

LA MEDIDA CAUTELAR DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL

La seguridad jurídica y la tutela judicial en el Reino de España. El caso Intervida

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. El inicio del drama judicial. 2. Adopción de una medida cautelar sin base legal. La intervención judicial que era administración judicial: A) Normas aplicadas: a) Artículo 13 de la Lecrim; b) Artículo 129.1, e) en relación con los artículos 515 y 520 del CP; B) Algunas irregularidades en la petición y en la concesión de la intervención judicial; C) Intervención y administración: dos realidades jurídicas diferentes; D) Medida más gravosa y nombramiento de administradores según lo dispuesto en la LEC; E) Nunca se acordaron medidas cautelares personales. 3. Y, después de todo, falta de competencia. 4. Sobreseer sin levantar la medida cautelar. Auto de sobreseimiento sin levantar las medidas cautelares: A) Sobreseer después de cinco años perdidos. B) Con mantenimiento de la medida cautelar; C) Recurso de apelación y su estimación: a) Sentido y contenido del recurso; b) Su estimación. 5. ¿Prórroga de la medida cautelar?: A) Las normas estatutarias; B) El ataque por la prorrogabilidad; C) La Fiscalía y la prórroga (*mutano d'accento e di pensiero*).- 6. La medida cautelar concluye pero los legítimos gestores no son repuestos en sus cargos: A) Cronología de los hechos; B) El Auto de 12 de julio de 2012; C) Desestimación del recurso de reforma; D) Desestimación de la apelación. 7. Sin conclusión. La medida cautelar se convierte en definitiva.

1. INTRODUCCIÓN. EL INICIO DEL DRAMA JUDICIAL

El drama del que aquí se da cuenta y razón comenzó cuando, en junio de 2003, se presentó una denuncia anónima ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y contra los dirigentes de la Fundación Privada Intervida.

En el derecho español las denuncias anónimas no permiten la incoación de actividad investigadora alguna [como se desprende clara-

mente de los arts. 266 y 267 de la Lecrim y se dispuso ya en la Novísima Recopilación (XII, XXXIII, 7), salvo que los hechos tuvieran carácter notorio], pero la Fiscalía dicha incoó sus diligencias de investigación 55/2003. Esas diligencias duraron cuatro años y exigieron pedir ocho prórrogas al Fiscal General del Estado, el cual las fue concediendo de un modo dudosamente legal. El artículo 5 de la Ley 50/1981 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) dispone que la duración de las diligencias de investigación fiscal no podrá exceder de seis me-

ses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Prórroga en singular, no ocho prórrogas, pues ello supondría admitir una prórroga indefinida.

La octava prórroga se concedió el día 25 de junio de 2007 y en el Decreto del Fiscal General se decía que se concedía porque, conforme a lo solicitado por la Fiscalía de Barcelona, hasta la fecha no había elementos suficientes para interponer denuncia o querrela. Con todo y sorprendentemente, el día 27 de junio —dos días después del Decreto anterior— la Fiscalía de Barcelona presentó querrela. Habría que concluir que ¡en dos días! cambió la situación y que de la nada surgieron elementos suficientes.

La presentación de la querrela estuvo precedida, como es ya habitual, por la filtración de la misma a los medios de comunicación afines, los cuales por esos días transcribieron párrafos enteros. Esos medios hablaban de que habían desaparecido 200 millones de euros de la Fundación Privada Intervida, aunque luego la cantidad fue descendiendo. El escándalo estaba servido y no cabe extrañarse de que la Fundación Privada Intervida, que llegó a tener 357.238 padrinos y unos ingresos de más de 90 millones de euros al año, perdiera en unos pocos días 60.000 padrinos, como daño inicial causado.

La querrela, con 57 folios, se dirigió contra seis personas bien identificadas a las que se imputaban los delitos de estafa, apropiación indebida, societario y asociación ilícita, pero de manera que no se relacionaban las personas con hechos determinados ni con delitos concretos. No se darán aquí los detalles, aunque sí puede resaltarse que, repartida la querrela al Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona, su titular, sin cuestionar su competencia y sin mencionar la querrela incoó diligencias previas (con el habitual auto formulario y aludiendo a un inexistente atestado), acordó el secreto de las actuaciones y la intervención de varios teléfonos y ordenó a la Agencia Tributaria y al Banco de España remitir diversas informaciones (en algunos casos referidas a personas no querelladas y en otros atinentes a extranjeros no residentes).

Por fin, el Auto de 9 julio de 2007 admitió la querrela y seguidamente, en otras resoluciones con la misma fecha, ordenó la entrada y registro de diversas oficinas y domicilios de particulares y requerir a entidades de crédito (unas identificadas y otras de este modo: «cualesquiera otras entidades bancarias») la remisión de información sobre 55 personas físicas y entidades (buena parte de ellas extranjeras y la mayor parte de las primeras no querelladas).

2. ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR SIN BASE LEGAL. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL QUE ERA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Pero lo que más importante, aquello que marcó todo el proceso penal y a lo que atenderemos seguidamente, fue la petición de la medida cautelar de «intervención judicial» de siete entidades jurídicas, todas ellas ONG's, de las cuales tres estaban radicadas en Cataluña y cuatro en el resto de España.

Lo pedido fue literalmente: «intervención judicial y, por consiguiente, la suspensión temporal en todos sus cargos de las personas que forman parte del Patronato de las fundaciones y de la Junta Directiva de las asociaciones y el nombramiento de tres personas o de un ente público como administradores judiciales, quienes pueden ser propuestos por el Protectorado de Fundaciones de la Generalitat de Catalunya (sic), para que desempeñen el cargo de dirección y gestión, de las siguientes entidades».

La petición de la Fiscalía fue íntegramente acogida por la Juez de Instrucción, sin perjuicio de añadir algo en contra de lo pedido. Se pidió esa intervención, si bien diciendo que se acordara después de la entrada y registro de los locales y domicilios particulares, a los que antes nos hemos referido, y ello se hizo para poder luego cumplir con lo que disponía el artículo 129 del Código Penal: la intervención debe hacerse «previa audiencia» «de los titulares (de la empresa) o de sus representantes legales».

Dicho lo anterior, y atendido que la Juez de Instrucción acordó la intervención judicial, es preciso ahora atender a esa decisión judicial poniéndola en relación con la legalidad entonces vigente, para lo que debe atenderse someramente a todo un conjunto de normas interpretándolas adecuadamente.

A) NORMAS APLICADAS

Según se dice en la querrela, y se cita después en el Auto de 11 de julio de 2007, se está de entrada a la aplicación de los artículos 13 y 758 de la Lecrim. Luego la norma base fue el artículo 129.1, e) del CP.

a) Artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Habida cuenta de que el artículo 758 Lecrim lo único que dispone es que el proceso abreviado se acomodará a las normas comunes, en tanto no exista norma especial, la única norma que se citó como aplicable de entrada acabó siendo el artículo 13 de la Lecrim. Hay que entender, por tanto, al sentido de esta norma.

