



**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCION TERCERA**

**RECURSO DE APELACIÓN 244/2014
Juzgado Central de Instrucción nº 5
DILIGENCIAS PREVIAS 31/2013**

**ILMO. SR. PRESIDENTE:
D. Guillermo Ruiz Polanco**

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

**D. María de los Ángeles Barreiro Avellaneda
D. Fermín Javier Echarri Casi**

A U T O N.º. 312/2014

En Madrid a veinte de octubre de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto de fecha 27 de enero de 2014 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en sus Diligencias Previas nº 31/2013, entre otros particulares acordó respecto del coimputado D. MANUEL FERNÁNDEZ SOUSA-FARO el aumento de la fianza impuesta, hasta alcanzar la cuantía de 158.534.946, 47 euros, requiriéndoles para que en el plazo de 10 días presten fianza de forma solidaria por el expresado importe en cualquiera de las clases admitidas en los artículos 591 y 764 LECrim., a fin de garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, con las prevenciones legales.

SEGUNDO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña Virginia Aragón Segura, en nombre y representación de D. Manuel Fernández Sousa-Faro, formuló recurso de apelación directo mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2014.

El Ministerio Fiscal, impugnó el citado recurso mediante escrito de 23 de junio de 2014, al igual que las representaciones procesales de las mercantiles “Luxempart S.A.” y “Silicon Metals Holdings LLC”, de D. Federico Sanz Navarro y otros, y de D. Juan Carlos Fernández Pimentel y otros.

TERCERO.- Remitido el testimonio de particulares confeccionado al efecto, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 16 de julio de 2014, ordenando mediante Diligencia de Ordenación de ese mismo día la formación del presente Rollo de Apelación al margen reseñado, recayendo Providencia de 14 de octubre de 2014, en la que por razones del servicio, se designaba como Magistrado-Ponente a D. Fermín Javier Echarri Casi, señalándose para la vista, deliberación y fallo el día 17 de octubre de 2014, lo que tuvo lugar.

Por la representación procesal del ahora recurrente se presentó en el Rollo de Sala, escrito con fecha de 3 de septiembre de 2014 adjuntando diversa documentación, así: Informe semestral correspondiente al año 2014. Estados Financieros semestrales resumidos consolidados correspondientes al periodo de seis meses terminado el 30 de junio de 2014. Informe de Gestión Intermedio correspondiente al periodo de seis meses terminado el 30 de julio de 2014 del Grupo Consolidado.

CUARTO.- No obstante haberse acordado la acumulación del presente Rollo de Sala a los numerales 218/2014, 244/2014, 254/2014, 258/2014, 259/2014, 265/2014, y 286014, al tratarse de la misma resolución impugnada; sin embargo, debido a que los sujetos recurrentes son distintos al igual que los motivos de recurso alegados por cada uno de aquellos, una correcta sistemática procesal aconseja su tratamiento individualizado, siendo objeto por tanto de una resolución concreta para cada uno de los recursos formulados.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal del ahora recurrente, alega en su escrito de recurso en primer lugar, que la fianza impuesta resulta prematura ya que en este momento no puede fijarse su importe con certeza, toda vez que se desconoce el verdadero alcance del supuesto perjuicio sufrido por los inversores. En segundo lugar, al tratarse de una causa compleja e inacabada, no existe en este momento seguridad sobre el número de personas que podrían resultar imputadas y, por ende, someterse a una eventual fianza, extremo que es necesario concretar dado el régimen de solidaridad al que provisionalmente se somete dicha medida cautelar. En tercer lugar, pende aún un recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 16 de agosto de 2013 que constituye un antecedente inseparable de la resolución que ahora se recurre. En cuarto lugar, la medida acordada carece de motivación y no concurre la “apariencia de buen derecho”, pues las conductas investigadas – supuestamente irregulares- lejos de merecer censura, ponen de manifiesto que el recurrente procedió en la forma más adecuada para el sostenimiento de la empresa en circunstancias económicamente adversas. En quinto lugar, la medida que se combate desconoce la actuación colaboradora del recurrente, quien en febrero de 2013 desistió de firmar unas cuentas anuales que no se ajustaban a la realidad y posteriormente comunicó a la CNMV las discrepancias contables detectadas, solicitando la declaración de concurso con el fin de ordenar dicha situación. En sexto lugar, no concurre tampoco el requisito del “periculum in mora”, pues no son reales los riesgos que se hacen derivar de la localización de las cuentas bancarias abiertas en Portugal a nombre de una sociedad que se vincula indebidamente con el recurrente. En séptimo lugar, el quantum de la fianza no puede resultar de la suma de las inversiones reclamadas, sino todo lo más, de la suma de las minusvalías sufridas en esas inversiones con motivo de los hechos, no pudiendo incluirse entre los perjudicados a quienes adquirieron acciones de “Pescanova S.A” una vez que se hicieron públicas las dificultades por las que atravesaba la sociedad.

