delito, que extinguía la pena y todos sus efectos". (VAELLA ESQUERDA, E.; Las consecuencias jurídicas el delito; Publicaciones Universidad de Alicante, 2004. Pág. 168).

"A diferencia del indulto no supone la extinción de todos los efectos de la pena; en particular; no provoca efectos de cancelación de los antecedentes ni aun cuando sea total". (GARCIA MARTIN, L. (Coord.); Lecciones de consecuencias jurídicas del delito; Ed. Tirant lo Blanch, 1998. Pág. 278).

SEGUNDO.- SOBRE LA INHABILIDAD DEL PENALMENTE CONDENADO, ALFREDO SÁENZ ABAD, PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA.

A) SOBRE LA INHABILIDAD:

1. Debemos decir que concurren (y han concurrido desde la Sentencia penal del Tribunal Supremo) dos requisitos para la inhabilidad absoluta para el ejercicio de la actividad bancaria por parte de Alfredo SAENZ ABAD:

a) De un lado, la manifiesta, palmaria y evidente **FALTA DE HONORABILIDAD** en la persona del Sr.. Sáenz Abad derivada precisamente de la sentencia condenatoria por delito doloso.

b) De otro, la tenencia de **ANTECEDENTES PENALES**.

2. Sin embargo, tal persona ha venido ejerciendo antes del Indulto y sigue ejerciendo actualmente con normalidad todos sus cargos en los distintos ámbitos de gobierno de la entidad o entidades bancarias y, en concreto, sigue ejerciendo – como ya hemos indicado – el cargo de VICEPRESIDENTE EJECUTIVO Y CONSEJERO DELEGADO DEL BANCO SANTANDER, S.A (pese a que la condena es de fecha 24 de febrero de 2011 y el indulto se publica el 10 de diciembre del mismo año).

3. El art. 2 del RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre la Creación de Bancos actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito dispone los REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA.

En concreto, en el apartado f) de tal art. 2.1, se fija que las entidades bancarias deberán contar con un consejo de administración, textualmente,

*“(...) formado por no menos de cinco miembros. **Todos los miembros del consejo de administración de la entidad, así como los del consejo de administración de su entidad dominante cuando exista, SERÁN PERSONAS DE RECONOCIDA HONORABILIDAD COMERCIAL Y PROFESIONAL** y deberán poseer, al menos la mayoría en cada consejo, conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Tales honorabilidad y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad y de su dominante, cuando exista, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros.”*

B) DE LA HONORABILIDAD. PLUS DE MORALIDAD.

1. No pretendemos situarnos en la simpleza intelectual, pero desde luego, resulta palmario que un delincuente, un condenado penalmente por su actuar en la actividad bancaria, no puede considerarse honorable.

¿Dónde está el respeto a la Ley, al Derecho, del que pueda vanagloriarse el condenado Sr. SÁENZ ABAD?

2. El requisito de buen nombre, honor y probidad no es un concepto moderno en nuestro ordenamiento jurídico. Sin que estas líneas pretendan profundizar más allá de lo imprescindible, hemos de señalar que es prueba histórica de ello la Ley dada por Juan II de Castilla en el año 1435 al establecer que “los que tuvieren cambio público, y usaren del oficio de cambiar públicamente, que estos tales sean personas llanas, y abonadas y cuantiosas, y de buena fama, puestos y nombrados y escogidos por Nos en nuestra Corte”. En parecidos términos proclama tal requisito la Ordenanza de 29 de abril de 1501 de la ciudad de Barcelona, exigiendo probidad, bondad y suficiencia.¹

3. Será la integración de España en las Comunidades Europeas la que origine un profundo cambio en el régimen jurídico de las entidades de crédito españolas, a través del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio de 1986, transponiendo las Directivas 73/183/CEE y 77/780/CEE. Este primer esfuerzo de integración normativa no incluirá en nuestra legislación la exigencia del requisito de honorabilidad (...). Habrá que esperar a la promulgación de la reglamentación de desarrollo, pues el legislador optó por ser congruente con la opción preconstitucional de encomendar a una norma de rango reglamentario la determinación de las condiciones de acceso a la actividad crediticia, lo que no dejará de ser criticado en la doctrina².

Serán el Real Decreto 184/1987 y el Real Decreto 685/1982 los que introduzcan la exigencia de “contar con la presencia de, al menos, dos personas que determinen, de modo efectivo, la orientación del Banco”, que deben “poseer la honorabilidad necesaria y la experiencia adecuada para ejercer sus funciones”

¹ Ver, Irurzun Montoro, Fernando. **Honorabilidad como Requisito para el Ejercicio de Profesiones Financieras y otras Actividades**. Pamplona: Aranzadi, 2007. 305 p. ISBN 978-84-8355-014-4

² Op. cit.

4. El concepto de jurídico de honorabilidad (en sentido negativo) viene fijado, repetimos, en el art. 2.2 del RD 1245/1995 al que anteriormente hemos hecho ya referencia, que textualmente reseña:

“...CONCURRE HONORABILIDAD COMERCIAL Y PROFESIONAL EN QUIENES HAYAN VENIDO OBSERVANDO UNA TRAYECTORIA PERSONAL DE RESPETO A LAS LEYES MERCANTILES U OTRAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LA VIDA DE LOS NEGOCIOS, ASÍ COMO A LAS BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES, FINANCIERAS Y BANCARIAS. En todo caso, SE ENTENDERÁ QUE CARECEN DE TAL HONORABILIDAD QUIENES, EN ESPAÑA O EN EL EXTRANJERO, TENGAN ANTECEDENTES PENALES POR DELITOS DOLOSOS, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades...”

