



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN CUARTA

ROLLO DE APELACION N°114/14
DILIGENCIAS PREVIAS N°20/14
ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N°2

ILMOS. SEÑES. MAGISTRADOS:
D^a ANGELA MURILLO BORDALLO
D^a TERESA PALACIOS CRIADO (PONENTE)
D^a CARMEN-PALOMA GONZALEZ PASTOR

A U T O N° 121/14

En la Villa de Madrid, a 13 de junio de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 13 de febrero de 2014, tuvo entrada en la Audiencia Nacional escrito de querrela formulado por la procuradora de los Tribunales D^a Almudena Gil Segura en nombre y representación de D. **y otros**, contra el Banco Santander SA, Santander Emisora 150 SAU, los administradores de ambas entidades, los responsables de la emisión "Valores Santander", D. Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca y D. José Antonio Soler Ramos, los directores de venta del producto financiero "Valores Santander" y los distintos empleados de las oficinas de "Banco Santander" que ofrecieron el citado producto, por la comisión de presuntos delitos de estafa, de los arts. 248 y 249 del Código Penal, apropiación indebida, del art. 252 del Código Penal, publicidad engañosa, arts. 282 y 282 bis del Código Penal y falsedad en documento mercantil del art. 390 del Código Penal, incoándose por el Juzgado Central de Instrucción n°2 en auto de 17 de febrero de

2014 diligencias previas de las que se dio traslado al Ministerio Público, quien en su informe de 31 de marzo de 2014, manifestó la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos a tenor de lo dispuesto en el art. 65-1.c) de la L.O.P.J.

Con fecha 14 de abril de 2014, el Juzgado Central de Instrucción nº2 dictó auto cuya parte dispositiva acordaba:

"SE DECLARA LA COMPETENCIA de este Juzgado Central para el conocimiento de los hechos a que se refieren las presentes diligencias.

Se inadmite la querrela formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Almudena Gil Segura en nombre y representación de las personas reseñadas en el antecedente factico primero de esta resolución, por delitos de Estafa, Falsedad, Apropiación indebida y contra el Mercado y los Consumidores, contra Banco de Santander SA, Santander Emisora 150 SAU, los administradores de ambas entidades, los responsables de la emisión Valores Santander, Don Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca y Don José Antonio Soler Ramos, **disponiéndose el SOBRESEIMIENTO LIBRE** de las presentes diligencias y su archivo ,una vez firme esta resolución, al no revestir caracteres de delito los hechos a que dicha querrela se refiere (...)"

Contra la anterior resolución, la procuradora D^a Almudena Gil Segura en representación de D. y otros, interpuso mediante escrito registrado el 28 de abril del año en curso, recurso de apelación que se tuvo por interpuesto en proveído de 29 de abril siguiente, y conferido traslado a las partes, se adhirió al mismo el Ministerio Fiscal en su escrito registrado el 12 de mayo de 2014.

Remitido el testimonio de particulares deducido, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Cuarta el día 4 de junio de 2014, en que por diligencia de ordenación de la misma fecha se formó el Rollo reseñado al margen, se designó como Magistrada Ponente a la Ilma. Sra. D^a Teresa Palacios Criado y se señaló para deliberación y fallo el día 11 de junio 2014, lo que tuvo lugar.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de apelación entablado por la representación de D. _____ y otros más, contra el auto de 14 de abril pasado, impugna dicha resolución en base a tres aspectos, que son de analizar en el mismo orden en que han sido planteados.

En primer lugar, entiende la parte recurrente que entre el auto de 17 de febrero del presente año y el siguiente de 14 de abril, se produce una contradicción toda vez que en la primera de las resoluciones se acordaba la incoación de Diligencias Previas por considerar que los hechos podían ser constitutivos de delito, cuando, la última de las resoluciones citadas, llega a la conclusión de que no lo son, sin haber practicado diligencia de prueba alguna de las propuestas por la parte recurrente ni de las solicitadas por el Ministerio Fiscal, infringiendo el ordenamiento jurídico y resultando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por la CE en su artículo 24, provocando indefensión y grave perjuicios a los querellantes.

En lo que respecta a esta cuestión, consta, que el auto de 17 de febrero pasado, según los razonamientos jurídicos de dicha resolución y por el tenor de lo que acuerda, relativo a dar traslado al Ministerio Fiscal para que informara sobre competencia e interesase, en su caso, la práctica de diligencias, pudiera parecer, que implícitamente había admitido a trámite la querrela formulada, quedando a la espera, del informe del Ministerio Público sobre los extremos interesados.