A partir del artículo 8 se regula en la Lecrim la competencia de los tribunales penales y se hace distinguiendo entre órganos de la jurisdicción ordinaria y órganos de las jurisdicciones especiales, para establecer seguidamente una regla general: El conocimiento de las causas y juicios criminales corresponde en principio a los tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 8). Esta norma de competencia es general, con *vis attractiva*; por el contrario, la competencia de los tribunales especiales se determina con norma específica, de interpretación restrictiva.

Desde la regla general se contempla seguidamente en la Lecrim una posible contingencia, como es la necesidad, atendidas las circunstancias de hecho, de tener que acordar primeras diligencias o diligencias de prevención, que son siempre urgentes, en las causas de competencia de tribunales especiales. Esto es, cuando surjan hechos aparentemente delictivos que parezcan de la competencia de un tribunal especial, razones de urgencia pueden

tener que llevar a la adopción de medidas urgentes o primeras diligencias. En este caso la norma dispone que la competencia para esas primeras diligencias puede corresponder a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que, adoptadas esas diligencias, el tribunal ordinario remitirá las actuaciones al tribunal especial competente para conocer de la causa (art. 12).

En ese contexto dispone el artículo 13 cuáles son las primeras diligencias, las urgentes, las que puede acordar un tribunal ordinario, que no es competente para conocer de la causa. Esas diligencias son, y eran en 2007, fecha del Auto de 11 de julio, «la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley». Los dos artículos citados atienden a los casos de la que se ha llamado violencia de género.

Dejando a un lado el supuesto de la violencia de género, que no es ahora de interés, y estando a lo general del artículo 13, la pregunta inevitable es ésta: ¿Qué tiene que ver ese artículo 13 con la intervención judicial de siete entidades acordada en el inicio de una instrucción para la que el Juzgado no ha puesto en duda su competencia? La respuesta es: Nada; y de ahí que sostengamos que el Auto de 11 de julio de 2007, en este aspecto concreto, carecía de fundamentación en tanto que la misma era arbitraria. Citar una norma inaplicable es peor, si cabe, que no fundar jurídicamente.

b) Artículo 129.1, e), en relación los artículos 515 y 520, del Código penal

En el Derecho penal español, como en tantos otros, hasta 2010 se partía todavía de la

regla *societas delinquere non potest*, un brocardo propio del derecho canónico medieval, que se recogía de hecho en el artículo 31 del CP. Sin perjuicio de ello el artículo 129 de ese Código disponía, para los supuestos previstos en el mismo, la imposición a las personas jurídicas en la sentencia condenatoria de una serie de consecuencias del delito de muy difícil clasificación. La situación cambió con la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, que introdujo un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero lo que nos importa ahora es la situación legal en 2007, cuando se acordó la intervención judicial, pues lo posterior no es del caso al no poder ser aplicable.

En 2007 se podía imponer en la sentencia alguna consecuencia penal a las personas jurídicas, como la clausura temporal o definitiva, la disolución, la suspensión de actividades, etc., y la intervención judicial de la empresa por plazo no superior a cinco años, pero bien entendido que ello exigía que en la sentencia se condenara a alguien por el delito concreto de asociación ilícita y, además, que concurren alguna de estas circunstancias: asociaciones constituidas para cometer delitos, bandas armadas y terroristas, las que utilicen medios violentos, las de tipo paramilitar y las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia. Tratándose del delito de asociación ilícita, y después de haber impuesto a los autores la pena correspondiente, cabía que el tribunal impusiera alguna de esas consecuencias de naturaleza penal que afectaban a las entidades jurídicas. Era claramente una consecuencia a imponer en la sentencia.

Lo que decimos es evidente si se atiende al tenor literal del artículo 129. La norma en el apartado 1 enumeraba las consecuencias penales a imponer en la sentencia, y eran cinco, de la letra a) a la e). Después el apartado 2 decía: «La clausura temporal prevista en el subapartado a) (de la empresa, sus locales o establecimientos) y la suspensión señalada en el subapartado c) (de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de

la causa». Es decir, de las cinco consecuencias del apartado 1, dos de las mismas, las de los subapartados a) y c), se podían adoptar por el Juez de Instrucción durante la etapa procesal de instrucción de la causa, lo que tiene que suponer, *a contrario sensu*, que las otras tres, las de las letras b), d) y e), no se podían adoptar como medida cautelar; y entre ellas está la intervención.

Una de las partes impugnó en reforma el Auto de 11 de julio, aquél en el que se acordaba la intervención judicial, y en el Auto de 13 de agosto de 2007, la titular del Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona se limitó a decir para desestimar el recurso:

1) Las consecuencias del artículo 129 del Código Penal son también de aplicación en la fase instructora.

2) La razón jurídica de ello ésta en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues éste permite practicar como primeras diligencias las que se enuncian en el mismo y dentro de esas medidas están las previstas en el artículo 129 del Código Penal. Y ahora literalmente: «... y en consecuencia, que como tal medida cautelar no puede circunscribirse al mero ámbito sentenciador sino con carácter previo para preservar las pruebas del delito y la defensa de los perjudicados».

3) Y parece añadir que esa medida es cautelar civil y «también de aplicación conforme al art. 4 de la L.e.c. y conforme previenen los arts. 726 y ss de la L.e.c.». Estas normas se citan por primera vez en el Auto que decide un recurso y casi como de pasada.

B) ALGUNAS IRREGULARIDADES EN LA PETICIÓN Y EN LA CONCESIÓN DE LA INTERVENCIÓN

Lo que más llamaba la atención en la pretendida intervención judicial eran aspectos procesales en los que se descubrían errores en la petición fiscal y en la concesión judicial de la intervención. Aludiremos a algunos ejemplos y sólo para que se advierta que tenía que haber algo más que la mera aplicación de la ley.

1ª) La petición de la Fiscalía sobre la intervención consistía en que ésta se acordara después de practicar la diligencia de entrada y registro de siete locales y de domicilios, para que de este modo pudiera cumplirse con la exigencia del artículo 129.1 CP que imponía la audiencia de los titulares de las fundaciones y asociaciones. Pero la Juez, sin fundamentación alguna, no oyó a nadie y decretó la intervención sin audiencia de los patronatos de las fundaciones y de las juntas directivas de las asociaciones.

La norma general (que es el art. 733.1 de la LEC, la norma procesal de aplicación general, según la propia Juez de Instrucción, como hemos visto) impone oír a las partes y la norma especial (en el art. 733.2) permite acordar una medida cautelar sin audiencia de las partes, pero para aplicar la norma especial es necesario, primero, que lo pida una parte (en este caso sería la Fiscalía, aunque ésta pidió justamente lo contrario) y, después, que el juez fundamente que concurren razones de urgencia que aconsejan acordar la medida sin audiencia de las partes (en el caso, la Juez acordó la medida sin fundamentación alguna atinente a la no audiencia de las partes).