5. La nueva redacción del precepto reglamentario (siguiendo el autor y la obra citada), al margen de acomodar su contenido al nuevo derecho concursal, ha introducido dos cambios fundamentales por referencia a su precedente.

En primer lugar, se ha dejado de limitar el alcance de los delitos relevantes a efectos de honorabilidad, pasando a considerar todos los antecedentes penales por delitos dolosos, tengan o no relación con la profesión o con los bienes e intereses comprometidos en su ejercicio. Opción reglamentaria criticada por el Consejo de Estado en su dictamen al anteproyecto de Real Decreto del año 2005 (ref. 1479/2005), porque “puede resultar excesivamente inconcreta, por lo que sería más adecuado una fijación de tipos penales específicos con referencia al vigente Código Penal”.

6. Con todo, no olvidemos que el sr. SAENZ fue condenado por delito doloso en el ejercicio de su actividad bancaria, no en hecho delictivo ajeno a su profesión.
7. Tales requisitos han de cumplirse en todo momento (no sólo con ocasión de la fundación de la entidad bancaria) pues así viene expresamente determinado en el art. 2.4. de tal norma legal, a saber:

“ LOS BANCOS DEBERÁN CUMPLIR EN TODO MOMENTO LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL APARTADO 1 ANTERIOR (entre otros contar con un Consejo de Administración de personas honorables – el paréntesis es propio -) y contar con unos recursos propios no inferiores a la cifra de capital señalada...”.

8. El concepto jurídico indeterminado de “honorabilidad” (entendido como un “plus de moralidad”, STS de 29 de junio de 2000) es concretado por el Real Decreto mediante una doble caracterización, como repetidamente hemos señalado.

En primer lugar, una nota positiva: concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias.

En segundo lugar, una nota negativa: en todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes tengan antecedentes penales.

9. El propio Letrado del Sr. Sáenz Abad, en su escrito de solicitud de concesión de indulto, ya afirma claramente tal extremo (como no podía ser de otra manera, dicho sea de paso).

Así, indica textualmente (vid. página 20 de su escrito obrante en el BLOQUE DOCUMENTAL 3) que:

“... EL REQUISITO DE HONORABILIDAD SE CONFIGURA CON UN CARÁCTER MERAMENTE FORMAL Y OBJETIVO, LO QUE IMPLICA QUE LA IMPOSICIÓN DE UNA CONDENA PENAL, AUN CON UNA PENA LEVE COMO AQUÍ OCURRE, DESENCADENA INEVITABLEMENTE SU PÉRDIDA”.

(...)

“ Por ello lo que solicitamos en este escrito es que el indulto, sea éste total o parcial se conceda con todas sus consecuencias, lo que supone que D. Alfredo Sáenz pueda continuar desempeñando el cargo de Consejero y Consejero Delegado y, en general, cargos de dirección en entidades bancarias, crediticias o financieras. De lo contrario, el indulto que solicitamos no tendría, en caso de concederse, ninguna consecuencia real efectiva (vid. página 21 de tal escrito de solicitud o petición de indulto)”.

10. Es decir, el propio Letrado del Sr. Sáenz es perfectamente consciente (se trata de un prestigioso jurista) de la trascendencia que para su defendido tiene la sentencia condenatoria, al margen de que la pena impuesta sea más o menos grave, pues el Real Decreto 1245/1995, de 4 de julio, al que antes nos hemos referido, establece claramente en su artículo 2.2 que en todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad (en cuanto requisito imprescindible para ejercer la actividad bancaria) quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos.

11. El indulto no puede suponer – en modo alguno pues ello equivaldría a pasar por alto la jerarquía normativa – una suerte de creación de honorabilidad (ni “la expedición” de título de honorabilidad habilitante).

La pérdida de la honorabilidad es una consecuencia derivada de la condena en el proceso penal.

12. La honorabilidad o se tiene o no se tiene. Y no la tienen, según establece la ley, las personas condenadas por delito doloso del que derivará los correspondientes antecedentes penales.

C) DE LA TENENCIA DE ANTECEDENTES PENALES:

1. El proceso penal ha existido (como existió el delito cometido y el autor, entre ellos el Sr. SÁENZ ABAD), la condena ha existido y existen efectos ex

lege que no pueden determinarse por Real Decreto como inexistentes. Toda condena conlleva la génesis de antecedentes penales.

Consta en el expediente administrativo la anotación o registro de los antecedentes penales del condenado Sr. SÁENZ, porque la Administración de Justicia actuó con plena sujeción a la legalidad frente a la inaudita petición del condenado de suspensión de la inscripción de sus antecedentes penales (motivados por su conducta delictiva) en el correspondiente Registro Central.

2. Y tales antecedentes penales deben estar vigentes hasta su cancelación, sin que pueda un Real Decreto pretender la nulidad o el “cubrimiento de un tupido velo” sobre ello.

Como sabemos, para la cancelación de los antecedentes penales deben haberse cumplido los plazos señalados en el art. 136 del Código Penal, a saber (art. 136.2.2 Código Penal):

“Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y CINCO PARA LAS PENAS GRAVES.”