Sin embargo, donde realmente se pronuncia el Juzgado Central de Instrucción nº 2, es en el auto de 14 de abril pasado, cuando decide, una vez evacuado el informe interesado, declarar la competencia de dicho órgano judicial y a la vez la inadmisión de la querrela formulada, disponiendo, igualmente,

el sobreseimiento libre de las actuaciones por no revestir caracteres de delito los hechos a que dicha querella se refiere.

Tanto el pronunciamiento relativo a la competencia del órgano judicial como el relativo a no constituir delito los hechos en que se funde la querella, están previstos uno y otro, en el artículo 313 LECr. Es más, la primera cuestión que ha de abordarse cuando se le turna al Juzgado Central de Instrucción el escrito inicial del procedimiento ha de ser la relativa a la competencia para conocer de los hechos denunciados a la luz de los artículos 23 y 65 LOPJ. Ello, por cuanto, sólo una vez fijada la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción, es cuando procede examinar si los hechos denunciados revisten o no los caracteres de delito; dicho de otro modo, si el Juzgado carece de competencia huelga más pronunciamiento que el de la inhibición al que considere que es el competente, debiendo ser finalmente este otro el que habrá de pronunciarse sobre el resto, con lo que el Juzgado Central, no obstante esa aparente contradicción, ha observado lo dispuesto en el citado artículo 313 LECr.

La parte recurrente conecta el pronunciamiento dictado con la infracción del artículo 24 CE, pues, según el recurso entablado, interesó la práctica de diligencias varias, solicitud que asimismo realizó el Ministerio Fiscal, sin que, no obstante ser el propio Juzgado el que así lo instó del Ministerio Público, dispuso finalmente, no ya el no practicar ninguna de las pedidas, sino el sobreseimiento libre de las actuaciones, sin que le precediera la mínima instrucción en investigación de los hechos denunciados, cuando, sigue diciendo el recurso formulado, el parecer inicial del auto de 17 de febrero pasado, se orientaba de forma contraria a la resuelta.

Ya se ha destacado, que efectivamente, la resolución de 17 de febrero se prestaba a confusión, pero, al acordarse en la subsiguiente resolución de 14 de mayo pasado la inadmisión de la querella por considerarse que los hechos denunciados no son

constitutivos de delito alguno, tal decisión, consecuentemente, no posibilita investigar los mismos.

Ello, en abstracto, no conculca el artículo 24 CE, en tanto que no todo lo que se denuncia ante los Juzgados del orden penal tiene tintes de esa naturaleza, con lo que no existe un derecho absoluto a que se de lugar a la instrucción solicitada, sino que ésta se acomete cuando quien ha de efectuarla, parte de la premisa de que se trata de investigar hechos en los que se advierta tal naturaleza penal. En el caso que nos ocupa, si el Juzgado ha considerado que dicha circunstancia no se da, es claro, que no iba a acordar diligencia alguna cuando la vía penal para la investigación de los hechos objeto de la querrela se ha cerrado de plano, lo cual, ya se dijo, lo prevé el artículo 313 LECr. Distinto es que se comparta esa decisión, lo que se abordará más tarde.

Antes de seguir, aún cuando el artículo 313 LECr habla de querrela y en esos términos se pronuncia el auto de 14 de abril pasado, que acuerda la inadmisión de la presentada, en puridad, el escrito inicial del procedimiento no es tal.

Examinados todos y cada uno de los poderes presentados con el escrito de la denominada querrela, ninguno contiene cláusula alguna que faculte especialmente para interponer querrela contra persona determinada por delito concreto, sino que se trata de poderes generales los otorgados, sin que se haya solicitado que se subsane mediante la presentación de poder especial o por la ratificación de los poderdantes, de modo que el escrito inicial del procedimiento no rellena los requisitos que exige el artículo 277 LECr. No obstante ello, es de todo punto subsanable.

SEGUNDO.- El segundo de los alegatos gira en torno a la nulidad de actuaciones por resultar infringido el artículo 302 LECr, produciéndose, según el recurso articulado, indefensión a los denunciados.

La parte recurrente desarrolla este alegato al decir que dictado el auto de 17 de febrero de 2014, se dio conocimiento

inmediato a la parte querellada, tras lo cual, al parecer, realizó comparecencia mediante su letrado, aportando incluso medio de prueba documental, no teniendo conocimiento la recurrente sino a través del auto de 14 de abril siguiente, que lo menciona, conculcando el artículo 302 LECr y vulnerando el derecho de defensa, máxime, teniendo en cuenta, la resolución dictada que se fundamenta en el medio de prueba documental que presenta la querellada, del que no se dio conocimiento siquiera a la querellante y no valoró la aportada por la misma en su querrela, ni lo solicitado también por el Ministerio Fiscal.

