

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este Juzgado Central de Instrucción núm. 2 se incoaron las presentes Diligencias, en virtud de querrela, turnada por el Juzgado Central Decano, presentada por D. Javier Fernández Estrada, en representación del Observatori per al Compliment de la Declaració Universal dels Drets Humans (DUDH) en els Drets Economics, Socials i Culturals (DESC).

SEGUNDO.- Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para que informase sobre competencia y en su caso interesase práctica de diligencias este ha emitido informe del tenor literal siguiente:

“El Fiscal, en el traslado conferido por Providencia de 3 de mayo de 2011 para que informe sobre competencia e interese, en su caso, la práctica de diligencias, DICE:

Primero.- El Observatori per el Compliment de la Declaració Universal dels Drets Humans en els Drets Economics, Social i Culturals presenta, ejerciendo la acción popular, una querrela contra los responsables españoles de las sociedades mercantiles, agencias de calificación crediticia, Moody´s España, Fitch Ratings España y Standard and Poor´s España por la posible comisión de delitos tipificados en los artículos 284 y 285 del Código Penal. A esta querrela manifiestan adherirse la organización Izquierda Unida y la Asociación por una Tasación sobre las transacciones financieras para ayuda al ciudadano (ATTAC Madrid), aunque, en realidad, debe ser entendida como adhesión a los “hechos” descritos en la misma y no a la acción penal entablada por otra representación y defensa procesal, toda vez que los perjudicados han designado representación y defensa propias. Las sociedades matrices de las querrelladas son las traes más importantes agencias de calificación crediticia, rating, a nivel mundial y se encuentran registradas ante la Securities and Exchange Comision (SEC), agencia federal estadounidense encargada de la supervisión de los mercados financieros. Con carácter previo a analizar la trascendencia penal de los hechos objeto de la querrela, procede determinar la competencia de la jurisdicción española para conocer de estos hechos, y, en su caso, la del propio Juzgado Central de Instrucción.

Las agencias Moody´s Fitch Ratings y Standard and Poor emiten sus calificaciones en virtud de unos contratos firmados con el Reino de España, por lo que se comprometen a prestar servicios de calificación de la deuda española, a cambio de una retribución. Estas calificaciones se emiten desde EEUU y desde Gran Bretaña de modo que, aun admitiendo la relevancia penal de tales calificaciones, que las mismas las hubieran emitido ciudadanos españoles y que los hechos fueran delito en el lugar de su comisión, no serían perseguibles en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LOPJ, pues los hechos no han sido denunciados por el perjudicado, el Estado Español -ni siquiera consta que el Estado español se haya dirigido a la contraparte contractual para denunciar el defectuoso cumplimiento de los términos del contrato-, ni por el Ministerio Fiscal. Por otra parte, si los presuntos autores de las calificaciones fueran extranjeros, surge el obstáculo de que tampoco se trata de una conducta incorporada al catálogo de los apartados 3 y

4 del citado artículo 23. No obstante, la querrela no se fundamenta en la ilicitud penal del contenido de estas calificaciones de la deuda española sino en las conductas típicas descritas en los artículos 284 y 285 del Código Penal, por lo que habrá de considerarse competente la jurisdicción española siempre que estos delitos se hubieran consumado en España.

El artículo 284.2 del Código Penal, en su redacción dada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (en vigor el 23-12-2010) castiga a quienes “Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad”.

Con anterioridad a la citada reforma, el texto vigente del artículo 284 del Código Penal en el momento de comisión de estas conductas sancionaba “a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos”.

El artículo 285 del Código Penal castiga en su número primero a “Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad”, estableciendo en el número segundo agravaciones para aquellos sujetos que “se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas”, para los casos en que “el beneficio obtenido sea de notoria importancia” o “se cause grave daño a los intereses generales”.

Para determinar la competencia, debe comenzar por establecerse el momento de consumación de estos dos delitos, precisamente uno de los aspectos más controvertidos de su regulación en el que, de manera similar a lo que sucede en el delito del artículo 305 CP, se discute si el beneficio o perjuicio constituyen una condición objetiva de punibilidad o el resultado típico.

Dejando de lado esta cuestión, podemos concluir que la obtención del beneficio o la causación del perjuicio determinan la consumación del delito. Así lo establece la STS 1136/2010, de 21 de diciembre dictada en el llamado “caso Alierta” en relación con el artículo 285 CP, al asegurar que “dejando aparte su conceptualización como condición objetiva de punibilidad, o como elemento integrante valorativo de la infracción penal (...) claro es que tal barrera impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio o bien se cause un perjuicio de tal naturaleza.” Tanto si se trata de la obtención de un beneficio

como de la causación de un perjuicio, éstos se habrían conseguido, según se dice en la querrela, operando en los mercados de deuda españoles, por lo que debemos interpretar que los delitos -sean o no de resultado- se habrían cometido en España, lugar donde radican los mercados en los que, supuestamente, se realizaron las operaciones. Incluso en el caso en que se considerara consumado el delito con la mera difusión de las noticias o rumores (artículo 284 previo a la reforma de 2010) habríamos de considerar competente la jurisdicción española, conforme a la teoría de la ubicuidad que resuelve el problema del lugar de comisión del delito de acuerdo con el criterio adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005:

“El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”, criterio admitido por los demás Estados miembros de la Unión Europea. Y ello sin necesidad de entrar en la también problemática cuestión de la admisión o no de formas imperfectas de ejecución en estos delitos pues, conforme a esta teoría de la ubicuidad, en “los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado o el agotamiento del delito. (STS 111/2010, de 24 de febrero de 2010, Berdugo).

SEGUNDO.- Una vez determinada la competencia de la jurisdicción española, debemos pasar a analizar la de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de los artículos 282.2 y 285 del Código Penal, objeto de la presente querrela. El Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en el auto de 10 de diciembre de 2004 (Delgado) cuando confirmó la competencia del Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid frente al Juzgado Central de Instrucción núm. 4, también en ocasión del “caso Alierta”. La norma procesal clave para resolver la competencia, una vez que el artículo 88 de la LOPJ confiere a los Juzgados Centrales la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la mencionada Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se encuentra en el art. 65.1º c) LOPJ que establece que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento de “las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.” Pues bien, en el año de 1985, fecha de la LOPJ, había un capítulo IV en el título XIII del libro II del CP denominado “De las defraudaciones” que comprendía las secciones siguientes:

- 1ª. Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles
- 2ª. De las estafas y otros engaños
- 3ª. De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial
- 4ª. De la apropiación indebida.
- 5ª. Sin contenido
- 6ª. De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.

Con la designación “De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”, en ese mismo título XIII del libro II, se encontraba el capítulo siguiente, el V, que sancionaba dos tipos de delitos en sendos artículos, el 539 que ha pasado al 262 del vigente Código Penal y el 540 que se ha sustituido por el 284 de este último Código.

“A la vista de lo expuesto -continúa el citado auto del Tribunal Supremo- no parece aventurado decir que en aquel año de 1985 fue voluntad del legislador referir esas expresiones -defraudaciones y para alterar el precio de las cosas- a ese contenido concreto que en ese momento tenían tales dos capítulos en el CP vigente entonces. Pero la interpretación de cualquier norma jurídica ha de tener por objeto, no investigar la voluntad del legislador, sino buscar objetivamente la voluntad de la ley, a fin de hacer posible la adaptación del derecho a los cambios sociales que pudieran producirse y que han de llevar consigo las modificaciones legales necesarias. Así, si existen otras figuras penales que pudieran encajar en alguno de estos dos conceptos - defraudaciones o maquinaciones para alterar el precio de las cosas-, éstas podrían quedar incluidas en tal norma procesal del art. 65.1º c) que estamos examinando. Lo que ocurre, por ejemplo, con las defraudaciones contra la Hacienda Pública -introducidas en 1977- y las realizadas contra la Seguridad Social -que lo fueron en junio de 1995- .” El otro requisito exigido para la aplicación de este art. 65.1º c) LOPJ, conforme a la señalada resolución del Alto Tribunal, “viene determinado por la producción o posibilidad de producción de uno de los tres resultados siguientes:

- a) Grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil
- b) Grave repercusión en la economía nacional.
- c) Perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

Quiere decirse que ha de existir (o ser posible): una multiplicidad importante de sujetos perjudicados (generalidad) distribuida en el territorio de varias provincias. A este respecto, para completar la exposición, hay que citar aquí el acuerdo del pleno de esta sala, de 30.4.99, que quedó así redactado:

“la exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de la posibilidad de instrucción, valorando la trascendencia económica, así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas”.