3. Repetiremos hasta la saciedad el Indulto otorgado cancela la pena (no todas al haber sido un indulto parcial) pero desde luego NI CANCELA LOS ANTECEDENTES PENALES NI RESTITUYE LA HONORABILIDAD.
4. Ya señalaba la defensa de las víctimas con ocasión del incidente de suspensión de la pena (en su escrito de oposición a la “ingeniería jurídica” de los penados y sus “alambicados argumentos”³) de forma rigurosa y brillante que:

Primero.-La doctrina entiende que las consecuencias jurídicas del delito pueden dividirse en cuatro tipos: (i) las penas; (ii) las medidas

³ Expresiones plasmadas por el Ministerio Fiscal en el repetido informe sobre la petición de suspensión de la inscripción de los antecedentes penales.

de seguridad; (iii) las consecuencias accesorias; y (iv) la responsabilidad civil derivada del delito.

Dichas cuatro tipologías de consecuencias pueden figurar en el fallo de una sentencia de forma cumulativa o no, debiendo de ser ejecutadas al serlo la sentencia. Así mismo, la doctrina considera que "los denominados antecedentes penales, existentes por la inscripción de las condenas en el Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de justicia, no constituyen propiamente una consecuencia del delito" (Muñoz Conde, F. y García Arán, M.; Derecho Penal Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición, pág.608).

La inscripción de los antecedentes penales es un efecto administrativo derivado de la imposición de una pena mediante sentencia firme. El Registro Central de Penados y Rebeldes forma parte del sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de justicia, y tiene gran importancia como factor de individualización del reo en las diversas actuaciones judiciales y procesales, como son la apreciación de la reincidencia, el decreto de prisión provisional, la determinación de la pena o la ejecución de la misma, entre otros.

La ejecución de la pena no incluye en ningún caso la inscripción de los antecedentes penales, puesto que este trámite no va ligado al cumplimiento de la misma sino que se trata de un efecto administrativo ligado al hecho de devenir una sentencia condenatoria firme. No es necesario que se inicie la ejecución de la pena para que se lleve a cabo la anotación de los antecedentes en el Registro Central de Penados, como así pone de relieve el artículo 13 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero.

(...)

“ Tras la entrada en vigor de LO 15/03 la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas se somete al régimen general. En consecuencia, los antecedentes penales constan con independencia de la suspensión y su

cancelación atiende el computo de los plazos establecido en el art. 136, mientras que antes de la reforma tales condenas solo constan en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecerían.”

5. Señala el art. 252 LECr. que los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de procesados y penados, establecido en el Ministerio de Gracia y Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados, con arreglo a los modelos que se les envíen al efecto.
6. La STS de 6 de junio de 1984 aborda precisamente la separación del servicio de un funcionario público condenado e indultado posteriormente.

Su razonamiento es taxativo:

*“ Que los beneficios derivados del D. de 25 noviembre 1975, sobre indulto, no son aplicables al recurrente, por cuanto que solamente exime del cumplimiento de la pena, **quedando subsistentes los demás efectos de la condena...**”*

7. La STS de 5 de febrero de 2007 examina un supuesto de indulto parcial (que conserva la pena de inhabilitación especial pero que se ve reducida sustancialmente) y fija unas conclusiones jurídicas dignas de reseña:

*“... Además, ha de subrayarse que no es el alejamiento por un período de tiempo prolongado del ejercicio de las funciones públicas la razón primordial que determina la pérdida de la condición de funcionario de quien es condenado a pena de inhabilitación, sino **LA FALTA DE APTITUD QUE SU CONDUCTA REFLEJA PARA ESE EJERCICIO**. De ahí que no puedan extraerse las consecuencias que defiende el recurrente de la concesión del indulto parcial.”*

8. En todo caso, en la documental adjunta obran los ANTECEDENTES PENALES del condenado Sr. SÁENZ ABAD.

D) ORDENAMIENTO JURÍDICO DERIVADO: DE LAS NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

1. El Derecho comunitario ha evidenciado un importante esfuerzo de armonización del régimen jurídico aplicable a la actividad de las entidades de crédito. Es sobre todo a partir de los primeros años setenta cuando comienza a prepararse una sucesión de normas, preferentemente en forma de directivas, cuyo resultado actual ha sido la construcción de un espacio jurídico uniforme en sus aspectos sustantivos respecto de las condiciones básicas exigidas para la autorización y ejercicio de la actividad bancaria en los distintos Estados miembros.
2. Como señala la doctrina⁴, de una forma sintética puede decirse que tal esfuerzo normativo se ha orientado a una doble dirección, como detallamos ahora.
 - a) Una primera, que es la que presenta un mayor grado de madurez, dirigida a regular las condiciones exigibles en todo el espacio comunitario para la constitución de entidades de crédito a las que se reconoce la libertad de establecimiento en cada uno de los Estados miembros. Para ello, ha sido necesaria la armonización de los distintos ordenamientos nacionales en cuestiones tan esenciales como el capital social mínimo, el nivel de recursos propios exigibles en todo momento como garantía de solvencia (coeficiente de solvencia), las condiciones de profesionalidad y honorabilidad de los administradores y directivos de las entidades de crédito, etc.
 - b) La segunda dirección normativa armonizadora del Derecho de los Estados Miembros carece de relevancia para el tema que nos ocupa.
3. Por lo que atañe al derecho comunitario, pues, hay que traer a colación la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de

⁴ Sánchez-Calero Guilarte, Juan. *Armonización bancaria* [en línea]. Madrid : Universidad Complutense, 1997 [Consulta: 10 gener 2013]. Disponible a : <<http://www.ucm.es/eprints>>

junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

Al igual que la Directiva 2006/49/CE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, esta Directiva se refiere a los riesgos contraídos por las entidades de crédito a causa de sus actividades.