2ª) No se dijo qué personas debían quedar suspendidas temporalmente en los cargos de los Patronatos (fundaciones) o Juntas Directivas (asociaciones). Hubo una petición genérica de la Fiscalía —todas las personas y sean cuales sean— y una concesión en el mismo sentido, de modo que no se puso en relación a las personas imputadas con los cargos que ocupaban en esas entidades. Se limitaron la Fiscalía y la Juez de Instrucción a decir, de modo genérico y sin especificar nombres de personas y cargos que ocupaban, que todas las personas que figuraran en los cargos de dirección, y fueran quienes fueren, eran meros testaferros de los querellados. De este modo las personas que fueron legítima y legalmente elegidas para los cargos directivos de esas entidades, pues no hubo manifestación alguna de los Protectorados respectivos, fueron expulsadas de esos cargos sin hacer alusión aunque no se les imputara delito alguno.

Simplemente como curiosidad. Como la suspensión temporal se refería a los miembros de los patronatos y como sólo uno de los querellados formaba parte del Patronato de la Fundación Privada Intervida, resultó que los sí querellados siguieron en sus puestos directivos. Ante ese contrasentido se dio el caso de que los administradores judiciales hubieron de proceder después a despedirlos en aplicación de la legislación laboral, en algún caso de altos cargos.

3ª) La intervención se refirió a siete entidades de las cuales tres estaban sujetas a la regulación especial de Cataluña y cuatro a la general de España y, sin embargo, se pidió por la Fiscalía y se acordó por la Juez que los administradores serían propuestos, todos ellos, por el Protectorado de Fundaciones de la Generalidad de Cataluña, y a los que fueron propuestos por la Consejera de Justicia, Doña Montserrat Tura i Camafreita, se les nombró sin más. A los Protectorados de las entidades de ámbito nacional no se les oyó y tampoco se les informó.

C) INTERVENCIÓN Y ADMINISTRACIÓN: DOS REALIDADES JURÍDICAS DIFERENTES

Queda un extremo muy importante que es distinguir entre intervención y administración. Esta distinción es manifiesta en nuestro Derecho y a la misma se refiere de modo directo el artículo 727 de la LEC cuando determina las medidas cautelares específicas. Debemos insistir en que la aplicación de los artículos 726 y siguientes de la LEC fue afirmada de modo expreso por la Juez de Instrucción en su Auto de 13 de agosto de 2007, por lo que estamos dentro de lo por ella aducido.

En el artículo 727, 2ª se distingue con toda claridad entre intervención y administración, como dos situaciones jurídicas diferentes y, por tanto, no cabe pretender que cuando una norma dice intervención lo que quiere decir es también administración. El Derecho dejaría de tener sentido si cuando una ley dice intervención un juez pudiera decretar la administración judicial. Cuando se interviene una em-

presa o entidad se procede al nombramiento de interventores, y la función de estos es controlar como los administradores, que siguen siendo los titulares de la empresa o entidad, realizan su cometido. Mientras que cuando la ley habla de administración lo que se nombran son administradores, los cuales han de sustituir a los que realizaban esa función antes de la decisión judicial.

Esto supone una conclusión evidente. Si la ley —cualquier ley— dice que cabe intervenir judicialmente una empresa o entidad no está diciendo que el Juez puede proceder a nombrar administradores. Es absurdo pretender que las palabras intervención y administración son sinónimas o querer hacer que la ley diga lo que un Fiscal y un Juez quieren que diga. Es posible que en la actualidad, perdida la precisión técnica a la hora de la interpretación de los textos jurídicos y de la aplicación de los mismos, perdido el sentido de las diferencias entre los contenidos de las palabras, olvidando que no es lo mismo que la ley diga una cosa u otra, se haya creído por algunos que el Derecho es *totum revolutum* donde todo es lo mismo y todo vale, para acabar concluyendo que intervención judicial es lo mismo que administración judicial.

Lo que estamos diciendo es que —dando por supuesto hipotéticamente que fuera aplicable el artículo 129.1, e) del CP, lo que hemos negado antes— en el mismo se habla de intervención, no de administración, por lo que la Fiscalía acaso pudiera pedir y el Juzgado conceder una intervención, procediendo al nombramiento de interventores, no de administradores. Pero el Auto de 11 de julio de 2007 dispuso una intervención judicial y, seguidamente, acordó suspender a los miembros de los patronatos y nombrar administradores.

D) MEDIDA MÁS GRAVOSA Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES CONTRA LO DISPUESTO EN LA LEC

Y en ese orden de cosas, admitida la aplicación de los artículos 726 y siguientes de la

LEC, el Juzgado debió tener en cuenta dos circunstancias legales de indudable aplicación.

1ª) Según el artículo 726, precisamente el citado por el Juzgado, debe acordarse la medida cautelar que sea menos gravosa o perjudicial para el demandado, siempre que esa medida sea igualmente eficaz que la más perjudicial. Es obvio que la medida más perjudicial para la Fundación Privada Intervida y para los querrelados era la administración judicial, como se ha demostrado en la realidad de los hechos, pues desde junio de 2007 hasta junio de 2012 se han perdido sobre 250.000 padrinos, es decir, más de 60 millones de euros de recaudación al año.

También parece obvio que la intervención judicial, nombrando interventores que controlaran a los administradores, podía alcanzar la misma efectividad que la administración, por cuanto se podría haber garantizado la efectividad de la posible decisión futura de condena (condena que nunca llegó, por otra parte, como era previsible vista la poca precisión de la querrela).

2ª) El artículo 738 de la LEC, siempre dentro de los aplicables según el Juzgado, regula cómo se debe acordar la administración judicial, y lo hace por medio de una remisión a lo dispuesto en los artículos 630 y siguientes. Estas normas fueron desconocidas por la Fiscalía y por el Juzgado.

En lugar de aplicar las normas que regulan el nombramiento de administradores, la Fiscalía y el Juzgado prefirieron designar administradores de manera que los propusiera la Generalidad de Cataluña y que el Juzgado se limitara a nombrarlos. De esta manera la propuesta y el nombramiento recayeron en tres personas de curriculum político y no técnico.

E) NUNCA SE ACORDARON MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Ni la Fiscal pidió ni la Juez acordó medida cautelar alguna referida a las seis personas contra las que se dirigió y se admitió la querrela.

Esto es algo que puede parecer sorprendente; en efecto, si a los querellados se les imputaba el «desvío» —eufemismo para decir la apropiación— de casi 200 millones de euros, lo natural hubiera sido que la Fiscal pidiera y que la Juez acordara la inmediata prisión provisional de todos ellos por el riesgo evidente de que se fugaran con el dinero «desviado» y que no volvieran nunca a España para ser juzgados y condenados. Y, sin embargo, no se pidió ni se acordó medida personal alguna, ni siquiera la privación del pasaporte. Ninguno de los imputados puso tierra de por medio; todos los españoles han permanecieron en España, a disposición de la justicia, y lo hicieron voluntariamente.