SEGUNDO.- Alega en primer lugar que la fianza impuesta resulta prematura ya que en este momento no puede fijarse su importe con certeza, toda vez que se desconoce el verdadero alcance del supuesto perjuicio sufrido por los inversores. Si

bien es cierto que el perjuicio total causado, puede llegar a variar no sólo en la fase de instrucción, sino en las posteriores, dada la complejidad de la causa que nos ocupa, la imposición de aquella en la resolución que ahora nos ocupa en absoluto puede calificarse de prematura.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 589 LECrim, “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare fianza”, siendo así que, el procedimiento ordinario el momento procesal en el que se plasman los citados indicios no es otro que el auto de procesamiento (artículo 384 LECrim) que obviamente se dicta en la fase intermedia, y más aún al inicio de aquella, para garantizar así el pleno conocimiento por parte del procesado, de los hechos objeto de imputación, y de los indicios contra aquél existentes. Tampoco de la redacción del artículo 764 LECrim, en sede del Procedimiento Abreviado, se desprende que las mismas no puedan adoptarse en sede de instrucción, sino todo lo contrario, como así se deduce de la medida de “intervención inmediata del vehículo” (artículo 764.2 LECrim) cuando fuere necesaria para la investigación o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, sin sea factible deferirla al momento del dictado del auto de apertura de juicio oral (artículo 783.2 LECrim) sino todo lo contrario, ya que de ser así carecería de sentido dicha redacción “resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes en su caso exigirá fianza...”. Parece lógico, que si se alude la modificación, suspensión o revocación, se está refiriendo a medidas adoptadas con anterioridad a dicho momento procesal radicado en la fase de preparación del juicio oral, por lo que la interpretación no puede ser otra que aquellas pueden ser adoptadas en cualquier momento anterior al dictado del auto de apertura de juicio oral, eso sí, siempre que revistan la forma de auto y se formalicen en pieza separada (artículo 764.1 LECrim). Siendo además, necesaria a fin de preservar los eventuales derechos de los perjudicados en el procedimiento en cuestión, tal y como se desprende de la redacción de los artículos 13 y 311 LECrim. Lo contrario, haría ilusorio el dictado de medidas cautelares civiles como las que nos ocupan, si el procedimiento no se encuentra ya en avanzada fase en cuanto a su tramitación.

TERCERO.- En segundo lugar, al tratarse de una causa compleja e inacabada, no existe en este momento seguridad sobre el número de personas que podrían resultar imputadas y, por ende, someterse a una eventual fianza, extremo que es necesario concretar dado el régimen de solidaridad al que provisionalmente se somete dicha medida cautelar. Dicha alegación, debe ser rechazada, con remisión a los motivos anteriormente expuestos, ya que como se ha dicho la inconcreción del número de imputados, en nada impide la fijación de la cuantía de la fianza, sin perjuicio de que a lo largo de la investigación se vaya adaptando aquella, como así en el auto ahora combatido, en el que no debe olvidarse contiene incluso una modificación al alza de la cuantía.

La cuantía de la fianza se alcanza sobre la base del perjuicio causado para cuyo cálculo se toma el importe de las inversiones realizadas por los querellantes en el periodo investigado. Como dice el Ministerio Fiscal, esas inversiones se realizaron de acuerdo con la información económica inveraz hecha pública por la sociedad, debiendo entenderse que se causa un perjuicio a los inversores desde el momento en que éstos llevan a cabo el acto de disposición patrimonial en una sociedad en situación de insolvencia encubierta. Situación que le aboca no sólo a un concurso de acreedores (25 de abril de 2013), sino con anterioridad la suspensión de su cotización en los mercados desde el día 12 de marzo de 2013, por decisión de la CNMV, dato éste que en nada impide conocer el valor actual de las acciones, para a continuación en base a ello, negar la realidad del perjuicio, el cual existe con independencia del valor que aquellas pudieran alcanzar en el mercado tras el eventual cumplimiento del convenio alcanzado con los acreedores y el reflotamiento de la compañía. Resulta incomprensible avocar a los perjudicados a una espera "sine die" de dicha contingencia, máxime cuando el valor actual de esas acciones es nulo. La valoración a tener en cuenta en todo caso, no debería ser la actual, sino la que tenía en el momento de la suspensión por la CNMV que se había desplomado hasta el 5,91 euros, siendo ello anterior a la declaración de concurso. Ninguna de las actuaciones posteriores ha acreditado un repunte significativo de las mismas. Alude además el recurrente, en su escrito de 3 de septiembre de 2014 que no tiene sentido calcular las eventuales responsabilidades civiles de este asunto sumando simplemente "los importes de todas las inversiones" realizadas por los accionistas personados, tal y como se hace en el Auto recurrido, obviando con ello, que los

perjudicados van más allá de los meros accionistas, como pueden ser los acreedores personados, y otros que aún puedan personarse, lo que insistimos, en nada obsta para que se modifique nuevamente la cuantía de aquella.