4. La Directiva fija normas sobre el acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, así como la supervisión prudencial de estas entidades. Constituye un instrumento importante para la consecución del mercado interior bajo el doble aspecto de la libertad de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios en el sector de las entidades de crédito. Están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los bancos centrales de los Estados miembros y las oficinas de cheques postales, así como otros organismos consustanciales a algunos Estados miembros.
5. Las condiciones esenciales de autorización relativas a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio son las siguientes: a) existencia de fondos propios diferenciados; b) existencia de un capital inicial de al menos 5 millones de euros; **c) existencia de al menos dos personas (con la experiencia y la HONORABILIDAD ADECUADAS para ejercer esta función) que determinen efectivamente la orientación de la actividad de la entidad de crédito;** y d) comunicación a las autoridades competentes de la identidad de los accionistas o socios, directos o indirectos, personas físicas o jurídicas que posean una participación cualificada y el importe de dicha participación. Además, se contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer condiciones adicionales a las anteriores.
6. Toda autorización se notifica a la Autoridad Bancaria Europea (ABE) que se encarga de elaborar un registro de las entidades de crédito autorizadas.
7. Como podemos observar, también en la normativa europea el requisito de la honorabilidad se configura como un elemento esencial y condición *sine qua non* para el ejercicio de la actividad bancaria.

TERCERO.- DE LAS FACULTADES, DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO, DEL BANCO DE ESPAÑA.

A) DE LAS FACULTADES DEL BANCO DE ESPAÑA.

1. El cumplimiento o no de los requisitos para el ejercicio de la actividad bancaria es un acto valorativo (que no arbitrario) pero reglado en lo que nos ocupa. El BANCO DE ESPAÑA tiene un papel preponderante, por venir así establecido legalmente.
2. La Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994) otorga a éste el desempeño de una serie de funciones, entre las cuales se encuentra la de supervisar, de un lado, la solvencia y, de otro, el cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito, otras entidades financieras y mercados financieros cuya supervisión se le atribuye.

Como señala la doctrina, este modelo de supervisión se compone de cuatro elementos principales que vienen a configurar esta misión de supervisión:

- a) Una regulación efectiva y prudente, **que incluye tanto normas de acceso a la actividad como de ejercicio de la actividad;**
- b) Un sistema de supervisión continuada de las entidades, integrado por la recepción de información periódica, el análisis a distancia y las inspecciones *in situ*;
- c) Un conjunto de medidas de carácter corrector (formulación de requerimientos y recomendaciones, aprobación de los planes de saneamiento, intervención y sustitución de administradores); y
- d) **Un régimen disciplinario y sancionador que puede afectar tanto a las entidades como a sus administradores.**

3. Con independencia de preceptos específicos (para el caso que nos ocupa), que abordaremos seguidamente, como señala la doctrina⁵ la LEY DE AUTONOMIA DEL BANCO DE ESPAÑA enumera dos ámbitos de funciones diferenciadas:

a) las relativas a la promoción y al buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero, y,

b) las correspondientes a la supervisión de las entidades de crédito.

4. A cargo del BANCO DE ESPAÑA está el Registro oficial de Altos Cargos de la Banca que fue creado por Decreto 702/1969 de 26 de abril y por Orden de 22 de mayo de 1969 (BOE del día siguiente) de Ministerio de Hacienda se reguló el mismo.

5. Para el concreto caso que nos ocupa, la normativa establece un claro precepto sobre EL DEBER DE ACTUAR DE BANCO DE ESPAÑA.

Así, el repetidamente citado Real Decreto 1245/1995 establece, textualmente, en su art. 4.b. que:

b) POR FALTA DE HONORABILIDAD COMERCIAL O PROFESIONAL DE CONSEJEROS O DIRECTORES, SOLO PROCEDERÁ LA REVOCACIÓN SI LOS AFECTADOS NO CESAN EN SUS CARGOS EN UN MES, CONTADO DESDE LA RECEPCIÓN DEL REQUERIMIENTO QUE A TAL EFECTO LE DIRIJA EL BANCO DE ESPAÑA. No se considerará que hay falta de honorabilidad sobrevenida por la mera circunstancia de que, estando en el ejercicio de su cargo, un consejero o director sea inculcado o procesado por alguno de los delitos mencionados en el apartado 2 anterior.

⁵ Por todos, REGIMEN JURIDICO DEL BANCO DE ESPAÑA, autor Luis Alberto Pomed Sánchez, [Madrid] : Tecnos, [cop. 1996]

6. Legalmente existe un DEBER DE ACTUAR del BANCO de ESPAÑA: la emisión de requerimiento si el directivo bancario no es honorable o pierde la honorabilidad.

Han de ser las autoridades bancarias, en nuestro caso el Banco de España (porque así viene legalmente determinado), quienes deberían haber incoado (desde la Sentencia Penal del TRIBUNAL SUPREMO de 24 de febrero de 2011) el correspondiente expediente sobre tal extremo de la *honorabilidad* del condenado, en atención o en aplicación de la norma citada (RD 1245/1995, de 14 de julio) para el cese de su ejercicio en la actividad bancaria.