El auto del TS de 10 de diciembre de 2004 concluye que la norma procesal del artículo 65.1 c) sólo puede aplicarse al delito del artículo 285 CP en la modalidad en que se causa un perjuicio pero no cuando se obtiene el beneficio típico de 600.000 pues en tal caso, “aunque utilicemos aquí el concepto “defraudaciones” en su sentido más amplio, como equivalente a infracción penal que produce un perjuicio patrimonial a otra persona, incluso prescindiendo de la significación literal del término que nos conduce a la idea de engaño (el verbo latino defraudare viene del sustantivo fraus-fraudis que significa engaño)” hemos de entender no existe perjuicio alguno para nadie.

De conformidad con la citada doctrina, el delito del artículo 284 CP es competencia de la Audiencia Nacional, pues constituye una nueva forma del antiguo delito de maquinación para alterar el precio de las cosas. El delito del artículo 285 no puede considerarse en modo alguno una maquinación para alterar el precio de las cosas y tampoco una defraudación en su modalidad de obtención de un beneficio, pero sí en la de causación de un perjuicio.

Sobre la grave repercusión en la economía nacional y el perjuicio a una generalidad de personas, debemos admitirlas inicialmente, sin perjuicio de las lagunas de la querrela en este punto, que luego analizaremos. Por lo tanto, este Juzgado Central debe conocer de la querrela por ser el órgano competente para la instrucción del delito del artículo 284 y también del delito del artículo 285, en su modalidad de causación de un perjuicio, así como de aquellos delitos a ellos conexos, donde encajaría la conducta del artículo 285 en su modalidad de obtención de un beneficio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 LOPJ in fine en relación con el artículo 17 LECr.

TERCERO.- Una vez establecida la competencia del órgano al que nos dirigimos debe pasar a analizarse la tipicidad de los hechos descritos en la querrela. Ésta dedica sus páginas iniciales, bien documentadas, a censurar la actividad de las agencias de rating, responsabilizándolas de la agravación de la crisis y de no haber sabido alertar a los mercados sobre el alcance de ésta. Este papel en la generación o agravación de la crisis, por no haber realizado las investigaciones suficientes para, calificar adecuadamente los fondos de hipotecas subprime y otros préstamos que sustentaron las ofertas de bonos hipotecarios, han sido, al parecer, objeto de denuncias ante el regulador estadounidense. El querellante aporta además, como documentos adjuntos a la querrela, otras demandas presentadas en EE.UU. concretamente, una de 11 diciembre de 2009 contra las agencias Moody's, Fitch y McGraw-Hill por calificaciones inexactas e injustificadamente elevadas de tres vehículos de inversión estructurada (SIV) de los que el demandante, el sistema de jubilación de empleados públicos de California, adquirió participaciones; otra demanda de 20 de noviembre de 2009, por las calificaciones injustificadamente elevadas que las compañías demandadas Standard & Poor's, Moody's y McGraw-Hill hicieron a un amplio abanico de valores financieros estructurados que entre 2005 y 2008 adquirió la demandante, el Fondo de pensiones de los departamentos de la policía y bomberos de Ohio y una última demanda presentada por el Estado de Connecticut el 10 de marzo de 2010 contra McGraw-Hill y S&P por efectuar calificaciones no objetivas de valores financieros estructurados.

Las responsabilidades que puedan derivarse de todas estas demandas resultan ajenas al objeto de la querrela, que se circunscribe a la responsabilidad derivada de la calificación de la deuda española. Sobre este particular, y como premisa a la falta de rigor y credibilidad de las calificaciones efectuadas por estas agencias, la querrela recuerda sus graves errores en la calificación de la empresa de inversión de Bernard o de la compañía global de servicios financieros Lehmen Brothers. Bien es cierto que estas empresas recurrieron a prácticas contables fraudulentas que les permitía, con la presunta

complicidad o negligencia del auditor, mostrar al exterior una realidad económica bien alejada de la realidad.

De cualquier modo, admitiendo que las agencias de calificación se equivocaron gravemente, habrá de reconocerse que no fueron las únicas. Hoy es generalmente admitido que hubo un fracaso generalizado de los políticos, organismos reguladores, economistas, analistas y otros expertos a nivel mundial tanto en la previsión de la propia crisis como, sobre todo, en la apreciación de su extraordinaria magnitud. Según un informe de 2011 elaborado por la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional (FMI), este organismo desoyó durante 2004 y 2007 las señales de alerta y se mostró complaciente con los países ricos. Así, el FMI calificó al luego quebrado sistema financiero de Islandia como “robusto” y “resistente”, recomendaba a otros países que siguieran las prácticas de innovación financiera de EE UU y Reino Unido, que originaron la crisis y no vio el riesgo que el sector inmobiliario suponía para la banca y toda la economía, con errores de diagnóstico tales como que “el sistema financiero de EE UU es resistente y está bien regulado” (2005), “los principales bancos comerciales y de inversión tienen una sólida posición financiera y el riesgo sistémico parece bajo” (2007) o “los mercados han mostrado que pueden autocorregirse y que de hecho lo hacen (2007)”.

Tampoco el G-7 y, dentro de él, el Foro de Estabilidad Financiera, acertó a ver las repercusiones económicas de algunos riesgos financieros. Lo mismo cabe decir de la inmensa mayoría de los economistas. Bien expresiva de este fracaso es la carta que diez de los más prestigiosos economistas británicos dirigieron en julio de 2009 a la Reina de Inglaterra en la que daban una respuesta a la pregunta que había formulado sobre las razones por las que tan pocos economistas habían podido prever la crisis económica. En dicha carta admitían que, por diferentes razones, los economistas habían sido incapaces de prever el momento, la extensión, la gravedad de la crisis y la forma de afrontarla, así como de comprender los riesgos del sistema en su conjunto, que consideraban eliminados gracias a un amplio surtido de herramientas financieras innovadoras.

Fueran cuales fuesen las razones por las que distintos organismos y profesionales no advirtieron la crisis, ello no excluye el que las agencias de calificación se convirtieran, como dice una de las conclusiones del Informe de 27-1-2011 de la Comisión de Investigación sobre la Crisis Financiera creada por el Gobierno de los EE.UU., en una de “las herramientas clave de la crisis financiera”. Los celos hacia estas agencias no dejan de crecer y, en tal sentido, el Presidente de la Comisión Europea, en relación con la calificación de Moody's de la deuda de Portugal, ha lamentado recientemente “que no haya una sola agencia de calificación crediticia de Europa. Muestra que podría haber un sesgo en los mercados cuando toca evaluar asuntos específicos de Europa”, planteando la posibilidad de crear “agencias originarias de Europa”. Parece claro que “el papel y las funciones de las agencias de calificación ha pasado a estar bajo sospecha” hasta el punto de que “no cabe la menor duda de que la credibilidad de las agencias ha quedado sensiblemente mermada para continuar con la tarea que hasta la fecha vienen realizando”, tal y como

también Señala en su informe de 23 de mayo de 2011 la Unidad de Apoyo de la IGAE a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Sin embargo estas cuestiones, en tanto no tengan encaje en algún precepto del Código Penal, se verán abocadas a dirimirse en los ámbitos que le sean propios, con sus correspondientes responsabilidades, pero no en un procedimiento penal en España. Por ello, a partir de estas premisas y en el referido contexto, son los hechos que pretenden encajarse en los artículos 284 y 285 del Código Penal los que deben someterse a un más detenido análisis.

CUARTO.- La querrela recuerda las cuatro rebajas en las calificaciones de la deuda española que efectuaron las agencias querelladas:

- El 19-1-2009, Standar and Poor rebaja la calificación de la deuda española de AAA a AA+
- El 28-4-2010, la calificación de Standard and Poor de la deuda española baja nuevamente, de AA+ a AA
- El 28-5-2010, Fitch Ratings califica la deuda española como AA-t-, rebajándola de la previa AAA
- El 30-9-2010, Moody's rebaja también la calificación de la deuda española de AAA a AA1.