Tampoco cabe acoger la tesis del recurrente de los supuestos inversores especulativos (alegación 7ª), según aquél, que adquirieron acciones en el periodo entre el 4 de marzo de 2013, y el 12 de marzo de 2013 (fecha de la suspensión de la cotización) deben soportar las consecuencias adversas de dichas inversiones, pues contaban con información suficientemente expresiva sobre la situación económica de la sociedad, lo que no es así, ya que la verdadera situación económica de la mercantil se encontraba oculta, siendo inveraces sus cuentas anuales, por lo que tal ardid impedía conocer la situación económica real de aquella, sin necesidad de calificar a aquellos inversionistas como meros especuladores.

La pendencia de algún recurso de apelación en su caso, interpuesto contra el Auto de 16 de agosto de 2013, de ser así en nada obsta a la resolución del presente recurso, que afecta a una resolución dictada con posterioridad a aquél. .

CUARTO.- En cuarto lugar, la medida acordada carece de motivación y no concurre la “apariencia de buen derecho”, pues las conductas investigadas –supuestamente irregulares- lejos de merecer censura, ponen de manifiesto que el recurrente procedió en la forma más adecuada para el sostenimiento de la empresa en circunstancias económicamente adversas.

Por lo que a la falta de motivación de la resolución ahora combatida se refiere, baste recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE es un derecho complejo que incluye --entre otros-- la libertad de acceso a los jueces y tribunales, al derecho a obtener una resolución con motivación suficiente, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Lo que comporta y significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses; por lo demás, la indefensión en sentido constitucional se produce, por consiguiente, cuando se priva al justiciable de

alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos (STS de 18 de Septiembre de 2003).

Dentro de este amplio derecho constitucional establecido en el artículo 24.1 CE debe comprenderse, entre otros, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y Tribunales y exige que las resoluciones expliciten de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además está prescrito por el artículo 120.3 CE, habiéndose elaborado una extensa doctrina jurisprudencial fijadora de los requisitos y alcance de la motivación, que tiene por finalidad poner de manifiesto el proceso lógico jurídico que ha conducido al fallo (SSTC 46/1996 de 25 de marzo y SSTS de 30 de diciembre de 1996, de 5 de mayo de 1997, y de 26 de enero de 1998).

En el mismo sentido, el deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones es una garantía esencial del justiciable, directamente vinculada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que entronca simultáneamente con el sistema de recursos establecido por la ley --a fin de que los Tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la censura de aquéllos--, con el sometimiento de los jueces al imperio de la ley que proclama el artículo 117.1 CE y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizada por el artículo. 9.3 CE. Igualmente, no debe olvidarse que también es jurisprudencia (STS de 13 de febrero de 1998) que "la conexión entre los artículos 24.1 y 120.3 CE no impone una especial estructura en el desarrollo de los razonamientos y que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación".

Cosa distinta es que la motivación del órgano judicial de la instancia (en el caso, la resolución que acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del Procedimiento Abreviado) no coincida con las pretensiones del ahora recurrente. No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). Y es que, en el caso que nos ocupa, la lectura de la resolución impugnada permite constatar que su

fundamentación no sólo es clara y precisa, sino además suficiente, como así lo acredita el contenido del propio recurso, máxime cuando la fianza impuesta se hace sobre la base exclusiva de la cuantificación de los perjuicios causados hasta la fecha reclamados, aumentada en un tercio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 589 LECrim.