7. **La norma establece una clara y obligada relación causa-efecto: quien tiene antecedentes penales** (y en este caso motivados por el ejercicio de la actividad bancaria, no por otros posibles hechos) **no puede ejercer la actividad bancaria.**
8. Empero, tenemos un directivo bancario que está condenado (no procesado o inculgado sino condenado).
9. Tenemos un directivo bancario que ejerce como tal y el que fuera GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA no actuó, no hizo cumplir la ley, viniendo obligado a ello.

B) DE LOS RAZONAMIENTOS DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO (AUTO DE 9 DE OCTUBRE DE 2012).

1. Francamente, entendemos que el tema no admite discusión razonable. Cosa distinta es la búsqueda o construcción, mejor dicho, de “piruetas con supuesto sustento intelectual” para justificar la arbitraria situación anómala de permitir el ejercicio de la actividad bancaria a un sujeto condenado penalmente, derogando, de facto, el ordenamiento jurídico europeo que desde la década de los noventa armoniza los criterios de ejercicio de la actividad bancaria.

2. Con todo, resulta de interés y debe remarcarse el Auto de nuestro Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, Nº de Recurso 20285/2012, Ponente Excmo. Sr.. D.: Perfecto Andrés Ibáñez.

En éste, en concreto en su FJ 3 se expone:

“ Pero, como admite la querellante y subraya el Fiscal en su informe, sucede que la sentencia de que se trata imponía a los tres condenados ahora indultados, junto a la pena privativa de libertad, "la accesoria de suspensión de profesiones u oficios, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras [...] durante el tiempo de la condena". Por eso, cuando en el caso de los condenados Sáenz Abad y Calama Teixeira, los reales decretos que los indultan disponen dejar "sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria", es cierto que, dado el énfasis, el lector podría abrigar la sospecha de que, con el indulto, se hubiese querido llegar tan lejos como sugiere la querellante. Pero sería una impresión infundada, pues **LA MEDIDA DE GRACIA AFECTA SOLO A LAS PENAS Y NO BORRA LA EXISTENCIA MISMA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA NI EL EFECTO DE ESTA CONSISTENTE EN LA GENERACIÓN, EX LEGE, DE UN ANTECEDENTE PENAL, EN TODO CASO, PUES, SUBSISTENTE Y RESISTENTE AL INDULTO.**

POR TANTO, LOS REALES DECRETOS 1761/2011 Y 1753/2011 (los correspondientes a los indultos del Sr. SÁENZ y otro – nota el paréntesis es propio), **NO PUDIERON HACER DESAPARECER EN NINGÚN CASO EL SUPUESTO DE HECHO PREVISTO EN EL ART. 2, 2º DEL REAL DECRETO 1245/1995, DE 14 DE JULIO Y SU CONSECUENCIA; NI, POR ELLO, INTERFERIR EN EL COMETIDO Y LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD DE LA AUTORIDAD BANCARIA, QUE, POR TANTO, PERMANECIERON INCÓLUMES”** (nota: las mayúsculas y negrita es propia).

- 3 Por tanto, entendemos que ya no es un modesto parecer de mis representados quienes sustentan que el BANCO DE ESPAÑA tenía y tiene la obligación de actuar y hacer cumplir la norma (derivada de una Directiva Comunitaria), sino que ya es el propio Tribunal Supremo quien afirma que la normativa bancaria no ha sido derogada (obvio) y, por tanto, resulta de ello evidente que el BANCO DE ESPAÑA debió actuar.
- 4 Reiteramos: al actuar lo es para requerir el cese al condenado penalmente por delito doloso en el ejercicio de su actividad bancaria (por delinquir).
- 5 Y sobre tal cuestión, consideramos que es de obligado recordatorio los razonamientos de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 13 de junio de 2001 (BOE 166 de 12 de julio de 2001).

En ésta se resuelve el CONFLICTO Negativo de Jurisdicción 4/2001, suscitado entre la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la causa especial número 2.940/1997 y el Ministerio de Justicia, relativo al requerimiento formulado por el Ministerio de Justicia, para declaración de nulidad del Auto de 18 de enero de 2001 y aplicación íntegra del Real Decreto de Indulto 2932/2000, por el que se indulta a don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella.

Asunto éste que considerábamos extrapolable porque delimita racionalmente las facultades del indulto y del órgano u órganos regulador de la profesión o actividad.

Falló tal Sentencia que:

“... la competencia sobre el alcance del indulto otorgado a don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, en relación con la pena ejecutada, corresponde al Gobierno, debiendo deferirse las cuestiones relativas a su reintegro a la Carrera Judicial al Consejo General del Poder Judicial, que procederá en consecuencia en el ejercicio de sus competencias”.