Indudablemente, como bien se explica en la querrela, todas estas rebajas perjudicaron económicamente a España.

Hay un efecto directo entre las revisiones a la baja de la deuda española por parte de estas agencias de calificación y el encarecimiento de la financiación del Estado a través de la emisión de deuda pública, pues crece el diferencial con el bono alemán aumenta el coste para la cobertura de un impago de la deuda pública española (CDS o credit default swaps) y hasta desciende el índice del FBEX 35. Está por tanto muy claro el “nexo causal entre la acción de los aquí querellados y el daño causado a las arcas públicas españolas”. Ahora bien, de lo que se trata es de determinar si tales rebajas en las calificaciones crediticias se hicieron con ese propósito de causar un perjuicio alterando el funcionamiento del mercado y si fueron infundadas o arbitrarias.

Respecto a la intención de alterar el funcionamiento del mercado, la querrela concede gran valor indiciario al aprovechamiento del momento para comunicar la rebaja de la calificación de Standard and Poor de 28-4-2010 pues se dice comunicada sólo 3 minutos antes del cierre del IBEX y a 10 minutos del cierre de la subasta, asegurando que tal rebaja es “digna de una investigación judicial en toda regla debido a las alteraciones que entendemos generó en el mercado y, sobre todo, en los precios del mismo”. Tan genérica afirmación, pues no concreta si alguna persona física o jurídica ha podido beneficiarse de la información, olvida que “la apertura de la Bolsa de Nueva York se produce casi de forma solapada al cierre de la Bolsa de Madrid y la información emitida por la Agencia citada lo es desde Nueva York y Londres y no específicamente para el concreto mercado de deuda en España”, como bien recuerda el citado informe de la Unidad de Apoyo de la IGAE de 23 de mayo de 2011.

Resulta aventurado asegurar que las rebajas en la calificación de la deuda soberana española fueran infundadas o arbitrarias. A efectos penales, deberían

además estar sustentadas -artículo 284 CP- en datos falsos. En principio, y a falta de elemento probatorio alguno en sentido contrario, no parece que tales rebajas fueran infundadas, toda vez que las agencias ofrecen amplias explicaciones en apoyo de la nueva calificación, que obran debidamente traducidas en las actuaciones. Estas explicaciones, que se refieren tanto a las incertidumbres que afectan a la economía española (endeudamiento del sector privado, alta tasa de desempleo, capacidad de exportación relativamente baja, exceso de oferta de viviendas...) como a los factores positivos de su economía, son altamente coincidentes con los argumentos expuestos por organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Fondo Monetario Internacional (FMI). La OCDE, en su reciente informe "Perspectivas OCDE: España.

Políticas para una Recuperación Sostenible" también ha revisado a la baja nuestras perspectivas de Acrecimiento, se ha mostrado pesimista sobre el empleo en España, estimando que la tasa de paro de España se situará en el 14,5% en el cuarto trimestre de 2015 y sólo se situará en un nivel similar al anterior a la crisis en 2026, ha analizado las consecuencias del estallido de la burbuja inmobiliaria considerando que, aunque la corrección en este sector está "bien avanzada", la actividad va a continuar deprimida por la gran cantidad de viviendas sin vender y ha valorado negativamente la ralentización del consumo y el coste del despido, pronosticando también que el diferencial de la deuda española con el alemán puede permanecer alto en los próximos meses. Por su parte, el FMI, en su informe de 21 de junio de 2011 sobre España, señala que "frente a graves desafíos económicos y financieros, las autoridades han puesto en práctica una respuesta de política económica fuerte y de amplio alcance durante el último año. Esta respuesta ha ayudado a la economía a recuperarse gradualmente y a poner en marcha el necesario reequilibrio. Sin embargo, el saneamiento de la economía está incompleto y los riesgos son considerables. Por lo tanto, no se debe relajar el impulso de las reformas, lo que incluye seguir reforzando la credibilidad de la consolidación fiscal, completar la reestructuración del sector financiero, fortalecer con ambición las reformas del mercado laboral, y continuar con la agenda de reformas estructurales." Por consiguiente no puede afirmarse que, en sí misma, la simple calificación de la deuda española en torno a AA o AA+, que define una deuda con una seguridad muy alta, aunque no máxima ("perfil de crédito del país muy fuerte y sólido", según la calificación de Fitch) se basara en datos falsos y tampoco parece absurda, infundada ni contradictoria con la opinión generalizada de las más reputadas organizaciones económicas mundiales, siendo todas ellas, desde luego, meras opiniones basadas en unas predicciones que, como se ha demostrado tantas veces, tienen una credibilidad limitada.

QUINTO.- Como se ha dicho, la querellante considera que los hechos que relata encajan en las conductas descritas en los artículos 284.2 y 285 del Código Penal. Respecto al primero de ellos la querrela asegura que "no es necesario, en este supuesto (del artículo 284 CP), probar la intención del sujeto ya que dicho artículo configura un Delito de tendencia, de mera actividad en el que basta la realización del comportamiento típico, "difundir noticias o rumores" para entender el delito consumado". Dejando de lado la inexacta afirmación

sobre la innecesariedad de probar la intención del sujeto (se trata de un delito doloso y como tal deberá en todo caso acreditarse la representación del hecho por el autor y su voluntad de ejecutarlo), sí hay que precisar que, tras la reforma operada por la LO 5/2010, el delito ya no es de mera actividad al exigir ahora el tipo un resultado consistente en un beneficio económico superior a los 300.000 euros o un perjuicio de idéntica cantidad por lo que, como ya se dijo antes, este límite opera como una barrera que impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio u ocasione el perjuicio. De cualquier manera, el tipo penal del artículo 284,2 exige, antes y después de la reforma de 2010, que las noticias o rumores divulgados “con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero” contengan datos económicos “total o parcialmente falsos”. Como hemos visto, nada aporta la querrela sobre este capital elemento del delito. Y por lo que se refiere a la conducta penada en el artículo 285 CP, no se describe supuesto alguno de aprovechamiento de información privilegiada que haya permitido la obtención de un beneficio o haya ocasionado un perjuicio, y ello al margen de que la causación de un perjuicio en el supuesto del art. 285 CP resulta de “difícil concurrencia en la práctica”, como reconoce la STS 1136/2010, “ya que generalmente este tipo de informaciones son aprovechadas para obtener una ventaja patrimonial considerable.” Realmente, toda la querrela se basa en la criminalización de la actividad propia de estas agencias.

Así, se dice que se trata de unas empresas que “modulan, manipulan y generan situaciones, contraviniendo la legalidad penal, para obtener unos beneficios tanto directos como indirectos” o que las querelladas operan “un segmento determinado de la actividad empresarial cuyo único fin no es otro que el de manipular y alterar los precios de los instrumentos financieros”. A partir de tales premisas, las conductas delictivas se construyen sobre esa supuesta ilicitud inicial de la actividad las agencias, en una suerte de derecho penal de autor.

De este modo, la querellante asegura que estas empresas “no actúan con criterios de imparcialidad ni de rigor técnico a la hora de calificar y que los mismos sólo tienden a crear situaciones específicas en el mercado que favorezcan a sus intereses o a la de algunos de sus específicos clientes”.

Sobre la veracidad de esta afirmación no se aporta el mínimo indicio que permita iniciar una investigación.

Especialmente llamativo resulta, como apunta el informe de la Unidad de Apoyo de la ÍGAE adscrita a esta Fiscalía, de 23 de mayo de 2011, que nada se indique respecto a anteriores calificaciones de la deuda en sentido contrario, esto es, cuando se produce una mejora en el rating con la consiguiente evolución a la baja del tipo de interés, pues parece sugerir que “las agencias han de elaborar sus informes en una sola dirección y a espaldas de los mercados”. En realidad la querellante se limita a criticar que estas agencias dieran calificaciones altas en los periodos de bonanza económica y bajas en momentos de crisis, actuación a la que se puede reprochar la ya referida ineptitud para prever o anticipar la crisis o reconocer situaciones de insolvencia en algunas entidades o economías y, en todo caso, un cierto seguidismo o,

como señala la propia querellante, una tendencia pro cíclica, “por exacerbar los movimientos cíclicos, sobrealimentando el sentimiento positivo en la fase buena del ciclo y sobre reaccionando a la baja en la fase adversa del mismo”.