Se pidió y se acordó nada menos que la intervención de siete ONG's, pero curiosamente ¿por qué no se pidió la prisión provisional de aquellos a los que imputaba el «desvío» de esos casi 200 millones de euros? Si se imputaba el delito de apropiación indebida por esa importante cantidad con la que vale la pena fugarse y no volver a España nunca más ¿cómo se dejó libres a los presuntos autores de esa apropiación? ¿cómo no se adoptó medida personal alguna, ni siquiera la retirada del pasaporte?

3. Y, DESPUÉS DE TODO, FALTA DE COMPETENCIA

A pesar de lo anterior, a pesar de que la titular del Juzgado no puso en cuestión su propia competencia mientras en el mes de julio de 2007 fue acordando gravísimas medidas coercitivas y cautelares, a pesar de que no se practicaron actos de investigación que descubrieran nuevos hechos, aparte de los relatados en la querella, por Auto de 16 de agosto de 2007 se declaró incompetente y acordó inhibirse a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional. Leído ese Auto resulta que todo lo que sirve para fundar esa declaración de incompetencia estaba ya en la querella, de la que se copian párrafos literales. No hay ningún hecho nuevo que justifique un cambio de criterio sobre la competencia.

Está claro es que las razones aducidas para estimarse incompetente ya existían en el primer momento, en el de la admisión de la querella, por lo que lo procedente hubiera sido inadmitirla por incompetencia, pero la Juez prefirió admitir la querella, para la que era incompetente —según ella misma—, acordar toda la serie de medidas cautelares, y de modo especial la intervención con administradores de las siete entidades y luego, sin hacer nada y más y sin oír a las partes personadas, ni siquiera a la Fiscal, declararse incompetente. El día 20 de agosto de 2007 se remitió por la Juez testimonio de las actuaciones (tres tomos de pieza principal y ocho piezas separadas) al Presidente de la Audiencia Nacional. Inmediatamente los medios de comunicación «notificaron» a las partes e informaron al público en general que el asunto había sido turnado al Juzgado Central de Instrucción núm. 5, del que era titular Don Baltasar Garzón

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 esperó hasta el 22 de octubre para acordar que aceptaba la competencia para conocer del asunto y hay que esperar al 27 de diciembre de 2007 para que dictara la primera providencia. El día 29 se ordenó citar a los querellados para tomarles declaración, unos el día 21 y otros el 22 de enero. Después de más de seis meses de admitida la querella por fin se dio traslado a los querellados residentes en España de la misma y se les informó de sus derechos.

4. SOBRESEER SIN LEVANTAR LA MEDIDA CAUTELAR. AUTO DE SOBRESEIMIENTO SIN LEVANTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

En la historia de nuestro caso dejaremos pasar casi cinco años, desde aquel 11 de julio de 2007 y ya estamos en marzo de 2012. Se ha perdido el tiempo en una instrucción y se ha hecho de modo tan claro que, al final, la Fiscalía Anticorrupción y el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de los de la Audiencia

Nacional tienen que reconocer que no se ha llegado a parte alguna.

A) SOBRESEER DESPUÉS DE CINCO AÑOS PERDIDOS

Después de todo ese tiempo la Fiscalía Anticorrupción pidió el sobreseimiento provisional en atención a: «no haber quedado debidamente acreditada la perpetración» de los delitos de competencia de la Audiencia Nacional y por parte de ninguno de los querellados. De modo muy especial hay que resaltar la afirmación de la Fiscalía asumida por el Juzgado: Respecto de la imputación del «presunto desvío de fondos por parte de los querellados constaban ya en las propias diligencias de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña informes que presuntamente acreditaban el cumplimiento de los fines sociales por 'Intervida' a través de las entidades del grupo en Perú y Guatemala».

En el escrito de la Fiscalía y en el Auto del Juzgado —que tienen literalmente el mismo contenido— se afirma que «no concurren elementos indiciarios suficientes de haberse perpetrado por ninguno de los querellados una actividad incardinable en los delitos de estafa, apropiación indebida y societarios recogidos en la querrela». Y luego atiende a cada uno de esos delitos para explicar, ya en detalle, la causa del sobreseimiento en concreto.

Ahora deben compararse dos expresiones legales y luego estar a las frases del Auto:

a) Expresiones legales:

1) Libre: No existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho.

2) Provisional: No resulte debidamente justificada la perpetración del delito.

b) Frases del Auto:

«no concurren elementos indiciarios suficientes de haberse perpetrado por ninguno de los querellados una actividad incardinable en los delitos de estafa, apropiación indebida y societarios recogidos en la querrela».

Concorre, además, algo muy importante. En el Auto de sobreseimiento el delito de asociación ilícita ni se menciona. Vimos antes que sólo con base en la imputación de ese delito se pudo pedir y adoptar la medida cautelar de intervención judicial. La aplicación del artículo 129.1 e) del CP sólo podía referirse a la imputación del delito de asociación ilícita de los artículos 515 y 520 de ese Código y ahora resulta que de ese delito, por no ser necesario dada la ausencia total de indicios, ni se hace mención en el Auto de sobreseimiento.

Casi cinco años de administración judicial, cinco años de medida cautelar apartando a los legítimos y legales gestores de sus funciones, cinco años en que la Fiscalía y los tribunales llevaron a la Fundación Privada Intervida al descrédito y casi a la ruina, para que después de todo, al final y cuando ya no hay remedio, se diga por la Fiscalía y por el Juzgado, por lo menos implícitamente, que la intervención judicial nunca debió acordarse, y ello por la sencilla razón de que nunca hubo indicios de la comisión de delito alguno.

B) CON MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

En el Auto hay algo más que precisa una explicación aparte. En el escrito de la Fiscalía se pidió y en el Auto del Juez se acuerda no levantar la medida cautelar de intervención judicial, y esto se quiere justificar en atención a la concurrencia de otro delito que, además, se afirma no ser de la competencia de la Audiencia Nacional.

Esta nueva cuestión comenzó en fecha no bien determinada, pues en la causa los escritos no están por orden de fechas de presentación, pero sobre abril, mayo o junio de 2008 cuando los Administradores judiciales de Intervida presentaron en el Juzgado un escrito en el que, entre otras cosas, manifestaron que habían tenido conocimiento de que el mismo día 11 de julio de 2007, aquél en el que se efectuaron las entradas y registros y se acordó la intervención judicial, se había producido la transferencia de cantidades importantes de millones de dólares

de una asociación peruana a otra de la misma nacionalidad y estando las dos cuentas radicadas en el mismo banco de Lima. En el Auto de 17 de julio de 2009 se realizó la imputación por el que se calificó, bien de delito de apropiación indebida (del art. 252), bien del delito de alzamiento de bienes (del art. 435, sic). Y en el Auto de sobreseimiento se califica de delito de insolvencia punible del artículo 451.1, 2º CP.