**CUARTO.- EL ACTUAR DOLOSO y PENALMENTE REPROCHABLE DEL
ENTONCES GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA.**

**A) ESTADIOS DEL PROCEDER DOLOSO DEL GOBERNADOR DEL BANCO DE
ESPAÑA:**

1. En opinión de esta parte, el hoy ex - GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA ha prevaricado voluntaria y conscientemente.
2. En tres estadios podemos situar el proceder doloso del GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA:

a) De febrero 2010 a septiembre de 2010 (inactividad voluntaria y dolosa):

Quando siendo conocer que el Sr. Sáenz ha sido condenado por delito doloso (en el ejercicio de su actividad bancaria), y que, por tanto, carece de honorabilidad, no inicia trámite alguno para su remoción o cese como directivo.

b) De septiembre a diciembre de 2010 (inactividad cualificada y dolosa):

Quando siendo conocedor de la inscripción de los antecedentes penales del Sr. Sáenz no actúa con inmediatez y celeridad obligada, de forma que (dejando pasar un tiempo estimable), crea una artificial pendencia del trámite para nada hacer.

c) Desde diciembre de 2010 (inactividad y resolución injusta):

Siendo conocedor del indulto, no aplica la normativa general (que deriva de una directiva europea) que impide a toda persona condenada por delito doloso y con antecedentes penales el ejercicio de la actividad bancaria.

Instado por mis representados para actuar, dicta resolución injusta en asunto administrativo, de forma que permite la situación *contra legem* en virtud de la cual actualmente Alfredo Sáenz Abad ejerce la actividad bancaria a pesar de tener antecedentes penales por condena de delito doloso (delito cometido, repetimos, en el ejercicio de la actividad bancaria).

3. Seguidamente analizamos cada fase o estadio del actuar y comportamiento delictivo del Gobernador del Banco de España.

B) PROCEDER EN EL PERIODO DE FEBRERO 2010 A SEPTIEMBRE DE 2010 (INACTIVIDAD VOLUNTARIA Y DOLOSA, TENIENDO LA OBLIGACION DE ACTUAR):

1. En estas fechas, el Gobernador del Banco de España conoce la Sentencia Penal (la condena penal del CONSEJERO DELEGADO DEL BANCO SANTANDER y posterior VICEPRESIDENTE DEL BANCO SANTANDER fue noticia de portada de todos los diarios, noticia de audiovisual en “prime time” y, además, nos consta que el Banco de España (en ejercicio de sus funciones realizaba un seguimiento del asunto).
2. Sabe que debe actuar, que esa es su obligación y que por eso es el principal representante de la AUTORIDAD BANCARIA.
3. Sabe que **la Honorabilidad se pierde con ocasión de la condena penal**, pues como hemos remarcado anteriormente, queda manifiestamente claro que quiebra uno de los requisitos de la Ley:

Repetimos, el art. 2.2 del RD 1245/1995 que deriva de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo:

“ concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una TRAYECTORIA PERSONAL DE RESPETO A LAS LEYES MERCANTILES U OTRAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LA VIDA DE LOS

**NEGOCIOS, ASÍ COMO A LAS BUENAS PRÁCTICAS
COMERCIALES, FINANCIERAS Y BANCARIAS...”**

Se evidencia que el condenado no ha observado una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras, ni a las buenas prácticas comerciales.

4. Sabe que ni un posterior incidente de suspensión de la pena puede eliminar el resultado obligado de la inscripción de los antecedentes penales.
5. La inscripción de los antecedentes penales va venir obligada por el cumplimiento de la Ley Penal (tanto de los preceptos de nuestro Código Penal vigente como de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Así, por ejemplo nos señala el art. 252 LECrim que los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de procesados y penados, establecido en el Ministerio de Gracia y Justicia, notas autorizadas de las sentencias firmes en las que se imponga alguna pena por delito y de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados, con arreglo a los modelos que se les envíen al efecto.

6. Sabe que tras la entrada en vigor de LO 15/03 la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas se somete al régimen general. En consecuencia, los antecedentes penales constarán con independencia de la suspensión y su cancelación atiende el cómputo de los plazos establecido en el art. 136, mientras que antes de la reforma tales condenas solo constan en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecerían.
7. Pero en todo caso, lo que nos interesa destacar de este estadio del actuar delictivo del, entonces, Sr. GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA es que sabe, conoce y le consta que el condenado, Sr. SÁENZ ABAD, no tiene honorabilidad.
8. Sabe, en definitiva, que tiene la obligación de actuar y no actúa.

C) PROCEDER DESDE SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2010 (INACTIVIDAD CUALIFICADA Y DOLOSA): LA INSCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES.

1. El Sr. GOBERNADOR “parece estar a la espera” del incidente de petición de suspensión de la ejecución de la pena que insta la defensa del Sr. SÁENZ ABAD. En tal incidente de suspensión de la ejecución, la ilustre defensa del Sr. SÁENZ ABAD plantea la suspensión de la ejecución de la inscripción de los antecedentes penales.
2. A este respecto, tanto la Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, como la propia Secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, son manifiestamente taxativos en sus informes negativos. Lo peticionado (la suspensión de la inscripción de los antecedentes penales) no existe, y nunca ha existido, en nuestro ordenamiento jurídico.
3. El Ministerio Fiscal nos decía (lo cual conviene reiterar):

“...Y conviene recordar que han sido condenados (el Sr. SÁENZ y otros – el paréntesis es propio -) por provocar con su acusación falsa el ingreso en prisión de 3 ciudadanos inocentes.

4. Finalmente, como hemos señalado, la Audiencia Provincial de Barcelona, por Auto de 2 de septiembre de 2011, SUSPENDE la ejecución de la pena y MANDA ANOTAR LOS ANTECEDENTES PENALES.