Efectivamente, obra una comparecencia de un letrado en nombre del Banco de Santander, de la misma fecha que el auto de 14 de abril pasado e inmediatamente anterior al dictado de la misma, pues dicha resolución alude expresamente a la documentación que se dejó unida por dicho letrado, y, consta igualmente, que en fecha de 6 de mayo siguiente, se presentó escrito en nombre de dicha entidad bancaria, en el que se efectuaban unas alegaciones en relación al repetido auto de 14 de abril de 2014, al tiempo que se solicitaba, tener al Banco de Santander por personado en el procedimiento y que se les diera traslado de los recursos entablados contra aquella resolución, a fin de impugnarlos.

Es en providencia de 7 de mayo de 2014, cuando frente a la pretensión antes referida, se le da respuesta por el Juzgado. Dicha resolución, era la procedente, pero, al no admitir la personación de quien no podía ser parte, pues la querrela no había sido admitida a trámite, difícilmente se podían tener en cuenta los alegatos y barajar unos documentos, suministrados, por quien no había sido llamado al proceso, siendo esto último, lo que acertadamente acordaba dicha resolución, la que sin embargo no se pronunció sobre la otra circunstancia denunciada.

El juzgado, resolvió la pretensión adecuadamente conforme lo argumentado en la providencia de 7 de mayo pasado, pero era lo suyo, completando dicha decisión, acordar asimismo devolver

los documentos a quien los había presentado, sin dejar constancia de tales y de cualquier escrito dirigido al procedimiento.

El hecho de que no fuera así conculcó el elemental derecho preconizado en el artículo 24 CE, pues, si bien los recurrentes podían hacer llegar al procedimiento, con anterioridad al dictado de la resolución combatida todo aquello que fuera de su interés, el juzgado tuvo a bien no sólo dejar constancia de lo aportado por quien no era parte, sino que además de tal circunstancia, tuvieron conocimiento el Ministerio Fiscal y quien instó el procedimiento en el auto de 14 de abril pasado, con lo que, nada sobre dicho aporte o alguna consideración que entendieran oportuna, uno y otro, pudieron realizar. El que se barajaran dichos documentos en el auto de 14 de abril pasado, es aún de mayor calado, en lo que a la conculcación de las normas del procedimiento se refiere, pues aparte de lo dicho, se infringió el principio de la contradicción debida, teniendo en cuenta que las partes personadas nada pudieron argüir, sin más posibilidad, que impugnar la resolución citada.

No obstante lo anterior no hay méritos para acordar la nulidad del auto dictado que argumenta como tiene por conveniente la inadmisión de la querella formulada, tratándose sencillamente de comprobar, y esto es lo crucial, si a la luz de los hechos denunciados, y también teniendo presente los documentos aportados con el escrito inicial del procedimiento, omitidos en la resolución combatida, hay base para acceder a la pretensión revocatoria instada.

TERCERO.- El auto de abril de 2014, no sólo acuerda la inadmisión a trámite de la querella formulada sino que dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones por no constituir infracción penal los hechos denunciados. Este segundo pronunciamiento, que el Ministerio Fiscal considera cuanto menos aventurado, a tenor del escrito de adhesión al recurso de apelación formulado, es equiparable a la cosa juzgada, en

tanto en cuanto goza de la misma eficacia. Ello significa, que se ha acordado el sobreseimiento libre de las actuaciones porque el Magistrado Instructor ha concluido que la vía penal es inequívocamente inviable, lo cual, de ser así, teniendo en cuenta lo que tal pronunciamiento entraña, exige, aún más cuando se solventa de plano sin la mínima comprobación y sin la práctica de diligencia alguna, que se advierta con una claridad meridiana la absoluta distancia entre el relato fáctico denunciado y cualquier conducta penal de las descritas en el Texto Punitivo español.

Con ser este aspecto importante, no es el que realmente se ha de examinar en primer lugar, sino, según la parte dispositiva del auto de 14 de abril pasado, el relativo a la inadmisión de la querrela formulada, pues, si se revoca dicho pronunciamiento deja de tener eficacia el asimismo acordado de sobreseimiento libre de las actuaciones. Sobreseimiento libre, que el legislador ha previsto en fase ulterior tanto si se sigue el procedimiento por las normas reguladoras del Sumario como si es por las reglas del denominado procedimiento abreviado y que en el presente caso, se realiza *ab initio*, como dice el Ministerio Fiscal, cuando realmente bastaba, y es lo que si está previsto *ab initio* conforme al artículo 313 LECr, que el Juzgado se pronunciara sobre la admisión o no a trámite de la querrela formulada.