Pero nótese que esta afirmación no casa bien con la anterior de que los criterios que siguen estas agencias sólo buscan crear situaciones en el mercado que favorezcan sus intereses o los de sus clientes. La querrela llega incluso a calificar los procedimientos de evaluación de las agencias de rating de “técnicas criminales”. Pero no se dice en qué consisten tales técnicas criminales y si pueden subsumirse en los tipos penales que se dicen cometidos. Tan sólo se insiste en que los dictámenes son “dudosamente imparciales” por estar viciados por distintos conflictos de intereses.

Con similar inconsistencia justifica la querrela la concurrencia de las circunstancias de agravación de la pena del artículo 285.2 CP. Respecto a la primera, afirma que estas empresas se dedican de forma habitual a estas prácticas abusivas, porque considera que la actividad de calificación crediticia es intrínsecamente abusiva, en un claro razonamiento circular. Del mismo modo, asegura que se obtienen beneficios de notoria importancia, porque se equiparan tales beneficios ilícitos a las propias ganancias de las agencias o, finalmente, que se causa grave daño a los intereses generales, entendiendo que tal daño no es otro que la “actual situación que atraviesa el conjunto de la economía española”.

Puesto que, en definitiva, la querrela se construye sobre la propia ilegalidad de la actividad de las agencias de rating y la existencia de conflictos de interés en su funcionamiento, debemos detenernos en la forma de operar de estas agencias y en si tales conflictos pueden colmar las exigencias típicas de los artículos 284 y 285 del Código Penal.

SEXTO.- Las agencias se encuentran registradas en la SEC que, antes de conceder a las agencias la condición de “Organización de Calificación Estadística Nacionalmente Reconocida”, les exige el cumplimiento de un numeroso elenco de requisitos, siendo sometidas por dicha agencia federal a continuas regulaciones de su actividad, para controlar y hacer más transparente su actividad. Se trata por tanto de una actividad legal, registrada, regulada y supervisada por una autoridad pública de los Estados Unidos de América. Por lo que se refiere a las agencias de rating domiciliadas en la Unión Europea, los Reglamentos del Parlamento y del Consejo 1060/2009, de 16 de septiembre, sobre las agencias de calificación crediticia y 513/2011, de 11 de mayo, que modifica el anterior, las someten a un régimen de registro y supervisión por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA). No obstante lo anterior, dicha reglamentación prevé que las agencias existentes (entre ellas, las querrelladas) sean registradas por las autoridades competentes de valores designadas por los Estados miembros (en España, la CNMV). Actualmente la CNMV y sus homólogos europeos están en proceso de revisión de las solicitudes de registro de dichas agencias.

A pesar de que todavía buena parte de las agencias europeas no están registradas, por no haberse completado aún el proceso por las autoridades

competentes, el Reglamento 1060/2009 establece que deben cumplir con los requisitos que en él se establecen desde el 7 de septiembre de 2010. Dichos requisitos se refieren principalmente a independencia y conflictos de interés, procedimientos para elaboración de las metodologías para la elaboración de los ratings y a la información que se debe acompañar a los ratings cuando se publican.

Respecto a la confidencialidad de la información, a las agencias de rating, igual que a cualquier otra persona que reciba información confidencial de un emisor, se les aplica la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) lo que implica que están obligadas a mantener la confidencialidad de la información que reciben de los emisores que les encargan un rating. Esto no supone que no puedan publicar ratings en cuya elaboración hayan tenido en cuenta información confidencial proporcionada por el emisor. De hecho es frecuente que los ratings incorporen información entregada por el emisor, no pública y que de hacerse pública podría afectar al precio de los valores del emisor en el mercado.

El rating en sí mismo, antes de su publicación, puede constituir información confidencial según la citada Directiva de abuso de mercado en cuanto pudiera afectar al precio de los valores del emisor, por lo que antes de su publicación las agencias sólo pueden comunicar el rating que hayan decidido al propio emisor que lo haya encargado.

Las agencias, como cualquier sociedad en que se maneja información privilegiada, están obligadas a establecer procedimientos que aseguren la protección de la información confidencial (para que no sea accesible a terceros) y que los analistas de la agencia con acceso a información confidencial no la utilizan para fines distintos de la elaboración de un rating. La querrela no aporta dato alguno sobre el posible incumplimiento de este deber de confidencialidad.

Cuestión distinta es la de los servicios auxiliares que prestan estas agencias de calificación. La querrela asegura que las agencias querelladas que califican la deuda española son las mismas que califican a las empresas que compran esa deuda y que “viven, no ya de calificar a los distintos Estados y sus emisiones de deuda, sino, sobre todo, de calificar y asesorar a los compradores de dichas deudas”. Esto es cierto. Las agencias de calificación son entidades cuyo objeto social incluye la emisión de ratings de manera profesional (según la definición del Reglamento 1060/2009) pero, además, pueden proporcionar otros servicios diferentes de la emisión de ratings, siempre que aseguren una gestión adecuada de cualquier conflicto de interés que pudieran ocasionar tales servicios respecto de la actividad de calificación crediticia y que publiquen dichos posibles conflictos. Esta gestión adecuada puede suponer Q bien la separación legal entre la agencia de calificación y la entidad del grupo que preste el servicio auxiliar o bien que, aún formando parte de la misma entidad, haya una separación operacional, de manera que los empleados que se dedican al servicio auxiliar no tengan acceso a la información confidencial que utilicen los analistas que se dedican a elaborar ratings y no puedan influir en las decisiones de dichos analistas. Esta separación operacional recibe en los

mercados financieros la denominación de “murallas chinas”: medidas que tratan de evitar que la información privilegiada circule entre las distintas áreas de negocio de los grupos financieros. Con este tipo de medidas se protege la integridad del mercado frente al peligro de abuso de la información en situaciones de conflicto de interés. Y es que la existencia de conflictos de interés es algo natural en el mercado financiero y la ley no prohíbe a los intermediarios actuar ante situaciones de conflictos de interés. Lo que hace es obligar a que gestionen los conflictos con el fin de prevenir el riesgo de que abusen de su posición privilegiada exigiendo a las entidades que establezcan medidas que impidan el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad. Con esta finalidad, las agencias de rating deben definir sistemas internos que garanticen que las decisiones de inversión se adopten autónomamente dentro de cada área. Ciertamente que ante las situaciones de conflicto de interés la ley podría haber optado por prohibir la prestación de servicios. Pero probablemente tal prohibición sería poco realista en un mercado concentrado en el que actúan "unos pocos conglomerados financieros. Es precisamente en el seno de estos conglomerados donde se presentan los conflictos, por ejemplo entre la actividad de banca corporativa y la de banca minorista o en las propias empresas que prestan servicios de inversión, a cuyos conflictos de interés se refieren, entre otros, los artículos 70 quater y 83 de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores. Y esos conflictos de interés se dan también en las diferentes actividades de calificación de las pocas sociedades de rating existentes en el mundo en relación con sus diferentes clientes que, conforme a la ley, no deberían manifestarse, dado que a través de las correspondientes medidas organizativas y administrativas se consigue que las distintas áreas de negocio operen como si fueran negocios autónomos. La cuestión no es por tanto la existencia de conflictos de interés, sino si en algún caso concreto alguien se ha beneficiado de ese conflicto, por el mal funcionamiento del sistema de “murallas chinas”. Y en ese punto, nada aporta la querrela, que se limita a denunciar la existencia de tales conflictos, que en sí mismos no son ilegales, sin aportar indicio de que haya existido alguna fuga de información privilegiada entre las distintas áreas de negocio de las agencias.

Lo que sí prohíbe a las agencias el Reglamento 1060/2009 es asesorar a una entidad a la que han calificado con respecto a la estructura social o jurídica, el activo, el pasivo o las actividades de dicha entidad calificada o tercero vinculado. La distinción entre lo que es asesoramiento y lo que es una actividad de rating no siempre es fácil. En general, si la agencia se limita a indicar cuál sería el rating que asignaría si el emisor hace una operación (por ejemplo cómo afecta al rating la compra de otra entidad), sería una simple actividad de rating permitida. Si la agencia asesora al emisor sobre cómo estructurar la operación para obtener un determinado rating, eso estaría prohibido. Una vez más, ningún indicio se aporta sobre la comisión de esta última conducta.