Reseñamos por su interés uno de los razonamientos jurídicos de la citada resolución judicial:

“... consideramos que no nos corresponde examinar si, en este caso concreto, el requisito de la honorabilidad al que alude la parte, tras la condena dictada por el TS, desaparece de forma automática, puede subsistir, o incluso puede dejarse pendiente de valoración mientras no se resuelve una medida de gracia solicitada y el cumplimiento penal de la condena se ha dejado en suspenso; pero las consideraciones sobre todo ello corresponderá, en su caso, a las autoridades

bancarias correspondientes. *Aquí estamos en la jurisdicción penal y no se nos pueden trasladar dichas cuestiones ya que las mismas quedan extramuros del derecho penal. “*

5. Pues bien ¿cómo actúa el Banco de España? NO ABRE EXPEDIENTE. No ordena tampoco (teniendo la obligación) el cese del Sr. SÁENZ, persona en la que se aúnan dos causas de exclusión de la actividad bancaria:

a) La falta de la honorabilidad.

b) La tenencia de antecedentes penales.

6. Se cumple el elemento establecido *a fortiori* en el Real Decreto 1245/95 cuando indica que:

*“...En todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes, en España o en el extranjero, **tengan antecedentes penales por delitos dolosos**,....*

7. EL BANCO DE SANTANDER remite en fecha 13 de septiembre de 2011 escrito dirigido al DEPARTAMENTO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, DIVISION DE REGULACIÓN, REGISTROS OFICIALES del BANCO DE ESPAÑA en la que precisamente le traslada la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, con el énfasis en la suspensión de la ejecución de la pena, recabando el NO ACTUAR del BANCO DE ESPAÑA a la espera de la concesión o no de un Indulto solicitado.

8. EL GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA tiene la obligación de actuar y no actúa. TIENE UNA NORMA REGLADA QUE SUMPLIR.

Tiene la obligación legal de dirigir orden de cese (a las entidades bancarias en las que ostente cargo directivo según constancia existente en el Banco de España) de todo cargo que ejerza el condenado ALFREDO SÁENZ ABAD, con el apercibimiento a tales entidades bancarias de que (a tenor de lo legalmente establecido) de no ser

removido o cesado en el plazo de un mes quedará revocada la autorización para el ejercicio por la entidad o sociedad de la actividad bancaria.

9. ¿Acaso el GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA sabía que sería indultado el condenado Sr. SÁENZ ABAD y los concretos términos de tal indulto aún por dictar?

D) PROCEDER DESDE DICIEMBRE DE 2010 (INACTIVIDAD Y RESOLUCIÓN INJUSTA):

1. Siendo concededor del indulto ya dictado, no aplica la normativa general (que deriva de una directiva europea) que impide el ejercicio de la actividad bancaria a toda persona sin honorabilidad y con antecedentes penales.
2. Instado por mis representados para actuar, dicta resolución injusta en asunto administrativo (se anexa) de forma que permite la situación *contra legem* por la cual hoy Alfredo Sáenz Abad ejerce la actividad bancaria con antecedentes penales por condena de delito doloso (precisamente, derivado de su ejercicio de la actividad bancaria).
3. El GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA sabe que el indulto no cancela los antecedentes penales (“A LA VISTA ESTÁ”, PUES HEMOS PODIDO COMPROBAR LA INSCRIPCIÓN DE ESTOS). Sabe que:

“Mediante el indulto se extingue la pena en su totalidad o en parte, sin que desaparezcan sus efectos, de manera que no se eliminan los antecedentes penales. Esta característica es la principal nota distintiva de la otra manifestación del derecho de gracia que tradicionalmente estaba, regulada entre las causas extintivas de la responsabilidad criminal: la amnistía, caracterizada por suponer un total olvido del delito, que extinguía la pena y todos sus efectos”. (VAELLA ESQUERDA, E.; Las consecuencias jurídicas del delito; Publicaciones Universidad de Alicante, 2004. Pág. 168).

4. Sabe que el Real Decreto de Indulto no puede modificar la normativa de regulación de la actividad bancaria, que nace por trasposición del ordenamiento comunitario.
5. Sabe que un acto inmotivado (el Indulto) no puede hacer quebrar una norma motivada (el Real Decreto repetidamente citado), estableciendo condiciones de ejercicio de la actividad bancaria *intuitu personae* (especiales y particulares) para el Sr. SÁENZ, distintas del común de los ciudadanos.
6. Sabe que debe actuar y no actúa.

V. DELITO O DELITOS IMPUTADOS

Los hechos relatados son presumiblemente constitutivos de un delito de PREVARICACIÓN (sin perjuicio de ulterior calificación), previsto y penado en el art.404 del CP.

A) DEL DELITO DE PREVARICACIÓN:

1. Como conoce mejor el Juzgador que esta modesta parte, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) el servicio prioritario a los intereses generales; 2º) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3º) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (artículo 103 de la Constitución).
2. Es indudable que el entonces GOBERNADOR DEL BANCO DE ESPAÑA es autoridad a efectos penales.
3. Es por ello que la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas.

4. Respecto a la comisión por omisión del presente delito, como abordaremos posteriormente, ante la existencia de dos orientaciones jurisprudenciales contrarias a esta posibilidad conductual, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 30 de junio de 1997 se decantó por la admisibilidad de la comisión por omisión para aquellos casos en que es imperativo realizar una actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación.
5. Tal comisión por omisión no exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones (STS Sala Segunda, Sentencia nº 1382/02, de 17 de julio).
6. Por su rigor y claridad, creemos de interés la cita parcial pero textual, de la Sentencia citada:

“En relación a la posibilidad de **PREVARICACIÓN POR OMISIÓN**, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 Jun. 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal «... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...» de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por omisión de este delito -SSTS 1880/94 de 29 Oct.,

784/97 de 2 Jul., 426/2000 de 18 Mar. y 647/2002 de 16 Abr., entre otras.”