Con esa imputación de hechos y con esa calificación, que evidentemente no guardan relación alguna con la inicial imputación del delito de asociación ilícita, que fue la única base de la intervención judicial, pues nada más pudo explicarla en el momento de 2007, la Fiscalía pidió y el Juzgado decidió: 1) Mantener las medidas cautelares acordadas, es decir, la intervención judicial y 2) Inhibirse por los hechos considerados insolvencia punible a favor del Juzgado de Instrucción de Barcelona que correspondiera por reparto.

Después de una cuestión de competencia negativa, decidida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a favor del Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona, éste una vez recibidas las actuaciones se limitó a dictar auto de sobreseimiento. Es decir, la razón por la que se mantuvo la intervención judicial se desmontó en cuanto de las actuaciones conoció un Juzgado diferente, pero para eso hubo que esperar al 18 de enero de 2013.

C) RECURSO DE APELACIÓN Y SU ESTIMACIÓN

Contra el Auto de 23 de marzo de 2012 se formuló recurso de apelación referido únicamente al mantenimiento de las medidas cautelares una vez que se había decretado el sobreseimiento.

a) Sentido y contenido del recurso

En el escrito de apelación deben distinguirse dos partes que fundamentaban la petición de que se levantaran todas las medidas cautelares.

a”) La primera parte era general y atendió a algo elemental. El no levantamiento de la medida era contrario a lo que dispone el artículo 782.1, II de la Lecrim. En efecto, esa norma dispone: «Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y las demás medidas cautelares acordadas». La vulneración de la norma citada era evidente. Se trata de una norma de las que no precisa interpretación.

A los juristas les gustan mucho las citas latinas porque da a los escritos —de abogado o de juez, lo mismo da— una apariencia de cultura que no siempre es real. Por ello lo diremos en latín: *In claris no fit interpretatio* o, lo que es lo mismo, de lo que está claro no se hace interpretación. Es un brocardo medieval que tiene origen en un texto del jurista romano Paulo recogido en el Digesto (32.25.1, por si alguien tiene curiosidad).

b”) Seguidamente se trató de poner de manifiesto que la intervención judicial no guardaba sentido alguno con relación al delito nuevo que se imputaba a dos personas. En efecto, las razones que en su día pudieran haber aconsejado la intervención judicial se dijo que se encontraban en los artículos 129.1, e), 515, 1º y 520 del CP (Auto de 11 de julio de 2007), es decir, en la imputación de un delito de asociación ilícita, y esas razones no podían subsistir el 23 de marzo de 2012; si en esa fecha no podía hacerse referencia alguna al delito de asociación ilícita no cabía mantener la medida de intervención judicial.

Aún estimándose —lo que era muy cuestionable— que los hechos realizados con ocasión de las transferencias, pudieran ser constitutivos de insolvencia punible, que es lo que se afirmó al final en el Auto de 23 de marzo de 2012, no podría mantenerse una medida cautelar de intervención judicial que afectaba a: 1) personas físicas no imputadas de delito alguno y 2) personas jurídicas que no tenían relación alguna con los hechos que se imputaban. No existía proporcionalidad entre los hechos imputados a dos personas físicas y la medida cautelar de intervención judicial de

muchas personas jurídicas en España, en Perú, en Guatemala y en Bolivia.

b) Su estimación

El recurso se presentó el 26 de abril de 2012 y fue estimado por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 9 de julio, aclarado por otro de 11 de julio, de 2012. En la parte dispositiva del Auto se dispuso «estimar el recurso de apelación... y en consecuencia debe levantarse la medida de administración judicial acordada». Importan muchos las fechas por lo que se dirá seguidamente

5. ¿PRÓRROGA DE LA MEDIDA CAUTELAR?

Mientras estaba pendiente la tramitación del anterior recurso de apelación se puso en marcha en el Juzgado una cuestión diferente, cuestión que iba a marcar el destino de todo el proceso penal después de su sobreseimiento.

A) LAS NORMAS ESTATUTARIAS

Hay que ir marcando los pasos dados con el propósito de que las fundaciones, y especialmente la Fundación Privada Intervida, no volvieran a manos de sus legítimos gestores, los que fueron suspendidos en 2007. Aunque esta entidad estaba muy debilitada después de casi cinco años de administración judicial, encargada a las personas que propuso la Generalidad de Cataluña, todavía era una entidad apetecible, tanto como lo puedanser 124 millones de euros de activo, que era lo declarado al final del ejercicio de 2011.

a) El Auto de 11 de julio de 2007, el que acordó la intervención judicial, lo hizo imputado un delito de asociación ilícita y por ello acudiendo al artículo 129.1, e) del CP. Esa norma disponía que la intervención no podía exceder del plazo de cinco años, por lo que la misma tenía el límite del 12 de julio de 2012.

b) El Auto de 23 de marzo de 2012, el que acordó el sobreseimiento, dejó caer, como quien no quiere la cosa, que «el mandato de los actuales Patronatos termina el próximo 2 de julio de 2012», citando la norma correspondiente de los Estatutos de la Fundación Privada Intervida. Esa norma estatutaria había sido aducida por la Fiscalía Anticorrupción que, a la solicitud de sobreseimiento, acompañó una certificación del órgano administrativo catalán del caso. El Auto de 23 de marzo de 2012 aludía sólo al artículo 19 y omitía el artículo 20.

c) Los Estatutos de Fundación Privada Intervida tienen dos normas sobre el plazo del mandato de los patronos. Son los artículos 19 y 20 que deben copiarse literalmente para entender todo la maniobra posterior:

«Artículo 19. Duración del mandato.- Los Patronos ejercerán el cargo de Patrón (sic) durante un periodo de cinco años a contar desde la fecha de nombramiento. No hay límite en la reelección de Patronos».

«Artículo 20. Prorroga de Patronos.- El cargo de patrón (sic) puede ser prolongado hasta la respectiva renovación, con independencia de la responsabilidad en que pueda incurrir la institución o sus miembros o las otras Entidades responsables del nombramiento por el retraso en su renovación según las normas estatutarias».

Ser trató, pues por la Fiscalía y por el Juzgado de querer dejar constancia de que: 1) Los patronos suspendidos habían sido nombrados por cinco años, 2) El mandato duraba cinco años, y 3) El 2 de julio de 2012 se terminaba el mandato de los patronos que habían sido suspendidos por el Auto de 11 de julio de 2012.

B) EL ATAQUE POR LA PRORROGABILIDAD

Tanto la Fiscalía Anticorrupción como la representación procesal de la Generalidad de Cataluña afirmaron, no sólo la posibilidad de la prórroga de la medida cautelar, sino su necesidad. La causa estaba sobreseída pero la Generalidad, en cuanto parte procesal, seguía

afirmando que la intervención judicial se había acordado para «proteger a las entidades del saqueo llevado a cabo por los patronos».

Lo más preocupante del caso fue que en la Providencia de 2 de julio de 2012 el Juzgado dio traslado de varios escritos a la Fiscalía para que esta informara «sobre la prórroga de la intervención judicial a la vista del próximo vencimiento del plazo por el que fue acordada». Con esta resolución se estaba implícitamente admitiendo que la prórroga era posible, a pesar de lo dispuesto literalmente en el artículo 129.1 e) del CP, en la redacción vigente en 2007, que era la aplicable.