SÉPTIMO.- Al querellante debe exigírsele algo más que la no inverosimilitud de lo relatado en la querrela. Debe aportar algún indicio que, más allá de las afirmaciones vertidas en la querrela, sea potencialmente indicativo de la veracidad de lo denunciado. O bien indicar la forma de obtener tales indicios. Respecto a esta última posibilidad, es cierto que el querellante solicita la

diligencia de oficiar a la CNMV para que remita copia del registro efectivo del movimiento de las transacciones bursátiles realizadas por las entidades participantes en el mercado de deuda pública entre 2008 y 2010, con especial referencia a las operaciones efectuadas el día 28 de abril del 2010 entre las 17:27 y las 17:30 horas. Sin embargo, tal diligencia resultaría inútil o innecesaria siendo este organismo el encargado de supervisar e inspeccionar los mercados de valores españoles y la actividad de cuantos intervienen en los mismos y el que está obligado, conforme al artículo 85.2.1) de la Ley 24/1988, a remitir a la autoridad judicial o al Fiscal los asuntos relacionados con las conductas de abuso de mercado, tanto a la manipulación de cotizaciones (artículo 83 ter) como al uso de información privilegiada (artículo 81), cuando puedan ser constitutivas de los delitos castigados en los artículos 284 y 285 del Código Penal. Y respecto a estos hechos, nada ha comunicado la CNMV por actuaciones de su Unidad de Vigilancia de los Mercados.

En todo caso, aunque pudiera oficiarse a la CNMV para que, conforme al artículo 88 de la Ley 24/1988, prestará la colaboración requerida “en orden al esclarecimiento de hechos relacionados con los mercados de valores que puedan revestir carácter delictivo” sucede que en el caso que se informa no se trata de que falte, como admite el querellante, el “acervo probatorio” y de que deba iniciarse una investigación para “la acreditación definitiva de los hechos objeto de imputación”. Es que los hechos objeto de imputación, en sí mismos, no son constitutivos de delito o, dicho de otra manera, no hay ninguna imputación de actos concretos que encajen en las conductas descritas en los artículos 284 y 285 del Código Penal, pues el querellante, lejos de aportar verdaderos elementos indiciarios de la realidad de tales hechos, se limita a plasmar en su escrito una narración en la que los datos aportados refieren exclusivamente un marco legal de funcionamiento de las agencias de calificación en el que pueden cometerse delitos de abuso de información privilegiada, pero sin referencia a operaciones singulares. Algo que, en definitiva, puede predicarse de cualquier sociedad en la que sus responsables manejen información privilegiada sin que en estos casos, obvio es decirlo, se inicie un procedimiento penal a la búsqueda de potenciales infractores. De esta manera, el inicio de un procedimiento penal contra las agencias de rating querelladas supondría-a la luz de los datos de que hoy se dispone- la apertura de una causa general en averiguación de posibles delitos de los que en la actualidad no existe noticia, en una suerte de investigación predelictual o prospectiva, desligada de la comisión de un hecho delictivo y, por tanto, legalmente proscrita.

De conformidad con lo expuesto y al amparo del artículo 313 LECr, el Fiscal interesa la desestimación de la querrela por no ser los hechos en que se funda constitutivos de delito”.

TERCERO.- En fecha 14.04.2011, se tiene por personado al procurador de los tribunales D. José Miguel Martínez- Fresneda Gamba, en nombre y representación de Izquierda Unida, así como a D. Javier Fernández Estrada en nombre y representación de ATTAC MADRID (Asociación por una Tasación sobre las transacciones Financieras para ayuda al ciudadano), adhiriéndose ambas asociaciones a la querrela que dio lugar a estas actuaciones.

CUARTO.- En fecha 18 de julio de 2011, se presenta nuevo escrito por el procurador de los tribunales D. Javier Fernández Estrada, ampliando los hechos objeto de la querrela criminal a la que dieron lugar estas diligencias, dándose nuevo traslado al Ministerio Fiscal, a fin de que emitiera nuevo informe sobre dicha ampliación, informe que figura íntegro en las actuaciones.

QUINTO.- En fecha 16.08.2011, se recibe escrito del procurador D. Javier Fernández Estrada, en representación del Observatori per al Compliment de la Declaracio Universal dels Drets Humans (DUDH) en els Drets Economics, Socials i Culturals (DES), solicitando actuaciones por parte de este Juzgado Central de Instrucción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo ha de señalarse que, conforme viene reiterando la Jurisprudencia, presentada una querrela -o denuncia, en su caso-, se impone al Órgano Jurisdiccional ante todo el análisis de su propia competencia, de si la misma se ajusta a los requisitos formales del art. 277 y concordantes de la L.E.Cr. y de si tal querrela o denuncia presenta lo que ha sido denominado por la técnica procesal penal “fundabilidad” en grado suficiente conforme al art. 313 de la referida Ley Rituaria, toda vez que dispone esta última que el Órgano Judicial “desestimaré de la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito...”.

Por ello, si bien el Tribunal Constitucional tiene declarado que, por mor del apotegma “ius ut procedatur”, en principio, pesa sobre el Órgano Judicial una suerte de “deber procesal de instrucción”, también enseña que la puesta en marcha de una pretensión punitiva exige un extremado juicio de ponderación sobre su admisibilidad.

Aunque referido a la constitucionalidad del antiguo antejuicio del art. 410 de la LOPJ afirmó dicho Tribunal, en admonición todavía vigente, que el legislador atribuye al Órgano Judicial competente un amplio poder de apreciación en la determinación de la existencia del hecho delictivo objeto de la pretensión y ello “en evitación de las querellas infundadas, con sus gravosas consecuencias” (S. del TC de 13/10/1982).

SEGUNDO.- Conviene traer a colación, una vez más y de forma preliminar, la conocida doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE (en su modalidad de acceso a la jurisdicción). Se ha dicho reiteradamente por el intérprete supremo de la Constitución que “quien ejercita la acción penal no tiene en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino sólo un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que indudablemente cabe la consideración de su irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso o su terminación anticipada. La inadmisión de querellas o denuncias (y la terminación anticipada de cualquier procedimiento) sólo requiere, desde el punto de vista constitucional, que las resoluciones judiciales que las declaren

contengan una motivación razonada y razonable de las causas que han llevado a tal inadmisión” (AATC de 11 de septiembre de 1995 y SSTC núms. 148/87, 23/88, entre otras muchas).

TERCERO.- En análogo sentido se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional resultante de sus sentencias números 33/1989, 175/1989, 203/1989, 212/1991, 138/1997, 162/1999 y 129/2001; debiéndose tener en cuenta que la resolución de inadmisión o desestimación de la querella en aplicación del art. 313 no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querella, carecen de ilicitud penal; en cuyo caso el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de apertura de una instrucción judicial, y el Juez de Instrucción debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa.

EN EL MISMO SENTIDO, Y DE FORMA MUY CLARA Y DESCRIPTIVA, LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13.5.1993 CONSIDERA QUE PARA RESOLVER SOBRE LA ADMISIÓN DE UN ESCRITO DE QUERELLA BASTA EXAMINAR LOS HECHOS ALEGADOS EN EL MISMO A FIN DE COMPROBAR SI SON O NO DELICTIVOS, Y QUE PARA TAL CLASE DE RESOLUCIÓN, EL JUEZ NO HA DE ENTRAR EN CONTACTO CON NINGÚN MEDIO DE PRUEBA NI DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN, NI SIQUIERA TIENE QUE EXAMINAR LOS DOCUMENTOS QUE SE ADJUNTAN CON LA QUERELLA, PUES PARA COMPROBAR SI EL HECHO ES DELICTIVO HA DE ESTARSE A LAS ALEGACIONES QUE SE FORMULAN Y NO A LAS PRUEBAS DOCUMENTALES QUE SE PRESENTAN EN ESE ACTO O A LAS DE OTRA CLASE QUE EN EL MISMO SE PROPONEN PARA SU ULTERIOR REALIZACIÓN.