Y, sigue afirmando:

“Como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto arbitraria, no se exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle porque como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota -en tal sentido TS S 22 May. 2001.”

Entendemos que la cita textual de esta Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nos exime de más comentarios al respecto.

B) DEL DELITO DE PREVARICACIÓN EN COMISIÓN POR OMISIÓN:

1. Como hemos indicado, el deseo de que dicho Alto Tribunal cumpliera su función esencial de unificar el orden jurídico determinó que esta cuestión – la de si era posible apreciar esta figura delictiva en su vertiente omisiva – se sometiese al Pleno de la Sala, que en una reunión celebrada el 30 de junio de 1997 se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión, especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo

ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa (cfr. STS de 2 de julio de 1997)

2. Y es también doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (cfr. SSTS de 15 de febrero y 17 de marzo de 1995) que la injusticia y arbitrariedad de la conducta administrativa puede venir determinada por diversas causas, y entre ellas se citan: la ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales.
3. Por consiguiente, ninguna duda existe de que existe también delito de prevaricación en comisión por omisión (cfr. también la STS 674/1998, de 9 de junio, ponente Sr. Conde-Pumpido, y en la que puede leerse “...*ha de recordarse que la sentencia de esta Sala de 2 de Julio de 1997, recogiendo lo ya expresado por las sentencias de 28 de Octubre de 1993, 29 de Octubre de 1994 y 27 de Diciembre de 1995, así como por el acuerdo de unificación de criterios adoptado por el Pleno en su reunión del 30 de Junio de 1997, estima que cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación*”).
4. En el caso que nos ocupa:
 - a) Hay un claro periodo de inacción voluntaria y consciente, dolosa en suma.
 - b) Hay un posterior proceder con dictado de resolución injusta rechazando la inhabilitación del Sr. SAENZ (sin trámite de expediente alguno), cuando mis representados dirigieron en fecha presentaron en fecha 16 de febrero de 2012 un escrito ante el Banco de España en el que instaban su intervención – a través del correspondiente expediente – a fin de que fuera cesado en su cargo el indultado Sr.. Sáenz Abad, con motivo de su sentencia penal firme, por delito doloso, en virtud de la

Sentencia del Tribunal Supremo a la que se ha hecho referencia.

Como hemos también expuesto, a tal solicitud recayó comunicación del organismo supervisor en el sentido de que no procedía actuación alguna por su parte a tenor de lo que establece el Real Decreto de indulto, cuando éste deja sin efecto cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria que pudiera afectar al Sr. Sáenz.

- c) **Hay, en definitiva, un resultado injusto creado por la inactividad (a sabiendas y con la obligación legal de actuar) y, por último, con la resolución injusta dictada.**

VI. DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN

Por mera copia se acompañan los documentos a los que se ha hecho referencia con anterioridad:

1. Escrito de mis representados instando al Banco de España su intervención – mediante la apertura del correspondiente expediente – a fin de proceder al cese del indultado Sr. Sáenz Abad con motivo de su condena penal firme por delito doloso (DOCUMENTO 1).
2. Escrito del Banco de España contestando a tal solicitud en el sentido de denegar la realización de actividad alguna en tal sentido (DOCUMENTO 2) a tenor del Indulto y su literalidad.
3. Copia del Expediente Administrativo de Indulto del condenado, Sr. SÁENZ ABAD (BLOQUE DOCUMENTAL 3).
4. A meros efectos de facilitar la tarea de juzgador se anexa copia del Auto del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012.

VII. DILIGENCIAS QUE SE INTERESAN

Para la comprobación de los hechos descritos en la presente Querrela esta parte interesará la práctica de cuantas diligencias puedan interesar y sean admitidas por el órgano Instructor, recabando, por ahora únicamente la siguiente:

1. Se tome declaración al querellado, en calidad de imputado, Sr. MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ ORDOÑEZ.

Como quiera que no le es conocido a esta parte el domicilio del querellado, se recaba la consulta telemática del Padrón Municipal de Madrid o en su caso recabar al efecto el auxilio policial.

2. Se recabe, como DOCUMENTAL, copia completa (con todos los informes y notas internas) del expediente que deriva de la solicitud de las personas que represento, identificado con los dígitos GDJ/12/00533.
3. Se recabe, como DOCUMENTAL, copia completa del expediente que deriva de la comunicación o solicitud del BANCO DE SANTANDER que deriva o surge de la instancia presentada en fecha 13 de septiembre de 2011 dirigida al DEPARTAMENTO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS, DIVISION DE REGULACIÓN, REGISTROS OFICIALES del BANCO DE ESPAÑA.

En su virtud,

AL JUZGADO SOLICITO que:

1. tendiendo por presentado este escrito de querrela, se sirva admitirlo y tenerme como parte en la causa que se incoe, dictando, al efecto,

2. ordenar se practiquen las diligencias solicitadas y las demás que se ofrezcan como útiles, y,
3. dirigir el procedimiento contra el querellado, responsable de los hechos.

En Madrid, a 22 de enero de 2013.

El Letrado:

Rafael Mendoza Navas.

Colegio de Abogados

de Barcelona: 18.204.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized initial 'R' followed by a horizontal line extending to the right.