En el fondo se trataba por las acusaciones, y en este momento procesal en que estaba pendiente el recurso de apelación contra el no levantamiento de la medida cautelar, de defender una primera frontera por si acaso venían mal dadas: La medida cautelar era prorrogable y podía exceder del plazo de cinco años. Luego resultó que ya no era del caso seguir por este camino porque el recurso de apelación para el levantamiento de la medida cautelar fue estimado, pero se pusieron las bases del ataque futuro para que la gestión de las siete entidades, y especialmente de la Fundación Privada Intervida, no volviera nunca a las manos de aquellas personas que las habían creado y que las habían convertido en las ONG's de referencia en España.

C) LA FISCALÍA Y LA PRÓRROGA (MUTANO D'ACCENTO E DI PENSIERO)

Hemos dicho que por la Providencia de 2 de julio de 2012, se pidió a la Fiscalía Anticorrupción «informe» sobre la posibilidad de la prórroga. El escrito de ésta se presentó el día 9 y se comenta por sí mismo una vez que se conoce su contenido. Antes recordemos que en el Auto de 11 de julio de 2007, el que acordó la medida cautelar de intervención se decía literalmente:

- En la parte dispositiva: «se acuerda la intervención judicial y, por consiguiente, la suspensión temporal en todos sus cargos de las

personas que forman parte del Patronato de las fundaciones y de la Junta Directiva de las asociaciones y el nombramiento de tres personas o de un ente público como administradores judiciales, oficiando a tal efecto, con urgencia al Protectorado de Fundaciones de la Generalitat de Catalunya, el cual propondrá los mismos y serán designados por este Juzgado a fin de que desempeñen el cargo de dirección y gestión, durante cinco años, de las siguientes entidades».

- En el razonamiento jurídico único se citaban las siguientes normas: «arts. 13, 758 de la L.e.c.r. en relación con el art. 311 del mismo texto legal y 129.1. e) en relación con los arts. 515 y 520 del C. P. y conforme al art. 42 y de la D. F. 1ª de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre».

El escrito de la Fiscalía constaba de tres párrafos:

1º) Los Fiscales firmantes partieron de una afirmación radical: La intervención judicial de Intervida y demás entidades «independientemente de los preceptos que fueran formalmente invocados al proceder a su adopción, tiene su fundamento en los arts. 13 y 764 LECrim, así como en la remisión que este último hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil y en particular a su art. 727».

Esto es, las normas que sí se citaron por la Fiscalía de Barcelona en la querella y por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de esa Ciudad en el Auto de 11 de julio de 2007 no tienen importancia. Las normas que importan son otras, que no se citaron ni en aquella Querella ni en aquel Auto. Y desde esa afirmación doble, la Fiscalía Anticorrupción decide qué normas debieron ser aplicadas aunque no se citaran. De esta manera la Fiscalía estaba: 1) Cambiando de opinión sobre lo dicho por la Institución en la querella, 2) Cambiando las reglas del juego que se estaba jugando por la Institución desde 2007 y 3) Empezando a barajar de nuevo como si lo anterior pudiera ser dejado sin contenido.

2º) La Fiscalía seguidamente afirmó que el artículo 129 del CP no pudo ser aplicado en

2007 como medida cautelar. Más claro, por si acaso: Lo que se estaba entonces diciendo por la Fiscalía Anticorrupción era que la norma citada por la Fiscalía de Barcelona en la querrela y por el Juzgado en el Auto de 11 de julio de 2007, norma que fue la determinante de la decisión de intervención judicial, era una norma que no pudo servir de base para aquellas petición y decisión.

Esto era decir que la querrela y el Auto de 11 de julio de 2007 carecían de base legal y, de modo especial que el Auto estuvo rigurosamente inmotivado, pues la cita legal del mismo carecía de la posibilidad misma de ser aplicada. Unido esto a lo anterior se está concluyendo que la Fiscalía cambió la base legal de la intervención cinco años después de que se acordó. No importaba que en la querrela y en el Auto de 11 de julio de 2007 se citara una norma determinada; esa cita era errónea, y por lo mismo la intervención se acordó sin la base legal que la Fiscalía quería que fuera aplicable en 2012.

3º) Visto lo anterior la conclusión de la Fiscalía fue que la intervención judicial podía prorrogarse; más aún, ya estaba prorrogada por el Auto de 23 de marzo de 2012.

Lo que la Fiscalía en 2012 hacía escribir a la Institución del Ministerio Fiscal por medio de la pluma de dos fiscales concretos dejaba en mal lugar a lo que esa misma Institución había escrito en 2007 por medio de la pluma de la Fiscalía de Barcelona. Pero había algo peor todavía, si cabe. Partiendo de que las normas aplicables eran —según la Fiscalía Anticorrupción— las de la LEC, la consecuencia debería ser, no desde luego, la posibilidad de prórroga una vez que el proceso penal había terminado, sino la aplicación del artículo 731.1 de aquella, según el cual «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado». Terminado el proceso penal, la medida cautelar debería haber sido levantada sin más, sin ni siquiera cuestionarse si cabía o no prórroga, pues esa prórroga es algo que no se concibe en la LEC. Y luego se debería estar a los artículos 745 y 742, de modo que se pasaría a la determinación de los daños y perjuicios

que en su caso hubiera producido la medida cautelar y, después, al pago por el solicitante de la medida de esos daños y perjuicios.

No es preciso hacer comentarios y no los hacemos, pero adviértase que la Fiscalía pretendía era defender, y en perjuicio de los gestores legítimos y legales de las Fundaciones, la continuación de la intervención. El que esos gestores no hubieran cometido delito alguno no era extremo tomado en consideración. No hubo delitos ni delincuentes, pero eso no importaba.

6. LA MEDIDA CAUTELAR CONCLUYE PERO LOS LEGÍTIMOS GESTORES NO SON REPUESTOS EN SUS CARGOS

Y ahora hay que contar algo complejo en los hechos y, sobre todo, en el Derecho, aunque es imprescindible hacerlo pues se trata de algo esencial para comprender cuáles fueron los pasos dados para que los legítimos gestores de la Fundación Privada Intervida nunca volvieran a ocupar sus puestos.

A) CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS

Veamos la cronología de los hechos.

1º) La Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Providencia de 8 de junio, señaló para el siguiente día 15 la deliberación, votación y fallo del recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento sin levantar las medidas cautelares, el Auto de 23 de marzo de 2012. Si el 15 de junio era la votación y el plazo legal para dictar resolución son cinco días, aunque hábiles, el Auto se dictaría necesariamente antes del 2 de julio, siempre de 2012. En eso confiaba la parte.

2º) Pero pasó un día y otro día y el 2 de julio de 2012, día en que se cumplían cinco años desde que los miembros del Patronato de la Fundación Privada Intervida fueron nom-

brados, la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no había resuelto aún el recurso, incumpliendo el plazo de resolución.