CUARTO.- A este respecto ha de recordarse que la interposición de una denuncia o de una querella no conlleva necesariamente la incoación y tramitación de un procedimiento penal, pues el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al Juez de Instrucción proceder inmediatamente a la comprobación del hecho denunciado, pero excluye dos supuestos, uno de ellos referido a que el hecho denunciado no revistiere carácter de delito. Por ello, cuando el juez de instrucción considere que los hechos que se relatan en la denuncia, tal y como aparecen descritos en la misma, no revisten caracteres de infracción penal alguna, debe ordenar el archivo de las actuaciones de forma inmediata, sin ulterior tramitación. En términos parecidos se pronuncia el art. 313 de la citada Ley en relación con la querella, al establecerse en tal precepto que el juez de instrucción desestimará la querella cuando los hechos en que se funde no constituyan delito.

De tales preceptos debe inferirse que el proceso penal español no puede tener como objeto la investigación de hechos sin apariencia delictiva, para investigar con carácter prospectivo si tales hechos se podrían concretar en hipotéticas infracciones penales. Por el contrario, el proceso penal debe incoarse en virtud de la llegada al conocimiento judicial de un hecho que ya de por sí revista caracteres o apariencia de delito, por lo que la investigación judicial debe

iniciarse sobre un hecho de probable relevancia penal, para proceder a la comprobación judicial de tal hecho en los términos establecidos en los art. 269 y 313 antes citados. Por ello la incoación del proceso penal por la interposición de denuncia o querrela exige al Juez de Instrucción un juicio previo sobre la apariencia delictiva de los hechos denunciados, de forma que si el resultado de dicho juicio o valoración es que los hechos denunciados tienen apariencia delictiva, deberá incoar y tramitar las diligencias de instrucción que procedan para la comprobación del hecho denunciado, y si por el contrario el resultado del juicio previo es que los hechos denunciados no revisten apariencia delictiva, debe abstenerse de toda actuación instructora, acordando el inmediato archivo de la denuncia.

QUINTO.- Por lo que respecta al caso de autos, estiman los querellantes que los hechos relatados en el escrito de querrela son constitutivos de los delitos tipificados en los artículos 284.2 y 285 del Código Penal vigente, debiendo tenerse en cuenta, en lo que se refiere a las conductas tipificadas en los mismos, las siguientes circunstancias:

Primera.- Por lo que respecta a tipo penal contemplado en el artículo 284 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, conforme ha señalado el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-5-2004, núm. 575/2004, rec. 447/2003. Pte: Saavedra Ruiz, Juan, ha de indicarse que, se trata de un delito de simple actividad cuyo bien jurídico protegido no es el patrimonio particular de una persona en concreto sino la libre formación de los precios según las leyes del mercado.

Definido por la Jurisprudencia como un delito complejo, integrado por otros delitos que constituyen los instrumentos para producir la alteración (TS 867/2002, 29-7), el bien jurídico que trata de proteger es el mercado y los consumidores (TS 867/2002, 29-7 y 549/1997, 26-4), en relación con la libre concurrencia como mecanismo para la fijación de los precios (TS 26-10-1988), así como el interés social derivado de la libre formación de los precios en el mercado (ATS 1080/1995, 28-6) y únicamente puede llevarse a cabo el intento de alteración de los precios ha de mediante las formas comisivas taxativamente expresadas (TS 549/1997, 26-4), siendo necesario dolo específico de alterar los precios (TS 867/2002, 29-7).

Ciertamente existe una legislación administrativa paralela que se ocupa de la competencia y que solapa en gran medida las previsiones del Código Penal (Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, Leyes 24/88 y 09/91 sobre el Mercado de Valores o Ley 03/91 de Competencia Desleal).

La doble incriminación penal y administrativa obliga a determinar cuándo se aplicará la primera, que en todo caso es preferente.

Con anterioridad a la citada reforma, el texto vigente del artículo 284 del Código Penal sancionaba "a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o

inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.” En el citado art. 284, anterior a su redacción actual, el comportamiento consiste en intentar alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia siempre que tal intento se realice difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada.

Como primera modalidad típica se contempla la difusión de noticias falsas. La falsedad ha de entrañar una falta de veracidad en lo que se afirma, no habiendo correspondencia entre lo que se dice y la realidad.

La falsedad puede tener como objeto las cualidades de un producto, mercancía o servicio, como también ir referida a actuaciones emprendidas o que se vayan a emprender tanto por particulares como por instancias públicas en relación con productos mercancías o servicios La difusión de la noticia falsa entraña su propagación o divulgación a terceros. En la mayoría de las ocasiones las noticias falsas sólo tendrán impacto sobre los precios del mercado en la medida en que sean conocidas por una pluralidad de personas, lo que a su vez requerirá una difusión amplia, constituyendo los mecanismos más habituales su inserción en un medio de comunicación En lo que concierne al modus operandi violento, el TS había señalado que es el que se ejercita “sobre las personas o sobre las cosas” (STS de 23 de enero de 1978). Y en lo que se refiere a la las amenazas la propia sentencia las define como “anuncio de un mal futuro, posible, ilícito, determinado, dependiente de la voluntad de quien denuncia”. Si bien ni la violencia ni la amenaza se muestran como los medios comisivos más idóneos para intentar alterar los precios del mercado, dichos medios resultarán relevantes en la medida que en que se desplieguen sobre una o varias personas con capacidad para alterar los precios que resultaría de la libre concurrencia.

El uso de engaño como modalidad típica se solapa, en cierta medida, con la difusión de noticias falsas, por cuanto engaño es la “falta de verdad en lo que se hace o se dice”. Comprende la utilización de ardides, fraudes, astucias o lo que se denominaba como maquinaciones La referencia a la utilización de información privilegiada requiere determinar su alcance. En sentido normativo, ciertamente la expresión ostenta un significado preciso en el ámbito bursátil (art. 81.3 LMV) La acción debe tener como finalidad el intento de alteración de los precios de los productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación.

La doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo, en relación con el Código Penal anterior, que el tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de alterar los precios Conforme a su redacción actual, el número 2º del artículo 284 del Código Penal establece las pautas que han de concurrir para desplegar la actividad ilícita, es decir, llevar a cabo, bien por sí o a través de un medio de comunicación, la difusión de noticias o rumores, sobre personas o empresas, en que se ofrecieren a sabiendas datos económicos que, total o parcialmente, fueren falsos, ello con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento

financiero y siempre y cuando se obtenga, como consecuencia de ello, bien para sí o para un tercero, un beneficio económico superior a los 300.000 euros o se cause un perjuicio de idéntica cantidad.

Hay que precisar que, tras la reforma operada por la LO 5/2010, el delito ya no es de mera actividad al exigir ahora el tipo un resultado consistente en obtener para sí o para un tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o un perjuicio de idéntica cantidad, por lo que este límite opera como una barrera que impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio u ocasione el perjuicio. De cualquier manera, el tipo penal del artículo 284.2 exige que las noticias o rumores divulgados, sobre personas o empresas, “con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero” contengan, “a sabiendas”, datos económicos “total o parcialmente falsos”. Como hemos visto, nada aporta la querrela sobre este capital elemento del delito.

Segunda.- En lo que se refiere al vigente artículo 285.1º del Código Penal, éste dispone que:

“Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 Euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años”.

Respecto al citado tipo delictivo han de reseñarse las siguientes características:

A) Tal conducta penal constituye un delito especial propio o en sentido estricto, pues sujeto activo únicamente puede serlo quien haya tenido acceso reservado a la información “con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial”.

B) Parece coincidir la doctrina que, desde el punto de vista del sujeto activo, se trata de un delito especial propio - Martínez-Buján Pérez, Prieto del Pino, Bajo Fernández- en el que los posibles sujetos activos habrían de quedar acotados a quienes hayan tenido acceso reservado a la información relevante y que a la misma se haya tenido acceso reservado con ocasión de su ejercicio profesional o empresarial.

En relación con el sujeto activo, dos últimas precisiones: la primera, como observa Bajo Fernández, habrán de jugar un papel fundamental los criterios básicos de la actuación en nombre del otro del artículo 31 del Código Penal.