Pero es que además, las medidas cautelares civiles en el seno del proceso penal vienen reguladas en los artículos 589 a 614 LECrim (en sede del procedimiento ordinario) y en el artículo 764 LECrim (en el procedimiento abreviado). Los presupuestos para la adopción de las mismas tal y como exige el artículo 728 LEC al que se remite la LECrim, son el “fumus boni iuris”, el periculum in mora” y el ofrecimiento de caución. Adaptados al proceso penal, el “periculum in mora” o riesgo de la ineffectividad de la resolución que en su día recaiga, y que en el caso de autos, resulta asimismo acreditado a la vista de las plurales conductas objeto de investigación, los perjuicios causados, no ya indeterminados, sino debidamente cuantificados en el auto de 27 de enero de 2014, y la especial relación del ahora imputado con las sociedades en cuestión de la que era ni más menos el Presidente del Grupo, en cuyo seno se cometieron los supuestos ilícitos penales, por lo que en caso de no adoptarse los afianzamientos acordados harían ilusoria la declaración de cualquier tipo de responsabilidad civil, máxime a la vista de las importantes cantidades de dinero en las que se han fijado aquellas, y el número de perjudicados, por lo que la concurrencia de los presupuestos exigidos resulta indiscutible.

QUINTO.- La medida que se combate desconoce la actuación colaboradora del recurrente, quien en febrero de 2013 desistió de firmar unas cuentas anuales que no se ajustaban a la realidad y posteriormente comunicó a la CNMV las discrepancias contables detectadas, solicitando la declaración de concurso con el fin de ordenar dicha situación. Ello es una cuestión, que en nada afecta a la resolución que ahora nos ocupa, sin perjuicio de que si aquella conducta queda acreditada, y es relevante, pueda ser alegada por la defensa, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

La existencia de nuevas imputaciones, lo que no puede descartarse, en nada obsta para la adopción de las medidas cautelares que ahora nos ocupan, al igual que

tampoco cabe descartar la personación de nuevos perjudicados, que justificaría un incremento de la cuantía de aquella, y que habrán de fijarse definitivamente en el auto de apertura de juicio oral (artículo 783.2 LECrim).

SEXTO.- Por último, argumenta que no concurre tampoco el requisito del “periculum in mora”, pues no son reales los riesgos que se hacen derivar de la localización de las cuentas bancarias abiertas en Portugal a nombre de una sociedad “Quinta do Sobreiro S.L.” que se vincula indebidamente con el recurrente. Las autoridades judiciales portuguesas, según consta en autos, bloquearon la cantidad de 4.651.000 euros en dos cuentas de dicha sociedad. Una de ellas según recoge el informe del Ministerio Fiscal, fue abierta por la esposa del recurrente, recibiendo entre el 26 y el 28 de agosto de 2013 la cantidad de 4.236.000 euros procedentes de cuentas españolas de la citada sociedad y de la mercantil “Kiwi España S.A.”. Ambas mercantiles están controladas por el imputado ahora recurrente, el cual fue su administrador único hasta el 13 de febrero de 2014; así como propietario de “Kiwi España S.A.” a través de la “Sociedad Anónima de Desarrollo y Control” (SODESCO) hasta el 1 de agosto de 2012; propietario único de “Quinta do Sobreiro S.L.” hasta el 25 de mayo de 2005; y copropietario de esta sociedad hasta el 15 de septiembre de 2009. Tras sucesivas operaciones de transmisión de acciones y participaciones las mismas pasaron a manos de su cónyuge e hijos, permaneciendo aquél como administrador único de ambas sociedades tras esas operaciones. La investigación ha puesto de manifiesto que los fondos bloqueados en Portugal tienen origen último en cuentas de la sociedad SODESCO, cuyo saldo procede en parte de la venta de acciones de “Pescanova S.A.” que dicha sociedad llevó a cabo entre el 18 de enero de 2013 y el 22 de febrero de 2013 (350.943 acciones por 5.797.819 euros).

Según consta en el Informe de la UDEF nº 7.808/2014, desde el 23 de octubre de 2013, hasta el 23 de agosto de 2013, en el que los fondos llegaron a Portugal, aquellos transitaron por seis cuentas y doce depósitos, siendo la única persona autorizada para operar con aquellos depósitos y tres de las cuentas el ahora recurrente, figurando en las otras tres como autorizados tanto él como su cónyuge, si bien en dos de ellas desde el 12 de marzo de 2013.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso formulado.

SÉPTIMO.- No procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del coimputado en las presentes actuaciones MANUEL FERNÁNDEZ DE SOUSA-FARO contra el Auto fecha 27 de enero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en sus Diligencias Previas nº 31/2013, que acordaba la imposición a aquél, de una fianza de responsabilidad civil por importe de 158.534.946,47 euros; y en consecuencia, se confirma íntegramente la citada resolución.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a las partes y a sus representaciones procesales, con las indicaciones que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndoles saber que la presente resolución es firme, y no cabe la interposición de recurso alguno.

Una vez firme la presente resolución, archívese con las de su clase, dejando nota en el oportuno libro registro.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados al margen reseñados.