3º) La dicha Sección 2ª dictó su Auto el 9 de julio estimando el recurso (aclarado después por otro Auto de 11 de julio) (ya nos hemos referido antes a los mismos).

4º) Con velocidad inédita en general por la Justicia española y en especial por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, se dictó la Providencia de 11 de julio de 2012 —el mismo día en que se dictó el Auto aclaratorio de la Sala en que se ordenaba levantar la medida de administración judicial acordada— providencia en la que, teniendo por recibidas las certificaciones procedentes de la Sala, acordaba dar traslado al Ministerio Fiscal para «informe» sobre la eficacia de dicho pronunciamiento. Sólo a la Fiscalía Anticorrupción; a nadie más, como si no hubiera más partes.

El «informe» de la Fiscalía fue presentado al siguiente día 12 —otra vez una velocidad desacostumbrada— y en el mismo se solicitó que se dictara por el Juzgado Auto en el que «se declare el término de la medida de intervención judicial acordada, y así se comunique a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que estos, en su caso, puedan adoptar en el ámbito propio de sus competencias las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

B) EL AUTO DE 12 DE JULIO DE 2012

El mismo día en que los Fiscales presentaron su «informe» —ahora ya no es velocidad es puro vértigo— el Juzgado dictó el Auto de 12 de julio de 2012 en el que, después de copiar literalmente el llamado informe de la Fiscalía, y sin añadir nada en su único razonamiento jurídico que suponga fundamentación jurídica de la resolución, transcribe en la parte dispositiva lo pedido por los Fiscales.

En este Auto lo que el Juzgado hace en el razonamiento jurídico único es de entrada: 1) Asumir, y dice que íntegramente, el «informe»

de la Fiscalía, 2) Estar a lo que disponen los Autos de la Sala de 9 y de 11 de julio de 2012 y 3) Concluir que la medida de intervención judicial no puede prolongarse de manera indefinida en el tiempo, lo que parece que se refuerza a la vista de la estimación por la Sala del recurso de apelación.

Y llegado el momento del fallo se copia de modo prácticamente literal lo pedido por los Fiscales. Compárese con lo que copiamos antes: «Declarar el término de la medida de intervención judicial acordada en las actuaciones, comunicándose a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que éstos en su caso puedan adoptar —en el ámbito propio de sus competencias— las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

En este Auto pareciera decirse que se lleva a efecto la decisión de la Sala en el sentido de levantar la medida de administración judicial acordada, pero si se lee otra vez se comprobará que no es así. La Sala ordenó *levantar* la medida, y lo hizo al estimar un recurso en el que lo pedido por el recurrente era que no podía subsistir una medida cautelar si se había dictado un auto de sobreseimiento, mientras que lo que hace el Juez, siguiendo lo pedido por la Fiscalía, es *declarar el término* de la medida de intervención judicial. Y no es lo mismo disponer que la medida debió ser levantada en el Auto de sobreseimiento, y que al no haberse hecho así se ordena por la Sala que se levante, que declarar que se ha llegado al final del plazo de cinco años de la intervención. Es obvio que cuando se llega al término de algo es porque ha existido un lapso de tiempo y que ese tiempo se ha agotado.

Es evidente que en el Auto del Juzgado se produce una mezcla de conceptos. No debía ser lo mismo levantar la intervención, por no ser legal su mantenimiento dictado auto sobreseimiento, que declarar el término de la intervención por el transcurso de cinco años. El Juzgado en el Auto de 12 de julio de 2012 mezcló y confundió los dos conceptos y realidades.

C) DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE REFORMA

Visto el Auto anterior se interpuso recurso de reforma. El recurso era muy simple. Se trataba de pedir que el Auto de 12 de julio se reformara en el sentido de que en el mismo, y en la parte dispositiva, de modo positivo se expresara lo que se derivaba necesariamente de la efectividad del Auto de 11 de julio de 2012 dictado por la Sala de lo Penal, levantando todas las medidas cautelares. El recurso fue desestimado en el Auto de 3 de agosto de 2012. Seguidamente se relacionan peticiones y razones de la denegación:

a) Cesar a los administradores judiciales, con rendición de cuenta final; el cese debería tener efectos de 23 de marzo de 2012, y ello sin perjuicio de los efectos provisionales de sus decisiones posteriores.

Sobre esta petición en el Auto se afirma: Es mera consecuencia del cese de la medida cautelar y por ello «este instructor no estima necesario su mención en el auto recurrido».

Según este argumento todo lo que fuera más o menos obvio —en opinión de quien decide; no objetivamente, sino subjetivamente— no sería necesario hacerlo constar en las resoluciones judiciales. Estamos ante algo nuevo en la teoría y en la práctica judiciales, pues si no fuera preciso declarar lo obvio, tampoco sería necesario que la parte lo pidiera. Y al final el proceso acabaría siendo un juego ininteligible de matizaciones entre lo que sí es obvio y lo que no lo es.

Pero sobre todo, lo pedido no era sólo el cese de los administradores; lo pedido era el cese de los administradores precisamente con efectos jurídicos en la fecha de 23 de enero de 2012, la fecha del Auto decretando el sobreseimiento, y esto no era tan obvio y debió merecer una respuesta que no obtuvo.

b) Poner en conocimiento de los integrantes del Patronato de la Fundación Intervida, de las siete personas que lo integran que, al haberse levantado la intervención, reasumen sus cargos y funciones, debiendo proceder conforme determinan los Estatutos de la Fundación.

Sobre esta petición se argumenta en el Auto que al haber pasado los cinco años, desde el 2 de julio de 2007, se había producido la caducidad en el cargo de todos los patronos antes del cese de la intervención. Y —se sigue diciendo— no es el caso estar a lo dispuesto en el artículo 20 de los Estatutos de Intervida, sobre la prórroga tácita de los cargos, porque «esa es una cuestión civil sobre la que la justicia penal carece de jurisdicción desde el momento mismo en que se ha levantado la medida cautelar de intervención en el proceso penal».

Aquí estamos ya ante la parcialidad. El Juzgado aplica parcialmente los Estatutos, no todos ellos sino una parte, aplica el artículo 19, según el cual el cargo de patrono se ejercerá por cinco años, pero no aplica el artículo siguiente, el 20, el de la prórroga. Aplica un artículo, el 19, el que le conviene a la parte que es la Generalidad de Cataluña, y se niega a aplicar otro artículo, el 20, porque no le conviene a esa misma parte.

c) Hacer lo mismo con los otros patronatos y juntas directivas, tanto de las entidades intervenidas en el Auto de 11 de julio de 2007, como en el Auto de 29 de enero de 2009.

Se estima aplicable lo dicho antes.

d) Y de modo negativo se pidió que se suprimiera en el Auto el extremo en que se decía en la parte dispositiva: «comunicándose a los Protectorados de las diversas fundaciones afectadas, para que éstos en su caso puedan adoptar —en el ámbito propio de sus competencias— las medidas que estimen oportunas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades hasta ahora intervenidas».