La segunda y, al hilo de lo que se está comentando, la participación se puede llevar a cabo bien “de forma directa o bien por persona interpuesta.”

habiéndose de resolver este extremo con arreglo a las normas generales de la participación recogidas en el párrafo primero del artículo 28 del Código Penal.

Serán sujetos pasivos “todos los titulares de expectativas sobre los valores afectados por la utilización abusiva de la información privilegiada”; lo que ocurre es que puede resultar en extremo dificultosa la delimitación de quienes hayan sufrido un perjuicio patrimonial, en forma de pérdidas o de lucro cesante, careciendo de interés la categoría del sujeto pasivo en tanto que, si bien esas personas están protegidas por la norma penal, no es necesario concretarlas para entender verificado el hecho, porque constatado el peligro para el correcto funcionamiento del mercado de valores, si se reúnen las otras exigencias típicas, se habrá cometido el delito.

C) En cuanto al objeto de la acción, ha de indicarse que el ámbito aplicativo de la figura delictiva viene delimitado por la utilización o suministro de información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido.

Hay, por lo tanto, que examinar en qué consiste la información relevante, qué son esos valores o instrumentos y cuál el mercado organizado, oficial o reconocido.

La información, por su contenido, ha de ser “relevante” para la cotización de los valores o instrumentos; relevante es el término utilizado por el art. 285 y era el usado en la primera redacción del art. 81 de la Ley de Mercado de Valores. Se ha de acudir al concepto que de información relevante contiene el art. 81.1 de la Ley del Mercado de Valores que dice lo siguiente:

“A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores...” Curiosamente, en la redacción original de la LMV, el artículo 81 -párrafo segundo- establecía que”.

A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores...” Y no habría de haber gran inconveniente en acoger tal concepto. Y ello tanto por su mayor precisión cuanto porque ese concepto ya habría de venir contemplado en el artículo 1.1 de la Directiva 89/592- de 13 de noviembre de 1989- que decía- afirmación que se hace porque ha sido derogado por la directiva 6/2003, de 28 de enero de 2003, que dice lo mismo-”.

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) “información privilegiada”: la información que no se haya hecho pública, de carácter preciso, que se refiera a uno o varios emisores de valores negociables

o a uno o varios valores negociables y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores.” resultando tal legislación directamente aplicable por derivar el ámbito del Derecho Comunitario.

Concepto, el de información privilegiada, que requiere las notas de concreción, proyección sobre el mercado, confidencialidad y capacidad, aunque hubiera de ser potencial, de haber influido de manera apreciable en el mercado de haberse hecho pública-. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo de 17 de junio de 2008-.

Desde el punto de vista doctrinal, los requisitos que se habrían de exigir a tal información- cfr. Bajo Fernández- habrían de ser prácticamente coincidentes: a/ que sea relevante para la formación de los precios, b/ que sea reservada, es decir, mantenida en secreto legítimo conforme al artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores y que se haya obtenido a través de la actividad profesional o empresarial.

Esa información concreta ha de ser relativa a valores o instrumentos, por lo que quedan excluidos de la información privilegiada con relieve penal los hechos y juicios relativos a operaciones y coyuntura bursátil en general.

En último extremo el dato definitivo lo proporciona el requisito de que han de ser negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido; a todo producto financiero allí negociado le alcanza la protección legal.

Negociado es tanto como susceptible de negociación, y equivale a negociable, o sea transmisible (en forma de adquisición o de cesión). Mercado organizado, oficial o reconocido, deberá ser el aludido en la Directiva Comunitaria 89/592/CE como “el mercado regulado y controlado por autoridades reconocidas por los poderes públicos, de funcionamiento regular y accesible directa o indirectamente al público” (art. 1.2. d).

El uso o suministro de tal información ha de proyectarse a la cotización en valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, esto es, a todo tipo de instrumentos financieros con tal de que incorporen derechos económico-financieros y sean negociables en mercados organizados, cosa que habría de comprender, de facto, la totalidad de los mercados con excepción de los mercados no organizados.

Los verbos típicos son “usar” o “suministrar” la información relevante. Usar es hacer servir una cosa para algo; en lo que aquí interesa, la información relevante para obtener un beneficio o causar un perjuicio; precisamente por tratarse de una información de esa índole, el uso equivale al abuso (como mal uso, injusto, impropio o indebido), al infringirse el deber de fidelidad o lealtad, mediante la compra o venta de valores o instrumentos financieros. Suministrar supone proveer a uno de algo que necesita; a la sazón, del informe relevante como preciso para obtener el beneficio o causar el perjuicio; no es suficiente aconsejar, considerando la información, pero sin revelar ésta a quien recibe el consejo.

D) Exige el art. 285 del Código Penal la obtención para sí o para un tercero de un beneficio económico superior a 600.000 Euros o causar un perjuicio de idéntica cantidad.

Elemento final del delito habría de ser el resultado material de que el beneficio obtenido -o, en su caso, causando un perjuicio económico por la misma cantidad hubiera de ser superior a 600.000 €.

La doctrina ha venido a considerar como acciones que hubieran de integrar el tipo tanto la obtención de un beneficio como la causación de una pérdida. Pero, todavía, la primera- Prieto del Pino- habría de admitir otra posible forma de tener lugar que habría de ser aquella en que el beneficio hubiera de consistir en aminorar determinada pérdida previsible por la misma cuantía.

Conviene saber qué haya podido decir la jurisprudencia contencioso-administrativa acerca de tal elemento del beneficio.

La sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso Administrativo de 17 de junio de 2008- habría de construir el concepto de beneficio por la diferencia matemática- entre el valor de adquisición de las acciones y el valor de venta de las mismas. Parece, no obstante, el criterio mencionado un criterio consolidado en la doctrina contencioso administrativa porque el criterio de la diferencia de valor es también el que emplean las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 y del 31 de diciembre de 2002, esta con la cita de la de 23 de octubre de 1995.

Según Martínez-Buján Pérez”. el resultado material del tipo, conceptualmente separable de la acción de usar o suministrar la información, viene descrito de un modo alternativo por el hecho de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio económico superior a 600.000 € o por el hecho de causar un perjuicio por idéntica cantidad al tratarse de un resultado material, habrá de ser abarcado por el dolo del autor, que deberá proyectarse también sobre el límite cuantitativo.

E) No se configura el delito previsto en el artículo 285 -cfr. Martínez-Buján Pérez- como una norma penal en blanco, con remisión al contenido de la Ley del Mercado de Valores, sino como una norma penal en la que alguno de sus elementos son normativos habiendo de acudir al concepto que se proporcionan de los mismos por la norma correspondiente de Derecho Administrativo.

Habría de tratarse- es unánime la doctrina- de un delito doloso porque el comportamiento que se describe no habría de admitir la posibilidad de su comisión de forma imprudente.

Habría de admitir, según Martínez-Buján Pérez, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución- cosa que se podría cuestionar en cuanto que uno de los elementos del tipo habría de serlo determinado resultado. Sin embargo, como señala el autor mencionado, el problema habría de tratarse de la prueba

en relación con las acciones verificadas tendentes a la consecución de dicho resultado.