El auto de 14 de abril pasado, tras relacionar los hechos de la querrela (por ahora denuncia), hace unas consideraciones en base a las que entiende que los hechos no constituyen delito alguno. Consideraciones estas que, sin embargo, se mueven en el campo de la duda (penúltimo y último párrafo del razonamiento jurídico quinto), para terminar concluyendo, no sólo que se inadmite la querrela formulada sino que se dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones. Se vuelve sobre este segundo pronunciamiento sólo por destacar la incongruencia entre el mismo y las dificultades que al Magistrado Instructor le suponen aspectos esenciales que, sin embargo, no opta por aclarar, por cuanto tampoco, según dice,

encuentra base fáctica a una serie de alegaciones de los denunciantes.

Sin embargo, en otro apartado de la resolución, junto a definir la clase de producto en que consistió el valor Santander, especificar el contenido del tríptico y mencionar el folleto informativo (todo ello relativo a las condiciones de emisión del producto valor Santander), sostiene, que dicho tríptico, accesible también en la red, y el folleto, permitían conocer el producto ofrecido.

La nebulosa de algunas apreciaciones, ya indicadas, contrasta, con las rotundas afirmaciones del auto para con otras, al dar por sentado que se conocían por los suscriptores (al menos por los denunciantes) las condiciones y contenido del producto bancario.

No se discute en modo alguno que el tríptico contuviera las condiciones de la emisión del producto, a que respondía y cualquier circunstancia esencial sobre el mismo (folios 144 y 145), lo cual no significa que fuera en si mismo inteligible para determinados perfiles de potenciales clientes.

Lo que la denuncia mantiene, y este Tribunal comparte, contrariamente a lo que afirma el auto recurrido, es que hay base fáctica para plantearse, investigar y despejar las dudas que se refieren en la resolución. Con acudir a los documentos presentados con el escrito inicial del procedimiento, se puede en principio sostener que en variados casos (se trató de una emisión en nueve días hábiles, entre 129.000 personas que reportó con la suscripción del producto, 7.000.000.0000 euros), no se tuvo conocimiento del tríptico ni de otro documento informativo (a excepción del argumentario de valores, documento 56) sino, exclusivamente, de lo que manifestaron a los potenciales suscriptores los comerciales (en algunos casos el propio director o subdirector de la sucursal, documentos 57 a 85); de hecho, consta la fecha del contrato posterior (cuando ya estaba registrado y autorizado el 19 de septiembre de 2007 el tríptico por la CNMV, entre otros de entre los documentos 82 a 115, 118 y 119), a la de la

suscripción del producto, en fechas anteriores a esa otra de registro y autorización por la CNMV, de 19 de septiembre de 2007.

Es factible sostener, que si eso aconteció con anterioridad al 19 de septiembre de 2007 en relación a algunos de los suscriptores, puede igualmente darse casos, que también refiere la denuncia, en los que otros tantos se encontraran en la misma situación después de esa fecha, a pesar, de constar en los contratos que el cliente conocía el tríptico. Ante tales afirmaciones de los denunciante, soportadas en la documental aportada a su instancia, habrá que saber si fue así y a qué pudo responder dicha circunstancia. Siempre, según la denuncia y la documental adjunta, respondió a que los clientes se creyeron lo que les decían, nada que ver, con estar contratando un producto de riesgo y especulativo.

No hay que pasar por alto que, de entre los suscriptores, algunos de 76, 80, 82 y 85 años de edad, (de entre los documentos 57 a 81), es difícilmente imaginable que los que estuvieran en torno a dichas edades quisieran suscribir un producto especulativo, sino rentabilizar un dinero a plazo fijo, que es lo que sostienen que se les ofreció, hasta el punto, según la documental obrante, que hubo clientes que optaron por cambiar a valores Santander otros productos que ya tenían, porque se les decía que era más seguro, en cuanto que se trataba de un depósito a plazo fijo de alta rentabilidad y por un periodo de cinco años. Ante ello, es sostenible, volviendo al contenido del tríptico que describe un producto especulativo, que de haber sido manejado por determinados perfiles de suscriptores, no lo hubieran contratado. De hecho, en la documentación aludida, hay una respuesta unánime en ese sentido.