Se está simplemente a lo que dispone la ley catalana sobre las fundaciones, copiando algún artículo

D) DESESTIMACIÓN DE LA APELACIÓN

Interpuesto recurso de apelación la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo despachó en el Auto de 30 de octubre de 2012. La cuestión —dice el Auto— «está

perfectamente resuelta por el Juez en el auto recurrido en apelación; ha surgido una disputa extra penal sobre si los Patronos de la Fundación Privada Intervida han cesado o no conforme a los estatutos de la misma, de tal suerte que entiende prorrogados los mismos, mientras que el protectorado no, y esta cuestión como bien resuelve el Juez, es una cuestión civil, ajena a este procedimiento penal». Y, por si acaso, insiste: «Lo que aquí importa es que han cesado las intervenciones judiciales, y lo que debe producirse a partir de este momento en relación con los patronos, es una cuestión que cae fuera del objeto de este proceso y sobre todo de este recurso».

Y ya está acabado todo. Y no se diga que cabe amparo ante el Tribunal Constitucional, porque es sobradamente conocido que este llamado Tribunal es, sobre todo después de la LO 6/2007, un órgano que no tutela los derechos fundamentales de las personas, limitándose a decidir políticamente cuando quiere intervenir o cuando no. El hecho es que los legítimos gestores de la Fundación Privada han sido apartados (casi) definitivamente de sus puestos. Lo que era una medida cautelar de suspensión, de esas que dicen los libros que son siempre provisionales, se ha convertido en algo definitivo.

7. SIN CONCLUSIÓN. LA MEDIDA CAUTELAR SE CONVIERTE EN DEFINITIVA

Mientras los tribunales penales estaban decidiendo que los mismos no eran competentes para devolver a los patronos al ejercicio de sus cargos, remitiéndolos a un proceso civil, la Generalidad de Cataluña dictó la Resolución IUS/1538/2012, de 17 de julio (Diario Oficial de la Generalidad de 31 de julio de 2012), por la que «asume con carácter provisional el gobierno de las fundaciones privadas Intervida y Cuna con efectos desde el día 18 de julio de 2012» y lo hace «por el tiempo que sea necesario hasta garantizar el funcionamiento regular

de las entidades». ¿Cuál es la base jurídica para semejante apoderamiento?

En esa Resolución —en la relación de hechos— se cita el artículo 19 de los Estatutos de la Fundación Privada Intervida y desde esa norma estatutaria se afirman tres cosas: 1) La duración del cargo de patrono era de cinco años, 2) Los patronos fueron elegidos el 2 de julio de 2007 y su plazo finalizó el 2 de julio de 2012, con la consecuencia de que el patronato estaba caducado el 12 de julio de 2012, y 3) La Fundación Privada Intervida «se encuentra en una situación de falta de órgano de gobierno».

Y como fundamentos de derecho se cita: 1º) El artículo 35.1, g) de la Ley nacional 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que se estimó de aplicación supletoria en Cataluña, según el cual: «son funciones del Protectorado... g) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo», y 2º) El artículo 336-2.1 del Código Civil de Cataluña, norma general según la cual el Protectorado debía velar para que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones y legales y los estatutos de las fundaciones y para que se respete la voluntad fundacional.

Parecen claras dos cosas:

a) En la Resolución se aplica el artículo 19 de los Estatutos de Intervida, y no se aplica el artículo 20, incurriéndose en una omisión interesada y desvirtuadora de la realidad. Además, la caducidad, regulada en el artículo 122-1 del Código Civil de Cataluña, se aplica a las acciones y a los poderes de configuración jurídica, bien entendido que estos «son las facultades que la persona titular puede ejercer para alterar la realidad jurídica que nacen con una duración predeterminada y que no necesitan la actuación ajena» (Preámbulo Ley 29/2002, Primera del Código Civil de Cataluña) y que esos poderes son aquellos que atienden a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica relacionada con un negocio jurídico, pero no puede afectar al marco organizativo de una persona jurídica como es una

fundación, en la que confluye un fuerte componente de Derecho público.

b) Como la especial catalana Ley 4/2008, de 24 de abril, en la que se regulan las fundaciones, no contiene una disposición que permita a la Generalidad ejercer provisionalmente las funciones de gobierno, se acude a la aplicación de la Ley común, a la general de toda la Nación, pero esto se hace «olvidando» que, según el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Generalidad tiene competencia exclusiva en materia de fundaciones (art. 118 del Estatuto), lo que supone que no cabe aplicar como supletoria la Ley de Fundaciones general o común. La competencia exclusiva de la Generalidad en una materia tiene como contrapartida que las normas dictadas en su ejercicio son completas y no se complementan con normas de un ordenamiento diferente.

Por si faltara algo, y además, el artículo 35.1 de la Ley general o común no puede ser aplicable en Cataluña, pues el mismo no establece condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación, no es de aplicación general y tampoco es legislación civil de aplicación no preferente (como se demuestra con la lectura de la Disposición Final 1ª de la Ley 50/2002).

De este modo primero se ha apartado a los legítimos patronos del ejercicio de sus cargos y se pretende que sea para siempre y, después, la Generalidad de Cataluña se ha apoderado de la Fundación Privada Intervida. Ahora se abre la vía de lo contencioso-administrativo, es decir, se abre la vía de la negación de los derechos de las personas que no fueron querelladas y que han visto como una medida cautelar

de suspensión en sus cargos se ha convertido en definitiva. Nunca hubo delito alguno en la gestión de la Fundación Privada Intervida pero la Fundación ha pasado a manos públicas.

Unos detalles para pensar.

«Los costes habituales en Intervida rondan los 7 millones de euros anuales» antes de la intervención judicial, cuando los ingresos por las aportaciones de los padrinos superaban los 90 millones de euros anuales. En total en torno al 10 por 100.

En el año 2010 los gastos de personal ascendieron a 9.553.000 € y en 2011 esos gastos de personal se elevaron a 10.751.000 de € en la Fundación Privada Intervida, cuando los ingresos rondaban los 30 millones. A lo que hay que añadir otros gastos de explotación por importe de otros casi 6 millones de euros. En total en 2011 en torno al 50 por 100.

Nadie ha explicado todavía cómo los gestores legítimos de Intervida con unos ingresos muy superiores dedicaban 7 millones a los costes de funcionamiento y los ex administradores precisaban de más de 16 millones. De la misma manera no ha explicado cómo en un año de penurias (la llamada «crisis»), el que va de 2010 a 2011, sólo los gastos de personal aumentaron en la cantidad de 1.198.000 de €.

Alguno de los legítimos miembros del Patronato de la Fundación Privada Intervida es extranjero y cuando pregunta por la seguridad jurídica que ofrece el Reino de España, cuando quiere saber cómo los tribunales españoles tutelan los derechos de las personas, los que nos consideramos juristas miramos para otro lado y no sabemos qué contestarle.