SEXTO.- Sentado lo anterior, ha de indicarse que la presente querella se circunscribe a la responsabilidad derivada de la calificación de la deuda española llevada a cabo por las agencias de calificación querelladas. A este respecto ha de tenerse en cuenta, conforme señala el Ministerio Fiscal en su informe, que “admitiendo que las agencias de calificación se equivocaron gravemente, habrá de reconocerse que no fueron las únicas. Hoy es generalmente admitido que hubo un fracaso generalizado de los políticos, organismos reguladores, economistas, analistas y otros expertos a nivel mundial tanto en la previsión de la propia crisis como, sobre todo, en la apreciación de su extraordinaria magnitud. Según un informe de 2011 elaborado por la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional (FMI), este organismo desoyó durante 2004 y 2007 las señales de alerta y se mostró complaciente con los países ricos. Así, el FMI calificó al luego quebrado sistema financiero de Islandia como “robusto” y “resistente”, recomendaba a otros países que siguieran las prácticas de innovación financiera de EE UU y Reino Unido, que originaron la crisis y no vio el riesgo que el sector inmobiliario suponía para la banca y toda la economía, con errores de diagnóstico tales como que “el sistema financiero de EE UU es resistente y está bien regulado” (2005), “los principales bancos comerciales y de inversión tienen una sólida posición financiera y el riesgo sistémico parece bajo” (2007) o “los mercados han mostrado que pueden autocorregirse y que de hecho lo hacen (2007)”. Tampoco el G-7 y, dentro de él, el Foro de Estabilidad Financiera, acertó a ver las repercusiones económicas de algunos riesgos financieros. Lo mismo cabe decir de la inmensa mayoría de los economistas. Bien expresiva de ese fracaso es la carta que diez de los más prestigiosos economistas británicos dirigieron en julio de 2009 a la Reina de Inglaterra en la que daban una respuesta a la pregunta que había formulado sobre las razones por las que tan pocos economistas habían podido prever la crisis económica. En dicha carta admitían que, por diferentes razones, los economistas habían sido incapaces de prever el momento, la extensión, la gravedad de la crisis y la forma de afrontarla, así como de comprender los riesgos del sistema en su conjunto, que consideraban eliminados gracias a un amplio surtido de herramientas financieras innovadoras”.

Ciertamente, en la querella se relatan las consecuencias negativas para las arcas públicas españolas, derivadas de las cuatro rebajas en las calificaciones de la deuda española que efectuaron las agencias querelladas, no pudiendo negarse la certeza de tales afirmaciones. Sin embargo, lo trascendente a efectos del presente procedimiento es de determinar si tales rebajas en las calificaciones crediticias se hicieron con ese propósito de causar un perjuicio alterando el funcionamiento del mercado y si fueron infundadas o arbitrarias. Respecto a la intención de alterar el funcionamiento del mercado, la querella concede gran valor indiciario al aprovechamiento del momento para comunicar la rebaja de la calificación de Standard and Poor de 28-4-2010 pues se dice comunicada sólo 3 minutos antes del cierre del 1BEX y a 10 minutos del cierre de la subasta, asegurando que tal rebaja es “digna de una investigación judicial en toda regla debido a las alteraciones que entendemos generó en el mercado

y, sobre todo, en los precios del mismo”. Tan genérica afirmación, pues no concreta si alguna persona física o jurídica ha podido beneficiarse de la información, olvida que “la apertura de la Bolsa de Nueva York se produce casi de forma solapada al cierre de la Bolsa de Madrid y la información emitida por la Agencia citada lo es desde Nueva York y Londres y no específicamente para el concreto mercado de deuda en España”, como bien recuerda el citado informe de la Unidad de Apoyo de la IGAE de 23 de mayo de 2011. Para que las rebajas en la calificación de la deuda soberana española fueran infundadas o arbitrarias, con trascendencia penal, deberían además estar sustentadas - artículo 284 CP- en datos falsos.

Consecuentemente, conforme señala el Ministerio Fiscal en su informe, “no puede afirmarse que, en sí misma, la simple calificación de la deuda española en torno a AA o AA+, que define una deuda con una seguridad muy alta, aunque no máxima (“perfil de crédito del país muy fuerte y sólido”, según la calificación de Fitch) se basara en datos falsos y tampoco parece absurda, infundada ni contradictoria con la opinión generalizada de las más reputadas organizaciones económicas mundiales, siendo todas ellas, desde luego, meras opiniones basadas en unas predicciones que, como se ha demostrado tantas veces, tienen una credibilidad limitada”.

SÉPTIMO.- La querrela se basa en la criminalización de la actividad propia de las agencias de calificación querelladas. Así, se dice que se trata de unas empresas que “modulan, manipulan y generan situaciones, contraviniendo la legalidad penal, para obtener unos beneficios tanto directos como indirectos” o que las querelladas operan “un segmento determinado de la actividad empresarial cuyo único fin no es otro que el de manipular y alterar los precios de los instrumentos financieros” y que “no actúan con criterios de imparcialidad ni de rigor técnico a la hora de calificar y que los mismos sólo tienden a crear situaciones específicas en el mercado que favorezcan a sus intereses o a la de algunos de sus específicos clientes”; cuestiones todas éstas sobre las que no se aporta dato o elemento indiciario alguno que sirva de fundamento bastante para iniciar una investigación penal.

De cualquier manera, el tipo penal del artículo 284,2 exige, antes y después de la reforma de 2010, que las noticias o rumores divulgados “con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero” contengan datos económicos “total o parcialmente falsos”. Nada aporta la querrela sobre este capital elemento del delito. Y por lo que se refiere a la conducta penada en el artículo 285 CP, no se describe supuesto alguno de aprovechamiento de información privilegiada que haya permitido la obtención de un beneficio o haya ocasionado un perjuicio, y ello al margen de que la causación de un perjuicio en el supuesto del art. 285 CP resulta de “difícil concurrencia en la práctica”, como reconoce la STS 1136/2010, “ya que generalmente este tipo de informaciones son aprovechadas para obtener una ventaja patrimonial considerable”.

OCTAVO.- Respecto a las diligencias interesadas por los querellantes, tanto en el escrito inicial de querrela como en los presentados con posterioridad, ha de señalarse que, de conformidad con el Ministerio Fiscal, no se trata de que falte,

como admite el querellante, el “acervo probatorio” y de que deba iniciarse una investigación para “la acreditación definitiva de los hechos objeto de imputación”. Es que los hechos objeto de imputación, en sí mismos, no son constitutivos de delito o, dicho de otra manera, no hay ninguna imputación de actos concretos que encajen en las conductas descritas en los artículos 284 y 285 del Código Penal, pues el querellante, lejos de aportar verdaderos elementos indiciarlos de la realidad de tales hechos, se limita a plasmar en su escrito una narración en la que los datos aportados refieren exclusivamente un marco legal de funcionamiento de las agencias de calificación en el que pueden cometerse delitos de abuso de información privilegiada, pero sin referencia a operaciones singulares.

NOVENO.- Tras el examen y estudio de los datos y elementos obrantes en las actuaciones, este Instructor ha efectuado una provisional ponderación de los hechos atribuidos a las querelladas y tras lo cual llega a la convicción de que tal atribución, a tenor de los datos y elementos existentes, cuando menos no es fundada a efectos penales, al no revestir caracteres de delito, por lo que esas imputaciones genéricas no pueden dar lugar por sí mismas a provocar la puesta en marcha del mecanismo judicial para llevar a cabo una investigación sobre cuestiones de carácter extrapenal que hayan podido tener lugar; cuestiones todas éstas que exceden del objeto del proceso penal que pretende iniciarse por medio de la presente querrela, con las consecuencias que de ello pueden derivarse; debiendo consiguientemente denegarse la admisión a trámite de la denuncia formulada, así como la práctica de las diligencias interesadas De conformidad con las argumentaciones jurídicas antes expuestas, el informe del Ministerio Fiscal, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido, en aras a la economía procesal, y en virtud de lo prevenido al efecto en el artículo 313 y 637-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no procede admitir a trámite la querrela formulada ni practicar las diligencias interesadas tanto en el escrito inicial de querrela como en los presentados con posterioridad.

Vistos los preceptos legales y doctrinales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

S.Sª. Iltma. Acuerda: no ha lugar a admitir a trámite la querrela formulada por D. Javier Fernández Estrada, en representación del Observatori per al Compliment de la Declaració Universal dels Drets Humans (DUDH) en els Drets Economics, Socials I Culturals (DESC) contra Moody’s España, Fitch Ratings España y Standard and Poor’s España, a la que se adhirieron el procurador de los tribunales D. José Miguel Martínez-Fresneda Gamba, en nombre y representación de Izquierda Unida, así como el procurador D. Javier Fernández Estrada en nombre y representación de ATTAC MADRID (Asociación por una Tasación sobre las transacciones Financieras para ayuda al ciudadano), sin que haya lugar tampoco a la práctica de las diligencias interesadas, tanto en el escrito inicial de querrela como en los presentados con posterioridad, procediéndose al Archivo de las actuaciones.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, previéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado Central recurso de reforma y/o subsidiario de apelación en el plazo de tres/cinco días.

Así lo acuerda, manda y firma D. Ismael Moreno Chamarro Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción 002, Doy fe.