De entre los denunciante (a la vista de los poderes generales aportados), hay jubilados, pensionistas, amas de casa con estudios primarios, un albañil, una auxiliar domiciliaria, además de un arquitecto técnico, profesores, funcionarios, administrativos y un comerciante. Habrá que

profundizar, si entre estas personas fueron las idóneas a las que captar para asegurarse la suscripción del producto, o por contrario, les llevó a ello saber (quizás sólo ese dato), que su aportación iba a reportarle un rendimiento del 7,30%, siendo asimismo factible, que esa retribución fuera lo que les moviera a concertar el producto, y no quisieron reparar en más, pero, en cualquier caso, ante el abanico de situaciones que pudieron darse, merece ser investigado.

Es cierto que se ha acudido a la vía civil en muchos casos, y, también es cierto, que la vía penal es la última razón de ser en la que rige el principio de intervención mínima, pero no es menos cierto que los hechos denunciados, conforme a lo expuesto, en cuanto que sobre los mismos planea la duda acerca de si al tiempo de mover la voluntad de los potenciales suscriptores del producto, pudo existir el elemento del engaño, configurador del delito de estafa, y, si tal proceder fue aislado o genérico, lo que actualmente no se puede saber, sino a través de una investigación que demandan los denunciados (se han unido otras denuncias en las que la documental apunta a que las operaciones fueron antes de la fecha de 19 de septiembre de 2007, de entre los folios 79 a 232), lleva a este Tribunal a concluir que, tal como ya ha aventurado, se ha de propiciar la investigación.

Para acabar, se ha de significar que, en aras de una adecuada respuesta, se ha tenido presente el informe de la Intervención General de la Administración del Estado (folios 285 a 313), el cual efectúa un estudio sobre el producto valor Santander, su naturaleza, contenido, condiciones de la emisión y, sobre la crisis económica en el año 2008, en tanto pudo tener una incidencia a la hora del quebranto patrimonial previsible para los clientes, producto aquel, los valores Santander que "se colocaron de forma masiva y quizás indiscriminada entre la generalidad de los clientes del Banco, en unos momentos que se podía intuir y notar los inicios de las turbulencias de los mercados financieros". Se extiende el informe a otros aspectos relacionados con los clientes, sus

perfiles, y hasta si se ha podido producir engaño (del tipo penal de la estafa) a los mismos. Sometidos a consideración, tanto, dicho dictamen, que trata aspectos que se ha de clarificar en sede judicial como los hechos descritos por los denunciados sustentados en la documental aportada redundante, todo ello, en la idea de que no es descartable la vía penal a la que se ha acudido.

Sólo añadir, que es sostenible pensar, en base a lo analizado, que varios de los suscriptores del producto valor Santander, no estuvieran por la labor de convertir sus ahorros, plan de pensiones, depósitos o imposiciones a plazo fijo, en unas acciones (acciones ordinarias de nueva emisión del Banco), y que por el banco en cuestión, a través de personal del mismo, dados los perfiles de aquéllos (a los que se les buscó), no se les suministrara convenientemente la oportuna información sobre el producto cuya emisión suscribieron. Lo que se desprende de la documentación aportada indica que de lo que se trataba era de la emisión de un producto con el que se captó la suma de siete mil millones de euros (lo que hizo innecesaria la ampliación de capital de cuatro mil millones de euros prevista como otra vía de financiación en vistas a la compra del banco, que se adquirió finalmente), aportados por 129.000 clientes en tan solo nueve días hábiles, de modo que, pudiendo haberse producido en variados casos la contratación del producto en las distintas circunstancias descritas en la denuncia, es lo suyo, estimar los recursos de apelación entablados contra el auto de 14 de abril pasado, revocando los pronunciamientos relativos a la inadmisión a trámite de la querrela formulada y al sobreseimiento libre de las actuaciones, asimismo decretado.

Vistos los artículos 277 y siguientes de la LECr, 248 y siguientes del Código Penal y 24 CE, **el Tribunal ACUERDA,**

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Almudena Gil Segura en nombre y representación de **D. y otros**, contra el auto de fecha 14 de abril de 2014 dictado por el Juzgado Central de Instrucción n^o2 en el marco de las Diligencias Previas n^o20/14, **revocando** los pronunciamientos contenidos en el mismo relativos a la inadmisión a trámite de la querrela formulada y al sobreseimiento libre de las actuaciones.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a sus representaciones procesales con las indicaciones que establece el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra el presente Auto no cabe interponer recurso alguno.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen.