

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 7

audienciaprovincial_sec23@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.079.43.1-2015/0156892

Recurso de Apelación 1021/2021

Origen:Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid

Diligencias previas 2310/2015

Apelante: D./Dña. MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO, D./Dña. RAMIRO SANCHEZ DE LERIN GARCIA OVIES, D./Dña. SANTIAGO ALARCÓ CANOSA, D./Dña. BEATRIZ COLOMER GARCIA, D./Dña. SAGRARIO BÚA ROJAS, D./Dña. DOMINGO PLAZAS RUIZ y PLAZAS ABOGADOS SLP, D./Dña. MIGUEL ROBLEDO GOMEZ, D./Dña. FABRIZIO BINI y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. ALVARO JOSE DE LUIS OTERO, **Procurador** D./Dña. BEATRIZ SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, **Procurador** D./Dña. ADELA CANO LANTERO, **Procurador** D./Dña. JAVIER GONZALEZ FERNANDEZ, **Procurador** D./Dña. GLORIA TERESA ROBLEDO MACHUCA, **Procurador** D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA y **Procurador** D./Dña. PALOMA THOMAS DE CARRANZA MENDEZ DE VIGO

Letrado D./Dña. MAR DE PEDRAZA FERNANDEZ

Apelado: D./Dña. RODRIGO RATO FIGAREDO, D./Dña. MARIA CANDIDA RODRIGUEZ MELCON y ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA y **Procurador** D./Dña. MARIA BELEN MONTALVO SOTO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS:

D^a. M^a DEL ROSARIO ESTEBAN MEILÁN

D. JOSE SIERRA FERNÁNDEZ

D. JESÚS GOMEZ-ANGULO RODRÍGUEZ (PONENTE)

AUTO Nº 825/21

En Madrid a doce de noviembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Instrucción nº 31 de los de Madrid, en las DPA 2310/2015, se dictó resolución en fecha 23 de febrero de 2021 por la que se acuerda continuar por los trámites del procedimiento abreviado, en los siguientes términos literales:

«Continúese la tramitación de las presentes diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado por si los hechos descritos en el apartado correspondiente de esta resolución, cuya comisión se atribuye a:

1º.- Hechos relativos a corrupción en los negocios:

RODRIGO DE RATO FIGAREDO, ALBERTO PORTUONDO COLL, MARIA, TERESA ARELLANO CARPINTERO, FERNANDO RODRÍGUEZ VARONA, MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO, FRANCISCO XABIER OLAZÁBAL PUIG, DOMINGO PLAZAS RUIZ, PLAZAS ABOGADOS, SAGRARIO BUA ROJAS, FABRIZIO BINI, SERGIO LORCA, BEATRIZ COLOMER GARCÍA, MIGUEL ROBLEDO GOMEZ y las mercantiles PUBLICIS COMUNICACIÓN ESPAÑA SLU y ZENITH MEDIA SLU,

2º.- Hechos relativos a actividades relacionadas con el blanqueo de capitales:

RODRIGO DE RATO FIGAREDO, DOMINGO PLAZAS RUIZ, PLAZAS ABOGADOS, MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO y SANTIAGO ALARCÓ CANOSA.

3º.- Hechos relativos a elusiones fiscales.

RODRIGO DE RATO FIGAREDO, DOMINGO PLAZAS RUIZ, PLAZAS ABOGADOS, MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO y RAMIRO SÁNCHEZ DE LERÍN.

fuesen constitutivos de delitos de los comprendidos en los artículos 14.3 y 779 L.E.Crim. A tal efecto confiérase simultáneo traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y Abogada del Estado a fin de que en el término de veinte días presenten escrito acusación, plazo que comenzará a transcurrir desde que dichas acusaciones posean»

SEGUNDO.- Notificada la resolución, se interpuso contra ella recurso de reforma y subsidiario de apelación, por la representación procesal de MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO, FABRIZIO BINI y MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ. SAGRARIO BUA ROJAS se adhirió íntegramente al recurso interpuesto por la representación letrada de Frabizio Bini. Admitidos y una vez evacuado el preceptivo trámite de alegaciones, se desestimaron los recursos de reforma por auto de fecha **22 de abril 2021**, teniéndose por admitidos los subsidiarios recursos de apelación.

TERCERO.- Al mismo tiempo, notificada la decisión de transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado, se interpuso contra ella recurso de apelación directa, por el MINISTERIO FISCAL y la representación procesal de RAMIRO SANCHEZ DE LERIN GARCIA-OVIES, SANTIAGO ALARCÓ CANOSA, BEATRIZ COLOMER GARCIA, DOMINGO PLAZAS RUIZ y PLAZAS ABOGADOS SLP.

El Ministerio Fiscal ha presentado escrito impugnado los recursos planteados de contrario.

La Abogacía del Estado en la representación y defensa de la AEAT en relación a los delitos contra la hacienda pública y blanqueo a que limita su actuación presentó escrito adhiriéndose al recurso del Ministerio Fiscal e impugnando los interpuestos por Ramiro Sánchez de Lerín, Domingo Plazas Ruiz y Plazas Abogados.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

La representación procesal de DOMNGO PLAZAS RUIZ presento escrito adhiriéndose al interpuesto por PLAZAS RUIZ ABOGADOS, y viceversa.

El recurso del Ministerio Fiscal ha sido impugnado por la defensa de RODRIGO RATO FIGAREDO, MARIA CÁNDIDA RODRIGUEZ MELCON, SANTIAGO ALARCÓ CANOSA y PLAZAS ABOGADOS S.L.P.

Admitidos los recursos y una vez evacuado el preceptivo trámite de alegaciones, se elevaron las actuaciones ante la Audiencia Provincial.

CUARTO.- Con motivo de la recepción posterior del RPL 1057/2021 referido al recurso de apelación interpuesto por MARIA CÁNDIDA RODRIGUEZ MELCON también contra el auto de transformación una vez aclarado en junio, hemos tenido conocimiento que el día 1 de junio de 2021 se dictó auto de apertura de juicio oral por los siguientes delitos y contra las personas que se indica:

1. Delitos contra la Hacienda Pública frente a Rodrigo Rato Figaredo como autor, y Domingo Plazas Ruiz, Ramiro Sánchez de Lerin García-Ovies y Miguel Ángel Montero Quevedo como cooperadores necesarios, y Plazas Abogados SLP como responsable penal conforme art. 31 bis.
2. Delito de blanqueo de Capitales frente a Rodrigo Rato Figaredo, Domingo Plazas Ruiz y Santiago Jerónimo Alarcó Canosa, dimanantes de los delitos contra la hacienda pública del Apartado 1 y del delito de corrupción en los negocios del apartado 3.
3. Delito de Corrupción entre particulares, frente a Rodrigo Rato Figaredo, José Manuel Fernández Norriella, Teresa Arellano Carpintero, Alberto Portuondo Coll, Miguel Ángel Montero Quevedo, Domingo Plazas Ruiz, Beatriz Colomer García y Miguel Robledo Gómez, y Francisco Xabier Olazábal Puig, Sagrario Bua Rojas, Fabrizio Bini, Sergio Lorca Fernández, Fernando Rodríguez Varona y María Cándida Rodríguez Melcón, y las sociedades Publicis Comunicación España SL y Zenith Media SL como responsables penales conforme al art. 31 bis del CP.

En ese mismo auto se decretaba el sobreseimiento libre por fallecimiento de Miguel Ángel Furones Ferre.

Y con fecha 11 de junio de 2021 se ha dictado Auto de rectificación de error material en cuyo Dispongo dice así: «Rectificar el error material padecido en el auto de 23.1.201(sic) de continuación por las normas de procedimiento abreviado, en el sentido de incluir a MARIA CÁNDIDA RODRIGUEZ MELCÓN en la parte dispositiva de dicha resolución, dentro del epígrafe relativo a “hechos relativos a corrupción en los negocios”. »

QUINTO.- Una vez recibidas las actuaciones en esta Sección 23ª y formado el rollo RPL 1021-2021, se señaló, tras diversas modificaciones, día para la deliberación que se

celebró el día 18 de octubre, suspendiéndose el plazo para resolución hasta la completa y correcta documentación, alzándose el 3 de noviembre.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gómez-Angulo Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El juez de Instrucción nº 31 de los de Madrid ha decidido mediante auto fecha 23 de febrero de 2021, mantenido íntegramente en resolución de 22 de abril de 2021 desestimatoria de los previos recursos de reforma, y parcialmente rectificada con fecha 11 de junio de 2021, poner fin a la fase de instrucción y transformar las diligencias previas seguidas con el número 2310-2015 en procedimiento abreviado, al considerar que concurren indicios de la comisión de **(i)** varios delitos contra la Hacienda Pública; **(ii)** delito de corrupción en los negocios, entre particulares; y **(iii)** delito de blanqueo de capitales, de los abarcados en el ámbito competencial del art. 757 de la LECrim., y de los que considera posibles responsables, respectivamente, en la forma reflejada en los antecedentes de hecho y una vez solventados los olvidos iniciales y excluida la persona fallecida, a las siguientes personas: RODRIGO RATO FIGAREDO, DOMINGO PLAZAS RUIZ, SANTIAGO ALARCÓ CANOSA, JOSE MANUEL FERNANDEZ NORNIELLA, TERESA ARELLANO CARPINTERO, ALBERTO PORTUONDO COLL, MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO, FRANCISCO XAVIER OLAZABAL, SAGRARIO BUA ROJAS, FABRIZIO BINI, SERGIO LORCA FERNÁNDEZ, FERNANDO RODRIGUEZ VARONA, MARIA CANDIDA RODRIGUEZ MELCON, BEATRIZ COLOMER GARCÍA, MIGUEL ROBLEDO GOMEZ, RAMIRO SANCHEZ DE LERIN GARCIA-OVIES, PLAZA ABOGADOS SLP, PUBLICIS COMUNICACIÓN ESPAÑA SL, ZENITH MEDIA SL.

2. Frente a dicha decisión se han alzado en apelación, bien de forma directa o bien subsidiaria a la previa reforma, tanto el Ministerio Fiscal, como las defensas de nueve de los investigados: MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO; FABRIZIO BINI; MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ; RAMIRO SANCHEZ DE LERIN GARCIA-OVIES; BEATRIZ COLOMER GARCÍA; SANTIAGO ALARCÓ CANOSA; DOMINGO PLAZAS RUIZ y Plazas ABOGADOS SLP. MARIA CÁNDIDA RODRIGUEZ MELCON interpuso recurso de apelación una vez rectificada la decisión, que se ha tramitado de forma diferenciada. Sagrario Bua Rojas se ha adherido íntegramente al recurso interpuesto por Fabrizio Bini.

3. Dada la similitud de algunas de las cuestiones planteadas de forma reiterada en los diferentes recursos, parece conveniente efectuar una sucinta exposición de los criterios jurisprudenciales sobre los temas debatidos y que al tiempo servirán de premisa para dar posterior respuesta individualizada a cada uno de los recursos: **i)** naturaleza y presupuestos de la decisión judicial que decide transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado; **ii)** niveles de acreditación de la hipótesis acusatoria: suficiencia indiciaria; **iii)** decantación progresiva del objeto del proceso y vinculación de las partes con el auto de Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

transformación; **iv)** problemas de determinación de la autoría en entes complejos o ámbitos empresariales; **v)** teoría de los actos neutrales; **vi)** motivación judicial.

SEGUNDO.- Naturaleza y presupuestos de la decisión de transformar las diligencias previas y acordar la continuación por los trámites del procedimiento abreviado. Tras haber practicado sin demora las diligencias de investigación pertinentes, el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal emplaza al juez instructor, entre otras cuestiones, a verificar tanto el juicio de tipicidad, como el de probabilidad del hecho y de su atribución al imputado. En ese denominado juicio de acusación/inculpación al juez instructor se le exige efectuar tanto **i)** un nuevo juicio provisional de tipicidad para comprobar que los hechos objeto de investigación tal y como han sido acotados en la fase preliminar revisten caracteres de uno de los delitos a tramitar por las normas del procedimiento abreviado; **ii)** como un juicio fáctico a nivel puramente indiciario para constatar que concurren elementos bastantes como para reputar "suficientemente justificada" la perpetración de los hechos denunciados por parte de alguno de los investigados. El resultado positivo de ambos juicios daría lugar a la continuación del procedimiento en la forma establecida en los arts. 779.1.4^a y 780.1 LECrim. Si falla alguno de esos dos juicios será otra la decisión procedente.

La función esencial del auto de transformación es la manifestación del control judicial sobre el alcance que puede tener la acusación, por lo que, tras la reforma procesal del año 2002 que vino a incorporar la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, deviene contenido ineludible del referido auto la **determinación del hecho punible** y la **indicación subjetiva de quién**, habiendo adoptado previamente la condición de investigado, puede ser acusado por razón del mismo. Esa es la garantía jurisdiccional esencial de nuestro proceso penal: nadie puede ser acusado sobre un hecho si antes una instancia tercera, es decir el poder jurisdiccional, no lo autoriza. Entendido así, la prohibición de incluir en los escritos de conclusiones hechos (delictivos) que no han sido objeto del auto de transformación, o de procesamiento, es una nota definitoria del sistema. No se trata de decidir si el acusado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado.

En nuestro sistema no basta con que haya alguien dispuesto a sostener la acusación, es necesario con carácter previo que un tercero independiente, en nuestro caso, la autoridad judicial, legitime esa posible acusación mediante el juicio de acusación que, en el procedimiento abreviado, tiene lugar en dos momentos diferenciados, aunque, básicamente, en el auto de transformación. No siempre las posiciones jurisprudenciales han sido idénticas, habiéndose admitido incluso condenas por hechos no contemplados en el auto de transformación sobre la base de que fueron investigados, la defensa los conoció y pudo alegar y articular prueba y no sufrió indefensión alguna. No obstante, la reciente jurisprudencia viene cada vez más asimilando el auto de transformación al auto de procesamiento y destacando la vinculación de la acusación al objeto pre-delimitado, objetiva y subjetivamente, por el juez instructor en el auto de transformación.

TERCERO.- Niveles de acreditación de la hipótesis acusatoria: suficiencia indiciaria. **1.** El juicio de inculpación viene marcado por referencia al canon de "suficiente justificación de su perpetración" que recuerda el de existencia de causa probable. Todo ello enmarcado en dos importantes consideraciones: "a) que el trámite en que ahora nos encontramos no puede erigirse en un simple filtro negativo de flexible laxitud, conforme al cual la mera posibilidad autorice a someter a un imputado a la carga, no solamente jurídica del juicio oral y b) que el adelantamiento de la decisión a un órgano previo al de enjuiciamiento no autoriza a que aquél asuma funciones que no le son propias, como lo sería condicionar la continuidad a la certeza sin dudas sobre la realidad del hecho, ni a asumir una de las alternativas posibles en el juicio de tipicidad, que solamente en definitiva corresponde a la función juzgadora."

Solo un determinado nivel indiciario de cierta calidad justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. No pueden extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que solo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si el bagaje se revela desde este momento como manifiestamente insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios. Nos hemos de mover en un escalón superior al necesario para tomar declaración como investigado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales.

2. En el caso concreto que nos ocupa nuestro análisis ha de versar, esencialmente, sobre tres posibles bloques delictivos: delito contra la hacienda pública, delito de blanqueo de capitales y delito de corrupción en los negocios. Pues bien, un primer dato nos indica que los problemas que se plantean en el presente recurso están encaminados no tanto a impugnar el juicio provisional de tipicidad, como la efectiva participación individualizada de los recurrentes.

En primer lugar, cabe resaltar que el principal investigado, Rodrigo Rato Figaredo, no ha formulado recurso contra el auto de transformación, aunque sí un escrito de impugnación frente al recurso del Ministerio Fiscal. Para nada supone ello, ni por asomo, asunción de los hechos, pues, como ya anuncia en su escrito de impugnación, y puede inferirse de la batería de recursos presentados durante la instrucción, son innumerables las cuestiones jurídicas, formales y materiales, que desplegará en su escrito de defensa. Tampoco han impugnado la decisión de transformación en procedimiento abreviado, ni su núcleo más próximo en Bankia, respecto del delito de corrupción en los negocios, esto es, ni María Teresa Arellano Carpintero, ni José Manuel Fernández Norniella, ni Alberto Portuondo Coll. Y, respecto de los delitos contra la hacienda pública y blanqueo de capitales,

tampoco lo ha impugnado su, supuestamente, principal colaborador, el letrado Domingo Plazas Ruiz, cuyo recurso se limita al delito de corrupción en los negocios.

Lo que ahora nos interesa destacar es que el elemento nuclear de los hechos imputados, a grandes rasgos, apenas admite discusión en este momento procesal, está correctamente delimitado y, pese a lo alambicado y complejo de algunas de las operativas diseñadas tanto para la ocultación del patrimonio en el exterior como para el posterior retorno de importantes cantidades de dinero de origen supuestamente ilícito, no se plantea en los recursos especial discusión sobre el juicio provisorio de tipicidad, sobre si las conductas en abstracto sometidas a valoración serían típicas. Cuestión distinta es el recurso del Ministerio Fiscal que pretende completar y perfeccionar el relato fáctico de los hechos punibles. Pero, salvo en el supuesto de Ramiro Sánchez de Lerin, que pretende plantear la impugnación desde una perspectiva esencialmente jurídica, el grueso de los recursos de las defensas que ahora nos corresponde solventar van encaminados a impugnar la motivación de su imputación individual, sosteniendo que el relato fáctico no describe de forma precisa la conducta o actividad que se le imputa, o, cuando lo hace, bien se trataría de una conducta neutral, propia de su actuación profesional, o la decisión judicial estaría ayuna de todo soporte indiciario de contenido incriminador.

CUARTO.- Decantación sucesiva del objeto del proceso y vinculación de las acusaciones al auto de transformación. **1.** El recurso del Ministerio Fiscal viene a plantear el debate sobre si existe una vinculación fuerte o total de las acusaciones con los hechos contemplados en el Auto de transformación. Incide ello en la delimitación o decantación sucesiva del objeto del proceso, que culmina, tras la sucesiva superación de las distintas fases y filtros que establece nuestro ordenamiento procesal, en el momento de elevar las conclusiones provisionales a definitivas.

La decisión judicial contemplada en el auto de transformación culmina una primera fase en esa delimitación sucesiva de lo que acabará siendo el objeto de enjuiciamiento, y tiene pleno encaje en el esquema de nuestro ordenamiento dando con ello cumplimiento a las funciones básicas conferidas al periodo instructor de preparar el acto del juicio y, al tiempo, servir de filtro frente a acusaciones infundadas, evitando la estigmatización de verse sometido al acto del juicio oral, y facilitar la labor de defensa al permitir el perfecto conocimiento anticipado de los hechos por los que va a poder ser acusado.

Así numerosas sentencias (STS 386/2014 del 22 de mayo 2014; ROJ STS 2212/2014, y las que menciona STS 156/2007 de 25 de enero, STS. 702/2003 de 30 de mayo) recuerdan que:

«el auto de transformación a procedimiento abreviado es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal, en la medida que, como indica la STC. 186/90 de 15.11 "... realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos....". En

definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorprendidas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación, limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la "pena de banquillo" que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona.»

Ahora bien, el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se **circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas**, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986, «no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia». Con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpadados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada».

Y la STS 94/2010 de 10 de febrero, refiriéndose al mismo auto de transformación a procedimiento abreviado, establece:

«La interpretación contraria, esto es, partiendo de que el legislador ordena delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos justiciables, que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. Y qué duda cabe que tales hechos están bajo el control judicial. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorprendidas, como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes (de ahí, las posibilidades de sobreseimiento que al juez se otorgan).»

Y, como antes dijimos, sentencias como la STS 530/2016 del 16 de junio de 2016 (ROJ: STS 2777/2016) entendían que:

«Sólo la exclusión expresa en el auto de apertura de juicio oral, impide a las acusaciones, integrar su objeto con hechos que hubiesen formado parte de la imputación en su momento, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito o falta en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, eso sí, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo.»

2. Ahora bien, con independencia de que la más reciente jurisprudencia si exija una mayor vinculación con la determinación acumulada que supone el auto de transformación y el

de apertura de juicio oral, esa vinculación no debe entenderse como total invariabilidad o mimetismo con el relato de hechos punibles contemplado por el juez instructor, que, por lo demás, será efectuado de forma sucinta, pero suficiente. (STS 670/2018 del 19 de diciembre de 2018;ROJ: STS 4267/2018)

La reciente STS 728/21 del 29 de septiembre, recuerda como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que el objeto del proceso es de cristalización progresiva, que no responde a una imagen estática, cuya concreción, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, se va conformando de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias practicadas, de ahí que, a lo largo del mismo y en distintas fases, se vayan concretando o dejando de concretar determinadas imputaciones.

Tampoco cabe olvidar que el concepto de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar en numerosas ocasiones consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo (STS 670/2018 del 19 de diciembre de 2018). Como dicen las SSTS 125/2018, de 15 de marzo, y 826/2017, de 14 de diciembre, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. El derecho penal trabaja con hechos del mundo real, pero no bajo un prisma exclusivamente naturalístico, sino bajo un prisma de su interés normativo de cara a su posible subsunción en la norma penal. “La ley penal no atiende exclusivamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos” (STS 125/2018, de 15 de marzo).

3. Para la decisión del caso que nos ocupa, lo que pretendemos resaltar es que no cabe cercenar la facultad de las acusaciones de seleccionar el enfoque fáctico que más se acomode a su pretensión o la inclusión de detalles, precisiones, aclaraciones o ampliaciones que, respetando el hecho nuclear imputado, permitan hacer uso de la totalidad del material incriminatorio recopilado durante la instrucción. Las acusaciones no deben quedar encorsetadas, ni están obligadas a respetar de forma inamovible el relato de hechos justiciables contemplado por el juez instructor. Hasta el momento de la calificación definitiva en el acto del plenario, tras la celebración de la oportuna prueba, se admiten cambios de enfoque y calificación sustanciales, con amplia alteración del relato fáctico y título de imputación, con introducción de hechos distintos siempre que estén conectados y cuando el hecho objeto nuclear de acusación quede intacto. Y es que incluso en sede de juicio oral el ordenamiento procesal establece posibilidades de ampliar el objeto de enjuiciamiento (trámite de información sumaria, art. 746.6º L.E.Crim.), y al tiempo mecanismos para mantener la igualdad de armas y las posibilidades de defensa (aplazamiento de hasta diez días para preparar alegaciones y aportar elementos probatorios de descargo, art. 788.5 L.E.Crim.).

La definitiva delimitación del objeto del proceso y su directa proyección con los efectos del principio acusatorio que vinculará al órgano sentenciador, no se producen hasta

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

las conclusiones definitivas. En relación con esta cuestión es meridianamente clara la STS 211/2020 del 21 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1644/2020)

«es exigible cierta congruencia entre ese auto y los escritos de acusación pero no un mimetismo absoluto, no una vinculación fuerte o rígida que impediría variar ni un ápice lo narrado (en relato que no tiene por qué descender a todos los detalles) en el auto de transformación. Esta idea salta a la vista perfectamente si se atiende a la funcionalidad de tal interlocutoria: supone la constatación de que existe fundamento para abrir el juicio oral porque hay indicios de unos hechos que revisten caracteres de delito. Su función no consiste en perfilar en sus últimos detalles los hechos, sino dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que en lo sustancial ha de ser respetado pero que puede ser objeto de matizaciones, modulación o transformaciones siempre que no supongan un cambio esencial del objeto procesal. »

A las amplias posibilidades de modificación del título de imputación y determinación del objeto del proceso tras la práctica de la prueba se refiere también la reciente sentencia STS 520/2021 de 16 de junio de 2021 (ROJ: STS 2378/20219) de la que podemos destacar:

- El verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas.
- Es por ello que la ley habilite la posibilidad de suspender el enjuiciamiento para tomar conocimiento de una modificación de las conclusiones definitivas que suponga una alteración del objeto del proceso, quedando vedado a la acusación una modificación que supongan alteración sustancial del objeto dentro del proceso .
- El Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa (los hechos punibles que resulten del sumario) puede extender, con ciertos límites, la acusación a hechos distintos pero conectados, así como ampliarla subjetivamente frente a quienes ya están imputados y acusados.
- Pero si se trata de conductas investigadas, objeto del proceso y no excluidas del mismo, no hay obstáculo para modificar el título de imputación o efectuar otras alteraciones de esa índole.

QUINTO.- Problemas de autoría en el seno de la empresa. No descubrimos nada al afirmar que, sin duda, la determinación individual de la responsabilidad personal respecto de las decisiones adoptadas en el seno de una organización empresarial ha sido, y es, uno de los grandes retos a los que se enfrenta el moderno derecho penal. La expansión del derecho penal a numerosos campos de la actividad socio-empresarial ante la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o difusos como el medio ambiente, la ordenación del territorio, las reglas básicas de competencia y buen funcionamiento de los mercados, la salud pública, la corrupción en los negocios, entre otros, ha determinado la presencia habitual de la empresa como actor principal de la conducta enjuiciada. La necesaria consideración de la empresa, entendida en su más amplio concepto, como unidad económica o incluso como cualquier ente colectivo organizado con patrimonio autónomo, con una forma de determinarse y actuar esencialmente distinta a la de las personas físicas, ha

obligado a replantearse los criterios de imputación individual y establecer nuevos criterios dogmáticos que permitan residenciar la responsabilidad individual dentro de esos entramados organizados.

Y, en este ámbito, es sabido que no siempre coincide la persona que ejecuta materialmente la acción con la persona que en realidad tiene el dominio del hecho, el dominio de la organización, en la que concurren estar en posesión de la totalidad de la información y la efectiva toma de decisión, en función de la compleja distribución competencial y delegación jerárquica de funciones.

Así, en palabras de la ya clásica STS 1828/2002, de 25 de octubre:

«la organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquel que «es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas». Esta sentencia añade cómo «en el ámbito de los delitos de empresa (...) el amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho corresponde a aquellos que integran las posiciones más elevadas en la jerarquía (los denominados hombres de atrás), que se sirven de operarios puramente fungibles que incluso pueden no conocer el sentido último del hecho, y que difícilmente pueden por sí mismos poner fin al mismo».

La importante STS 867/2002, de 29 de julio, ya había adelantado cómo «la verdadera responsabilidad no está en la base sino en **el vértice que tiene capacidad de decisión**», en quien tiene el verdadero dominio del hecho, que en ámbitos empresariales se corresponderá con el dominio social o dominio de la organización, en definitiva, con quien tiene o no la capacidad de controlar el hecho criminal, para decidir si se comete, cómo y cuándo se comete, o para evitar su comisión.

Y ello, sin olvidar la llamada de atención de la STS 374/2017, de 24 de mayo, de que una cosa son los supuestos en que la acción delictiva se despliega en el marco de una organización jerarquizada y compleja en lo económico y en lo jurídico (actividad de una empresa de la que derivan daños), criminalidad de la empresa, en la que si entrarán en juego los principios de jerarquía, atribución competencial, confianza y delegación, incluso con posibilidades de exoneración cuando se efectúa sobre persona con capacidad y medios idóneos, respecto de aquellos otros supuestos de pluralidad de intervinientes basados en una asociación con distribución de funciones en una especie de «asociación» horizontal, fuera del marco de organización propio de la empresa, y que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales, ya de coautoría ya de participación, a los que resulta extraño el concepto mismo de delegación. En estos casos de vinculación o solidaridad con la ideación delictiva la

«distribución de funciones» entre los partícipes acarrea acumulación de responsables criminales. En ningún caso exoneración de ninguno.

SEXTO.- Teoría de los actos neutrales. El argumentario de gran parte de los recursos incide en tres aspectos: “no se describe de forma suficiente mi intervención”; “carecía de capacidad de decisión autónoma; en todo caso, “mi actuación se mantuvo dentro del ámbito profesional de mi puesto en la empresa. “

Desde la STS 487/2014 el Tribunal Supremo ha venido estableciendo que las acciones neutrales son conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. Se decía en la STS 34/2007, de 1 de febrero, respecto de los llamados actos neutrales que:

«la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución.»

Y más adelante recordaba los criterios habituales utilizados para determinar las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación.

«En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.”»

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación— afirma la sentencia 942/2013— puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras

adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

SÉPTIMO.- 1. Ya hemos anticipado que la delimitación del auto de transformación no alcanza a la calificación jurídica, pero a los efectos que ahora nos ocupan, determinados elementos normativos del tipo o la configuración como delitos especiales, condicionan los criterios de valoración de la autoría y participación. Nuestro análisis tiene que considerar de forma distinta los distintos tipos delictivos en los que nos tenemos que centrar: delitos contra la Hacienda Pública, corrupción en los negocios y blanqueo de capitales. Cada uno de ellos presenta una descripción típica que compromete y determina los problemas de autoría y participación que no podemos perder de vista, aunque sea en este momento intermedio de simple filtro negativo frente a acusaciones que no estén suficientemente justificadas a acreditadas. En consecuencia, podemos adelantar que es procesalmente incorrecto anticipar a este momento del procedimiento juicios valorativos sobre el alcance de los elementos indiciarios respecto de la imputación individualizada, con lo difícil que ello es, cuando se trata de segundos escalones o posiciones subalternas, sin contar con la prueba plena que es la que se desarrolla en el acto del juicio. Ahora bien, nuestra atención se tiene que centrar en comprobar la existencia de esa base indiciaria objetiva y suficiente, por encima de la mera sospecha fundada, hipótesis posible o conjetura que amparaba el inicio de la investigación y la atribución de la condición de investigado, pero no es suficiente, como expusimos *ut supra*, para acordar la continuación del procedimiento abreviado. Conviene recordar e insistir en los criterios que delimitan el juicio de inculpación: no corresponde alcanzar certeza, pero si una probabilidad suficiente o relevante, y que el filtro no debe, ni puede, estar orientado a solo permitir el paso de acusaciones que necesariamente acaben en condena, pero tampoco ser de tan flexible laxitud que permita cualquier acusación, por infundada que este, con el fácil recurso de que ya se resolverá en juicio.

2. El delito contra la hacienda pública en cuanto que delito especial impropio, según parecer mayoritario de la doctrina y jurisprudencia consolidada, solo puede ser cometido a título de autor por el obligado tributario, lo que no impide considerar cualesquiera formas de participación. En ese campo se plantean los problemas de imputación de asesores externos y otro tipo de colaboradores en el diseño de las maniobras de ocultación destinadas al fraude.

3. El delito de corrupción en los negocios, según denominación introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, o corrupción entre particulares, plantea, entre otros muchos el arduo problema de que toma cuerpo a través de alguna de las operaciones de intercambio de bienes y servicios propias de la actividad habitual de la empresa, en la que, como ya anticipamos, el proceso de ideación, planificación, selección, adjudicación, contratación y posterior desarrollo en el tiempo, implica a innumerables personas dentro del organigrama empresarial. Como en el caso que no ocupa se articula acusación en la modalidad activa y pasiva, el que solicita y recibe y el que ofrece y da, y en la posición activa existen además dos empresas, tenemos a un numeroso grupo de personas involucradas con lo complejo que será determinar el efectivo conocimiento del alcance de los acuerdos de pago de

PUBLICIS/ZENITH a ALBISA (Portuondo) y de ALBISA a KRADONARA 2001 S.L. (Rato).

4. También el blanqueo de capitales plantea serios problemas de delimitación de conductas, aunque en nuestro supuesto sean menos los investigados frente a los que se acuerda la continuación por los trámites del procedimiento abreviado. En todo caso, conviene recordar que la amplísima conducta descrita en el art. 301.1 CP—el que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito—, ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial restrictiva (STS 564/2021 del 24 de junio de 2021; ROJ: STS 2828/2021) que establece que el delito de blanqueo de capitales no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios provenientes de una actividad delictiva sino, como precisa el tipo, **en realizar estos u otros actos para ocultar o encubrir su origen ilícito** (SSTS 265/2015, de 29 de abril; 362/2017, de 19 de mayo). Insistiendo además la jurisprudencia que el delito de blanqueo de capitales no goza tampoco de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencialmente, y como indica la STS 501/2019 de 24 de octubre, el blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige como cualquier otro, prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se encuentra el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes. Como ya dispuso la importante STS 265/2015 lo determinante debe ser la aplicación del criterio que exige que **la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayudar** al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado".

En el blanqueo de capitales suelen concurrir de manera encadenada la creación de complejas estructuras societarias, con sede u origen en el extranjero, que dificultan el rastreo del dinero, el conocimiento del titular real y simulen o parezcan operaciones ordinarias, planteando serios retos desde el punto de la prueba pero también de la acreditación del **compromiso delictivo de los componentes o personas** que toman las decisiones en cada fase de la operativa. Cuando tiene lugar en la denominada fase de retorno serán operaciones de transferencias, transacción, crédito, inversión o compraventa habituales del mercado que por exigencia típica, deben de estar encaminadas a la ocultación del origen ilícito de los bienes afectados.

OCTAVO.- Motivación. 1. El derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva, de contenido complejo, comporta, entre otros aspectos, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho en la que se dé respuesta a las pretensiones deducidas ante el órgano jurisdiccional, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de ser motivada.

Las resoluciones judiciales no son meras expresiones de voluntad, sino el resultado de la aplicación razonada y razonable de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aun cuando sea sucinta, proporcione una respuesta adecuada en Derecho a

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

la cuestión planteada. No basta que el proceso de decisión sea razonable y razonado, pues es preciso que tales aspectos aparezcan mínimamente reflejados en el contenido de la resolución judicial. Motivar y fundamentar es dar cuenta en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez para justificar la decisión adoptada y que esta pueda ser conocida no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución concernida, y al respecto no estará de más recordar que la fuerza de la motivación no está en la extensión, sino en la fuerza del razonamiento. Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, aumentado la confianza social en la vigencia de la norma y funcionamiento del sistema judicial.

La motivación cumple además una doble función en cuanto que permite al ciudadano, conociendo las razones del Tribunal, el adecuado empleo de los remedios que quepan contra la resolución, y además facilita el control de la aplicación del derecho por parte del órgano que conoce en vía de recurso.

Ahora bien, la motivación puede ser escueta siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico. No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero si a que el razonamiento que contenga, constituya, lógica y jurídicamente suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión. No debe confundirse la respuesta motivada a la pretensión de la parte con la necesaria respuesta individualizada a todas y cada una de las argumentaciones.

2. A partir de tales parámetros, y aun estando en presencia de un hito importante del procedimiento penal, no cabe olvidar que se trata de una resolución interlocutoria que hace avanzar el procedimiento, y en la que normalmente será suficiente una correcta identificación del hecho, una descripción de la intervención del imputado y una sucinta exposición de las fuentes de prueba indiciarias, como es propio de la instrucción, que soportan de manera probable y suficiente ese doble juicio provisional que comporta el auto de transformación. Nuestra labor de control se ceñirá a comprobar que concurren esos tres presupuestos, sin poder entrar en otro tipo de valoraciones propias del órgano sentenciador.

NOVENO.- RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL. 1. Motivos. El motivo básico del recurso de apelación del Ministerio Fiscal plantea la necesaria corrección del relato de hechos contemplado en el auto de transformación de las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado, para que, por un lado, se corrijan afirmaciones erróneas y alguna omisión de hechos o personas, y por otro, y esencial, se añadan en su integridad los hechos que contempla en las alegaciones que contiene su escrito de impugnación y que divide en cinco apartados, a fin de que todos los hechos que han sido objeto de esta investigación queden debidamente incorporados al auto de transformación. Dichos apartados son los siguientes.

Apartado I. Hechos relativos a los delitos contra la Hacienda Pública, que a su vez divide en: **A)** consideraciones erróneas, omisivas y desajustadas: 1. El auto entremezcla

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

hechos cuya inclusión debería estar incluida en el apartado de hechos relacionadas con la elusión fiscal. 2. El auto parece dar a entender que la Declaración Tributaria Especial (DTE) del año 2012 incluyó las dos sociedades panameñas RED ROSE FINANTIAL y WESCASTLE CORPORATION, cuando en realidad solo hacía referencia a RED ROSE FINANTIAL ENTERPRISE, pero no a RED ROSE INVESTMENT, WESTCASTLE CORPORATION y VIVAWAY LIMITED. 3. El auto se refiere exclusivamente a las cuotas presuntamente defraudadas resultantes del informe 8 nonies de la ONIF emitido el 13 de marzo de 2020. 4. El Auto de 23 de febrero 2021 ha omitido cualquier referencia a las cuotas resultantes del Informe de 7 de julio de 2020 del perito inspector de hacienda de la Unidad de Auxilio de la AEAT adscrita a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, informe que entiende fue incorporado a la causa tal y como dispuso el Auto 880/2020 de 21 de diciembre de 2020.

La diferencia de bases imponibles relativas a la llamada partida “tráfico de divisas” difiere casi 11 millones de euros (10.924.949,97€) entre el resultado de la ONIF, al que se atiene escrupulosamente el auto de 23 de febrero de 2021 y el informe de la Unidad de Fiscalía de 7 de julio de 2021.

B) Hechos de las Diligencias Previas 2310/15 relativos al comportamiento tributario de Rodrigo Rato Figaredo y la presunta comisión de delitos contra la hacienda pública.

Apartado II. Hechos relativos al blanqueo de capitales. **A)** consideraciones previas sobre el auto en relación al blanqueo de capitales. **B)** Hechos de las Diligencias Previas 2310/15 relativos a actos de blanqueo presuntamente cometidos por Rodrigo Rato Figaredo en relación a las cuotas defraudadas dimanantes de los delitos contra la hacienda pública.

Apartado III. Hechos relativo a la insolvencia punible objeto de autos, que a su vez divide en: **A)** la existencia de consideraciones erróneas, omisivas y desajustadas; y **B)** Hechos de las diligencias previas 2310/15 relativos al presunto delito de insolvencia punible cometido por Rodrigo Rato Figaredo. Éste último delito lo residencia el MF en el conocimiento que se vino a través de la documentación intervenida de una operativa relacionada con la dación en prenda de las acciones de VIVAWY LIMITED por parte de Rodrigo Rato Figaredo, quien a esa fecha estaba imputado en las Diligencias Previas 59/12 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia nacional (en la llamada pieza de las tarjetas black).

Apartado IV. Hechos relativos a la corrupción en los negocios. En el auto de 23 de febrero de 2021 se observan algunas anomalías que atañen a los hechos y a los sujetos. Por un lado, la intervención de Beatriz Colomer que ya fue objeto de análisis en nuestro Auto 583/19 de 19 de junio de 2019. La no mención de las comisiones presuntamente ilegales que dese la sociedad ALBISA llegaron a KRADONARA y el olvido en la parte dispositiva de la mención de José Manuel Fernández Norniella y María Cándida Rodríguez Melcon, y Miguel Furones Ferre, si bien este último ha fallecido con posterioridad al dictado del auto de 23 de febrero de 2020, habiéndose decretado el sobreseimiento libre.

Apartado V. Hechos relativos a actos de blanqueo presuntamente cometidos por Rodrigo Rato Figaredo en relación a la comisión por el delito de corrupción entre particulares.

2. Oposición al recurso. Aunque han sido varias las defensas que han impugnado el recurso del Ministerio Fiscal (Cándida Rodríguez Melcón y Santiago Alarcó Canosa), en general plantean cuestiones ya suscitadas en sus propios escritos de recurso. Por eso mencionamos de forma expresa sólo la impugnación de Rodrigo Rato Figaredo y Domingo Plazas Ruiz que serían los más directamente interesados en que el recurso del Ministerio Fiscal no fuera estimado, incidiendo el segundo en la no ampliación a un delito de insolvencia punible, pese a ser el único que no se le imputaría.

Entiende la defensa de Rodrigo Rato Figaredo que no procede dar al recurso de apelación interpuesto contra el auto de transformación a procedimiento abreviado el alcance pretendido por el Ministerio Fiscal, y que ello supondría invadir funciones propias del juez instructor. Añade que cuando el Ministerio Fiscal indica que el auto contiene lo que denomina “errores omisiones o desajustes”, lo que en realidad pretende es que se revoque el contenido íntegro de ese auto y se redacte uno nuevo que, ajeno a la ocurrido durante 6 años de instrucción, contenga el relato de hechos que requiera esa acusación, sin apoyo en la instrucción practicada. En definitiva, la principal discrepancia se centra en el uso del informe de la Unidad Adscrita de fecha 7 de julio que, entiende el recurrente, ha sido expulsado.

Por ello, sin necesidad de desgranar una a una las pretensiones del Ministerio Fiscal, puesto que considera que responden todas ellas a una ilegalidad, destaca las pretensiones que considera más descabelladas, insólitas e incoherentes del recurso planteado:

- introducción de sociedades y transacciones ajenas a la causa, en relación con el supuesto delito de blanqueo de capitales,
- reintroducción de un supuesto delito de insolvencia punible que, aunque incluido en la denuncia de la Fiscalía que amparó las entradas y registros, ya días después fue descartado por la propia Fiscalía, el día 21 de mayo de 2015.
- examen de la Declaración Tributaria Especial presentada por el Sr. Rato en el año 2012.
- prescripción que afecta hechos objeto de investigación, como habría sido puesta de manifiesto por el Auto impugnado de 23 de febrero de 2021.

3. Correcta delimitación de la pretensión del Ministerio Fiscal. Una simple aproximación comparativa, entre lo acordado por el juez instructor en su auto de transformación y lo pretendido por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso directo de apelación, nos permite comprobar que existe una identidad sustancial de hechos imputados, sin que puedan apreciarse apenas diferencias cualitativas y sí solo cuantitativas, aunque de consideración. Siendo los hechos (supuestamente delictivos) imputados por el juez instructor numerosos delitos contra la hacienda pública por ocultación de bolsas patrimoniales en el extranjero que deberían haber incrementado o formado parte de las bases imponibles de las figuras impositivas a que se encontraba sometido el investigado, la **concreta determinación**

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

cuantitativa de esas bases o el relato preciso de las actividades u operativas determinantes de las distintas partidas generadoras de incrementos de patrimonio no declarados que deben integrarse en la base imponible del impuesto, nunca puede ser entendido como una alteración/modificación/extralimitación respecto del hecho punible descrito por el juez instructor.

En parecidos términos cabe pronunciarse respecto del delito de blanqueo de capitales. El Ministerio Fiscal coincide con el parecer judicial, si bien, pretende ampliar el conjunto de operaciones, sociedades y cuentas bancarias supuestamente integrantes de la estructura encaminada a blanqueo, entre otras muchas razones, porque ha ampliado las cuotas defraudadas de los delitos contra la hacienda pública, que son uno de los delitos fuente del blanqueo. Y en cuanto al delito de corrupción en los negocios, salvo alguna omisión subjetiva no solventada tampoco en el auto de rectificación de junio y una falta de concreción de las cantidades transferidas de Albisa a Kradonara, las diferencias son de simple matiz.

4. En resumen, podríamos identificar las pretensiones del Ministerio Fiscal en tres bloques:

(i) En primer lugar, interesa alguna precisión, aclaración o rectificación de errores u omisiones del auto.

(ii) En segundo, y principal, lugar, pretende poder hacer legítimo uso de los datos, hechos y conclusiones alcanzadas en el informe del perito inspector de hacienda de la Unidad de Auxilio de la AEAT adscrita a la Fiscalía Especial contra la corrupción y crimen organizado de fecha 7 de julio de 2020, lo que conlleva entre otras las siguientes consecuencias:

- analizar la incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 73/2017 y la corrección de la Declaración Tributaria Especial presentada por Rodrigo Rato Figaredo el año 2012
- ampliar el importe de las cuotas tributarias supuestamente defraudadas, partiendo de que las bolsas patrimoniales ocultas en el extranjero eran superiores a las contempladas por el juez instructor que se ha basado exclusivamente en los cálculos de los peritos de la ONIF y más en concreto en el informe 8 nonies de fecha 13 de marzo
- incluir la específica y detallada mención a todas las operativas, bolsas patrimoniales, sociedades y cuentas bancarias en las que supuestamente ocultó su patrimonio en el extranjero el investigado Rodrigo Rato Figaredo

(iii) Introducción de un nuevo hecho delictivo, para lo que interesa la ampliación del relato fáctico, que permita abarcar el supuesto delito de insolvencia punible.

5. Antecedentes. 5.1. Tres son las resoluciones previas que hemos de tomar en consideración. El Auto 880/2020 de 21 de diciembre de 2020 (RPL 1074/20) en el que, estimando el recurso del Ministerio Fiscal acordábamos la inclusión en el acervo probatorio del referido informe de la Unidad de Auxilio de AEAT adscrita a la Fiscalía anticorrupción de 7 de julio de 2020. El Auto 739/2017, de 28 de septiembre de 2017 (RPL 962/17), que

estimando el recurso del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado revocó parcialmente la decisión de archivo del juez instructor respecto de los hechos contemplados en el atestado Atesado UCO 64/2017 y ordenó investigar, exclusivamente, las actividades de blanqueo imputadas al principal investigado y que podían alcanzar la cifra de 8 millones de euros, utilizando entre otras las sociedades KRADONARA y VIVAWAY y estableciendo como delito fuente los posibles delitos fiscales cometidos. Por último, el Auto N° 879/2020 de fecha 21 de diciembre de 2020 (RPL 1075/20, en cuanto a los efectos limitados de nuestra mención a las sociedades WESTCASTLE y RED ROSE.

5.2. AUTO n° 880/2020 de fecha 21 de diciembre de 2020 en cuya parte dispositiva se indica de manera literal:

“LA SALA DECIDE: ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción n° 31, en Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 2310/15, auto de 14 de julio de 2020, en el apartado que acordaba de inadmitir el informe de la Unidad de Apoyo de la Agencia Tributaria por oficio de 22/4/2020 y relativa a las pesquisas en busca de las supuestas bolsas patrimoniales que el investigado RODRIGO DE RATO, REVOCANDO dicha resolución, **para que se tenga por unido íntegramente el referido informe** y, tras su detenido estudio y consideración, se pronuncie el juez instructor de manera expresa y motivada sobre las diligencias de prueba y medidas cautelares interesadas en los términos expuestos, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.”

Y en cuya fundamentación se establecía con claridad que se debía tener por unido e incorporado al conjunto de diligencias de investigación de la instrucción al no apreciarse irregularidad procesal en su confección, y, cuestión distinta, que verificada la unión el juez debía pronunciarse sobre las diligencias de prueba y posible comiso que al tiempo interesaba el Ministerio Fiscal:

«Nuestra respuesta por tanto no puede sino estimar parcialmente el recurso para que se tengo por unido en su totalidad del referido informe de la Unidad de Apoyo aportado por la Fiscalía, al no vulnerar precepto legal alguno su confección. Y atendido ese dato esencial, el juez instructor deberá pronunciarse con libertad de criterio sobre la práctica de las diligencias de prueba propuestas, valorando especialmente si ello supone un desproporcionado inicio de una nueva línea de investigación no suficientemente justificada por la endeblez de alguno de los indicios, y de manera paralela y conjunta sobre las medidas cautelares de comiso o bloqueo de las cuentas interesados.»

5.3 AUTO n° 739/2017 de 28 de septiembre. Recogeremos en primer lugar la referencia literal que contiene el auto ahora recurrido de 23 de febrero de 2013, con la que pretende justificar, erróneamente, como ahora exponremos, que el alcance de la investigación sobre blanqueo debía limitarse a dos únicas entidades, VIVAWAY y KRADONARA, lo que no dice la resolución ni podía tener sentido alguno, tratándose de una resolución interlocutoria casi al inicio de algunas de las diversas líneas de investigación diferenciadas seguidas en las presentes diligencias, y que no valoró, por coincidencia

temporal, la posible incidencia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional ni la regularidad de la DTE realizada por Rodrigo Rato Figaredo.

«Pese a constar en las actuaciones, ha de hacerse expresa reseña a la acotación impuesta por la Sección XXIII de la Audiencia Provincial de Madrid en el auto 962/2017 (sic), de **28 de septiembre de 2017**, en cuanto a la determinación de las posibles conductas de blanqueo, circunscribiendo las mismas a las que pudiese haber sido cometido exclusivamente por las sociedades VIVAWAY Y KRADONARA. Así, en el Fundamento Jurídico Décimo se razona ; "...se trata de determinar el volumen de dinero que llegó a VIVAWAY y KRADONARA procedente de las otras dos sociedades (WESTCASTLE Y RED ROSE) y que los investigadores cifran en una cantidad cercana a los 8 millones de euros..." "...En opinión de la Sala existen indicios suficientes de que el Sr. Rato Figaredo ha tenido sociedades domiciliadas en el extranjero utilizando como testaferros a sociedades fiduciarias, sin actividad social conocida, y cuyo fin último se adivina sin esfuerzo que era defraudar a la Hacienda Pública mediante el envío a dichas sociedades de cantidades de dinero que permanecían de este modo ocultas al Fisco, y posteriormente, estas cantidades defraudadas han retornado al circuito económico mediante su transferencia a otras sociedades. Esta conducta puede ser constitutiva de blanqueo de capitales y debe ser investigada, blanqueo de capitales en relación a los delitos fiscales cometidos por VIVAWAY y KRADONARA y por ello, en ese único sentido, el recurso debe ser estimado.»

Para comprobar el error del juez instructor al que pretenden adherirse varias de las defensas, creyendo limitada la posible indagación sobre el delito de blanqueo de capitales, basta con leer íntegramente la parte dispositiva y ponerla en relación con el objeto del recurso de apelación al que dio respuesta. La parte dispositiva dice así:

«Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió el Abogado del Estado, contra el auto de sobreseimiento provisional de 24-5-2017 dictado por el Jdo. De Instrucción 31 de Madrid en diligencias previas 2310/2015, en el sentido de mantener el sobreseimiento provisional en relación a los delitos de cohecho y dejarlo sin efecto exclusivamente en relación al presunto delito de blanqueo de capitales que haya podido ser cometido por las sociedades VIVAWAY y KRADONARA, debiendo practicarse las diligencias de investigación que el instructor estime pertinentes para su esclarecimiento.»

El mencionado auto se dicta en vía de apelación en respuesta al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión del juez instructor de acordar directamente el archivo y sobreseimiento provisional por los hechos contemplados en el Atesado UCO 64/2017, que dio nombre a una pieza separada. Muy resumidamente, el auto escindía la información aportada por el referido atestado en dos: por un lado la referida a un supuesto delito de cohecho continuado que habría tenido lugar durante la época en que Rodrigo Rato Figaredo desempeñó el cargo de Vicepresidente Económico y Ministro de Hacienda entre 1996 y 2004, y, por otro, el supuesto delito de blanqueo que, siguiendo el esquema del propio atestado, diferenciaba el análisis en dos partidas, según estuviera relacionado con las sociedades españolas vinculadas al Sr. Rato o a su familia, o con las

sociedades extranjeras pertenecientes a dicho investigado, lo que en el atestado se denominaba “blanqueo interno” y “blanqueo externos”, respectivamente. Los indicios sobre el blanqueo externo se centraban en el análisis de las sociedades extranjeras de las que supuestamente es titular el investigado: WESTCASTLE, RED ROSE, VIVAWAY y KRADONARA 2001 S.L.

El auto adopta las siguientes decisiones básicas: **(i)** Los hechos no estarían prescritos en su totalidad como pretendía erróneamente el juez instructor, pues el plazo de prescripción inicial que habría que valorar sería el de quince años correspondiente a los delitos más graves; **(ii)** no obstante, indicó « que los datos expuestos en el atestado de UCO como indicios de la comisión de un delito de cohecho continuado por parte del Sr. Rato Figaredo no son los suficientemente reveladores del delito al que hacen referencia», confirmando por tanto el archivo provisional respecto de ese bloque delictivo. **(iii)** Como ese era el supuesto delito precedente del denominado blanqueo interno añadía en su FD Noveno: «[L]os llamados indicios de comisión de delito o delito continuado de cohecho son tan solo sospechas, o bien se refieren a un hecho puntual más allá del plazo de prescripción. El supuesto blanqueo interno de capitales atribuido a Rodrigo Rato se basa en la comisión de ese delito continuado o delito de cohecho, sin ello no existe el delito antecedente que requiere el tipo del blanqueo de capitales.», concluyendo que lo pretendido en ese aspecto de la investigación propuesta se trataría de afrontar una auténtica causa general de resultado sumamente incierto, resaltando que ya se ha indicado la proscripción de las causas generales encaminada a la búsqueda indiscriminada de posibles delitos cometidos por la persona investigada. **(iv)** Y, en último lugar, el FD Décimo, que es el contemplado en la transcripción del auto ahora impugnado, establece no nitidez que otra cuestión muy distinta era el entramado de blanqueo externo implementado por el principal investigado que era el que, estimando el recurso del Ministerio Fiscal, obligaba a investigar, estableciendo con precisión que el delito precedente eran los posible delitos fiscales cometidos por la ocultación de bases patrimoniales en el extranjero, que vinculaba a las mercantiles KRADONARA Y VIVAWAY pero que no podía excluir cualesquiera otras que se pudieran conocer o descubrir durante la investigación. El adverbio “exclusivamente” va referido al delito de blanqueo (externo) en contraposición con las otras múltiples sospechas delictivas contempladas en el atestado UCO 64/2017. Es evidente que el blanqueo que se autorizaba comenzar a investigar, en toda su amplitud, era el referido a todo el entramado societario extranjero supuestamente levantado por el principal investigado como pantalla para hacer circular las ganancias ilícitas de los delitos contra la hacienda pública, y que luego se vio ampliado al segundo delito fuente, el delito de corrupción en los negocios.

5.4. Auto Nº 879/2020 de fecha 21 de diciembre de 2020 en el que, al pronunciarnos sobre la conveniencia de la emisión de informe de la ONIF sobre la posible incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 73/2017 en la determinación de las cuotas supuestamente defraudadas por el investigado, indicábamos como el objeto de la investigación, desde el Auto 739/17 de 28 de septiembre FD Décimo, son todas las posibles conductas constitutivas de blanqueo de capitales ejecutadas por el investigado, en las que el delito o delitos antecedentes serían los cometidos contra la Hacienda Pública, y que la

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

mención a WESTCASTLE y RED ROSE, en ese momento inicial, no podía cerrar la investigación.

«En segundo lugar la indicación efectuada en su día por el a Auto 739/17 de 28 de septiembre FD 10ª en relación a las entidades **WESTCASTLE y RED ROSE**, sin plantearse efecto alguno de la repetida STC 73/2017 en absoluto puede ser argumento para cerrar la indagación al respecto, y valorar con total libertad de criterio la cuestión de si, respecto de dichas entidades, pudiera hablarse de situación jurídico-tributaria firme, o si pudieran ser consideradas meras sociedades pantalla que no imposibiliten descubrir e imputar las rentas al titular real.»

5.5 En conclusión, de nuestras resoluciones anteriores podemos establecer las siguientes premisas: **(i)** la única limitación impuesta a la investigación era que se ciñera al posible delito de blanqueo de capitales cometido por el principal investigado mediante un entramado de sociedades opacas domiciliadas en el extranjero; **(ii)** el informe de la Unidad de Auxilio de la AEAT adscrita a la Fiscalía anticorrupción de 7 de julio de 2020 forma parte del acervo incriminatorio recopilado durante al instrucción, no ha sido expulsado, pues existe pronunciamiento firme al respecto, y como tal es legítimamente utilizable por las partes sin perjuicio de las decisiones que pueda adoptar en su día el órgano de enjuiciamiento. **(iii)** La mención referencial del Auto 739/2017 de 28 de septiembre a la supuesta “regularización” de WESTCASTLE Y REDROSE, no tiene alcance definitorio, pues ninguna diligencia de indagación se había practicado al respecto, y se trataba de una resolución cuyo único fin era delimitar de manera inicial y aproximada el objeto de la investigación frente a una decisión inicial de archivo por parte del juez instructor.

6. Establecido con anterioridad que corresponde al juez instructor la primera delimitación objetiva y subjetiva del objeto del procedimiento, habilitando a partir de esa decisión el ejercicio de la acción penal que compete en exclusiva a las acusaciones, podemos dar adecuada respuesta a las cuestiones planteadas por el recurso del Ministerio Fiscal.

6.1. El primer bloque de la pretensión del Ministerio Fiscal ha de ser estimado. Deben corregirse o precisarse algunos pequeños errores u omisiones. De hecho, el juez instructor ha dictado auto posterior, en fecha 11 de junio de 2021, aclarando el error padecido en la parte dispositiva al no mencionar a María Cándida Rodríguez Melcón, rectificación que debe alcanzar también a José Manuel Fernández Normiella y el hoy fallecido, aunque el fallecimiento tuvo lugar con posterioridad a dicha resolución, Miguel Ángel Furones Ferré. También debe estimarse en cuanto a ceñir la Declaración Tributaria Especial a la única sociedad afectada; incluir específicamente las comisiones pagadas por ALBISA a KRADONARA, que fueron 474.433,09 euros en el año 2011 y 360.626,88 euros en el año 2012, con un total de 835.059,97 euros apareciendo detalladas en el Apartado IV del escrito del recurso, y hacer específica mención a la conducta de Beatriz Colomer García.

6.2. En todo caso, y esto sirve ya para el segundo bloque de impugnación, el juez instructor verifica una primera determinación del hecho punible e identifica a los posibles responsables, pero, mediante una relación sucinta del hecho, describiéndolo a grandes

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

rasgos, correspondiendo ya a las acusaciones la delimitación precisa y detallada del hecho imputado. No se trata, como expusimos en el FD Cuarto de un hecho inamovible o inalterable. Ello quiere decir, por lo que a los delitos contra la hacienda pública se refiere, que al juez instructor le puede bastar con identificar un determinado ejercicio fiscal, un obligado tributario, y una sucinta y genérica descripción de la existencia de maniobras fraudulentas de elusión fiscal, en nuestro caso consistentes en la ocultación de importantes bolsas patrimoniales situadas en el extranjero y otras fuentes de ingresos ocultas en empresas pantallas meramente instrumentales, cuya debida integración en las bases imponibles del obligado tributario determina la existencia de una cuota defraudada que supera los 120.000 euros. La descripción precisa y detallada corresponderá a los escritos de acusación. Es habitual que la cuota defraudada provenga de los informes periciales evacuados por los técnicos designados de la AEAT. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, vista la extensión temporal y la complejidad de la investigación, existen diversos informes divergentes, no correspondiendo en este momento procesal tomar una decisión definitiva ni cerrar posibilidad alguna a las acusaciones de ampliar cuantitativamente el hecho nuclear de imputación, algo que, en todo momento, sería factible, incluso, hasta el trámite de calificación definitiva, una vez practicada la prueba en el acto del juicio oral. Ello tampoco obliga al juez instructor a tener que dar por buenas las conclusiones de un informe de parte, pero hemos de recordar que el canon que nos vincula en esta fase del procedimiento es el de mera probabilidad, y no de certeza, por lo que deberá entenderse que la determinación de la cuota defraudada será, cuanto menos, la mencionada por el juez instructor conforme a las conclusiones del informe de la ONIF, lo que no veda que las acusaciones puedan considerar ampliada esa cifra en atención a otras diligencias (informe de la Unidad Adscrita de la Fiscalía anticorrupción) que tengan a bien proponer para su celebración en el acto del juicio. En este momento procesal solo nos corresponde valorar si existen indicios suficientes para acordar la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, y, la verdad, es que el soporte documental indiciario del concienzudo informe de la Unidad de Auxilio de la Fiscalía anticorrupción de fecha 7 de julio de 2020, no puede ser desdeñado como elemento incriminatorio de peso suficiente, a los efectos ahora discutidos, y sin perjuicio del posterior resultado una vez practicada la prueba en plenitud.

Es cierto que la pretensión del Ministerio Fiscal lleva a incluir en los delitos contra la hacienda pública el ejercicio de 2005, y a considerar que también en los ejercicios de 2010 y 2011 se superó la cuantía de los 120.000€ de cuota defraudada, que, sin embargo, el juez cifraba, siguiendo el criterio de los informes de la ONIF(8 Nonies de marzo 2020), en algo menos de dicha cifra determinante de la tipicidad. Siendo que, la cifra que resta hasta la condición objetiva de punibilidad es muy exigua, e inmersos en la investigación de un complejo entramado que durante numerosos años se habría, supuestamente, ocupado de ocultar al fisco bolsas patrimoniales deslocalizadas en el extranjero, con incrementos patrimoniales no justificados y rendimientos del capital mobiliario, existiendo al tiempo base pericial que indiciariamente sitúa las cuotas defraudadas de esos dos ejercicios por encima de 120.000 euros, procede estimar también en ese punto la modificación interesada por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del resultado final tras la celebración del oportuno juicio oral.

El Ministerio Fiscal entiende en este punto que las discrepancias surgen, de manera principal, en torno a dos consideraciones básicas. Los informes de la ONIF no han considerado el impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 73/2017) sobre la DTE del investigado, que, además, se pudiera considerar errónea e incompleta. Sin duda, el contenido y cumplimiento de requisitos de la Declaración Tributaria Especial formulada por RATO deberá ser objeto de análisis, aunque ya algún informe, 8 decies ONIF, indicó que no se minoró base imponible alguna como consecuencia de la DTE. Y, en segundo lugar, partiendo del esquema de partidas utilizado para determinar las bases imponibles y posterior cuantificación de las cuotas tributarias, en el que se han utilizado las siguientes: (i) partida tráfico de divisas; (ii) cantidades recibidas en las sociedades ARADA y KRADONARA, por conferencias y trabajos realizados personalmente por Rodrigo Rato Figaredo y facturados a través de aquellas sociedades del investigado; y (iii) cantidades dimanantes de las partidas “Banki-Albisa”, Guide Birdege-TPG”, “Eastriver-Rubicon-Adbank” y “Cor-Caixa y Cor-Santanader”, la discrepancia esencial se centra en el “tráfico de divisas” donde difieren sustancialmente los resultados de la ONIF y el resultado del informe del perito de la Unidad de Fiscalía. Aunque en el cuadro siguiente se observa que las posturas por ejercicio no son tan diferentes, salvo las referidas a los ejercicios 2007 y 2013, y las pequeñas discrepancias de los ejercicios 2010 y 2011 que llevan al fiscal a sostener cuotas defraudadas que también superan el umbral de los 120.000 euros.

EJERCICIO	AUTO FEBRERO	23	MINISTERIO FISCAL
2005			346.953,79
2006	966.955		948.148,40
2007	251.458		1.144.323,70
2008	960.475		845.520,35
2009	128.768		156.966,54 (28.189,54+128.768)
2010	103.624		191.027,16 (87.403,16 +103.624)
2011	114.006		121.302,22 (7.296,22 + 114.006)
2012	200.134		216.881,54 (16.747,54 +200.134)
2013	260.313		3.869.373,12 (3.609.060,12 +260.313)
2014	447.134		473.978,93 (26.844,93 + 447.134)
2015	208.323		618.599,71 (409.776,71 +208.323)

De hecho, de no estimarse el recurso del Ministerio Fiscal tendríamos la incoherencia de que se ha abierto juicio oral por 11 delitos contra la hacienda pública, pero el relato de hechos punibles no recoge correctamente el soporte fáctico de dicha acusación. Es por todo lo expuesto que debe acogerse el recurso del Ministerio Fiscal en este punto referido tanto al incremento de bases y cuotas defraudadas, como en el detalle de las posteriores operaciones de blanqueo referidas a esas cuotas eludidas, como a las ilícitas comisiones derivadas del delito de corrupción en los negocios

Partiendo de la identidad nuclear de los hechos imputados, salvo en lo relativo al supuesto delito de insolvencia punible (Apartado III del recurso del Ministerio Fiscal) que luego analizaremos, y teniendo en consideración la necesaria decantación sucesiva del objeto del proceso y que además algunas discrepancias son de matiz, en algún caso, y otras derivadas de una más precisa concreción de operativas y cuantías de las distintas partidas, que, integrando hechos (delictivos) sustancialmente idénticos a los imputados por el juez instructor, el Ministerio Fiscal considera importante que se incluyan en el auto de transformación, para debido conocimiento y posibilidad de defensa de los imputados, y para que quede judicialmente legitimada su utilización como material incriminatorio recopilado durante la instrucción, se comprenderá que el recurso deba ser estimado. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en el FD Cuarto no parece que el relato del juez instructor pudiera cerrar esa vía, incluso sin haber interpuesto recurso, puesto que no excluye de forma expresa ninguno de tres bloques delictivos investigados, pero, cierto es que dada la complejidad de la operativa de ocultación patrimonial/blanqueo y la escrupulosa meticulosidad de los escritos del Ministerio Fiscal, si aparece oportuno tener por completado el relato de hechos punibles mediante la integración en el mismo, en los términos interesados por el Ministerio Fiscal, del contenido de la **letra B) del Apartado I, letra B) del apartado II y hechos contemplados en los apartados IV y V** de su escrito de recurso, que se dan por íntegramente reproducidos. El juez instructor ha hecho un esfuerzo por definir unos hechos de elusión complejos por el entramado societario interpuesto, pero ello no empece que la acusación pueda, a la vista del análisis riguroso de la documentación intervenida y con el adecuado soporte pericial, intentar acreditar en el acto del juicio la existencia de una cuotas tributarias defraudadas más elevadas a las consideradas por el juez instructor, dimanantes del afloramiento de incrementos de patrimonio no justificados y rendimientos de capital mobiliario, derivados de fondos no declarados y deslocalizados en el exterior.

En definitiva, el relato fáctico propuesto por el Ministerio Fiscal se integra, completa y mejora la redacción del recogido por el juez instructor, lo que posibilita e incrementa las posibilidades de defensa, pero, en ningún caso, extravasa o amplía el objeto de investigación judicialmente delimitado durante la fase de instrucción y que hacía referencia a todos los posibles delitos contra la hacienda pública no prescritos, actividades de blanqueo de capitales procedentes de dos delitos fuente o precedentes, como eran las cuotas tributarias previamente defraudadas y las comisiones obtenidas por el tercer bloque delictivo investigado, es decir, el delito de corrupción en los negocios. El incremento cuantitativo de alguna de las partidas que conforman las bases de tributación ocultadas, no supone alteración o extralimitación del objeto del proceso, insistimos, encaminado a la búsqueda de la verdad real o material, por encima de la formal o documental, y que no puede pararse ante la simple aparición de empresas pantallas, opacas o meras ficciones que no hacen sino ocultar bolsas patrimoniales pertenecientes al principal investigado. El debate nominalista carece de recorrido. Ninguna sociedad mercantil de la que se pueda acreditar que era una simple entelequia al uso y diseñada para ocultar el patrimonio del investigado o facilitar el movimiento de capitales de origen ilícito, podía ni debía quedar fuera de la investigación objeto del presente procedimiento, que, insistimos, no es un elemento petrificado ni

previamente delimitado de forma inamovible desde las primeras decisiones judiciales, sino de decantación sucesiva siempre con conocimiento, traslado y posibilidad de defensa.

6.3. El que hemos denominado tercer bloque de impugnación del Ministerio Fiscal, referido al supuesto delito de insolvencia punible, no puede ser estimado. En línea con la exposición que venimos sosteniendo sobre la decantación del objeto del proceso, no puede estimarse la pretensión de ampliar la imputación a un delito de frustración de la ejecución que en realidad nunca ha sido propiamente investigado. Afirma el Ministerio Fiscal que desde la denuncia inicial se contemplaba un posible delito de insolvencia punible, pero basta con leer el apartado primero de la denuncia interpuesta por la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía de Madrid de fecha 16 de abril de 2015 para comprobar que nada tienen que ver con los que pretende introducir ahora el Ministerio Fiscal, que, de hecho, asume son conocidos durante la instrucción de la presente causa, y por tanto no podían formar parte de la denuncia inicial. Desde los primeros momentos la instrucción se centra en cinco posibles delitos contra la hacienda pública, como destaca la alegación Tercera del escrito ya de la Fiscalía Especial contra la corrupción y el crimen organizado de fecha 22 de abril de 2015, oponiéndose a la inhibición acordada a la Audiencia Nacional. En ese mismo sentido nuestro Auto 435/15 de 12 de mayo de 2015 (RPL 672/2015) indicó:

« Se afirma en el auto que estos delitos constituirían medios necesarios para preservar el patrimonio del Sr. Rato sustrayéndolo del pago de las responsabilidades civiles derivadas de las causas seguidas en el Juzgado Central de Instrucción 4 y por ello serían delitos conexos de los investigados por este último Juzgado.

Es cierto que la anterior frase entrecomillada contenida en el auto ha sido tomada palabra por palabra de la denuncia de la Fiscalía Provincial de Madrid, sin embargo en el recurso de apelación que interpone la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada se precisan unos datos que son relevantes para resolver este recurso: en primer lugar Rodrigo Rato Figaredo no está imputado en las diligencias previas 36/2.013 del Juzgado Central de Instrucción 4, sino en sus diligencias previas 59/2.012, que investiga el proceso de fusión de Banco Financiero y de Ahorros y Bankia y su posterior salida a bolsa, y en una pieza separada de esa causa, en la que se investigan la existencia y uso de una tarjetas de crédito conocidas notoriamente como “tarjetas black”. En segundo lugar, las responsabilidades pecuniarias en esas causas han sido aseguradas, de momento, ya que en la primera BFA/BANKIA ha depositado una fianza de 800 millones de euros y en la pieza separada sobre las tarjetas opacas el Sr. Rato ha depositado una fianza de 3.000.000 de euros.

Estos datos son relevantes porque en este momento inicial el argumento principal para apreciar una conexidad delictiva del art.17-5 de la LECr consistía en que los hechos relatados en la denuncia que nos ocupa habían sido realizados como medio para sustraer el patrimonio del denunciado del abono de las responsabilidades económicas que pudieran recaer sobre él. Si las responsabilidades pecuniarias derivadas de esas causas han sido satisfechas, el anterior argumento no se sostiene.»

Los hechos en que, el recurso del Ministerio Fiscal, centra el posible delito de insolvencia punible consisten en la prenda que constituyó el principal investigado Rodrigo Rato Figaredo sobre la totalidad de las acciones de VIVAWAY a favor de la sociedad ERSHIP SAU que, como fiador solidario, prestó en su nombre fianza impuesta por el Juzgado Central de Instrucción nº4 de la Audiencia Nacional en el conocido como asunto de las tarjetas black. Pero, como ya anticipaba el Auto fecha 12 de mayo de 2015, ello, por si solo, no representa indicio delictivo alguno, y así lo asumió el juez instructor en su providencia de fecha 12 de mayo de 2015, cerrando o excluyendo del objeto de investigación ese supuesto delito, providencia que no fue recurrida, ni nunca después se interesó la ampliación expresa del procedimiento como si ocurrió con la ampliación de nuevos delitos contra la hacienda publica o el delito de corrupción en los negocios. De hecho, el propio recurso del Ministerio Fiscal asume la total falta de indagación pues afirma que se desconoce si las acciones nominativas volvieron a manos de Rodrigo Rato Figaredo.

Ya en fechas más recientes, los importantes autos 582,583 y 584 de 19 de junio, a los que haremos posterior referencia cuando optaron por establecer la reunificación de todas las piezas en un único procedimiento conjunto, señalaron con precisión que se trataba de investigar los delitos de corrupción en los negocios, delitos fiscales y delito de blanqueo de capitales. No parece que nada de ello haya cambiado, y esos deben ser los tres únicos bloques fácticos, sin perjuicio de la posterior y más detallada calificación jurídica, por los que se debe continuar por los trámites del procedimiento abreviado.

DECIMO.- RECURSO DE MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO. 1.

Motivos. Los motivos alegados por el recurso son:

- (i) Nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, al haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento. Se sostiene así que la instrucción judicial no ha cumplido con su finalidad, que es la de depurar responsabilidades, determinar las personas responsables, circunstancias concurrentes y la intervención en los hechos de forma personal e individualizada. Antes al contrario, indica haberse visto envuelto en un totum revolutum que le arrastra inexorablemente a un juicio oral sin conocer exactamente el o los motivos que han llevado al instructor a incluirle en la resolución dictada, pues, por una parte no se han respetado las normas que deben regir el procedimiento, y de otra al recogerse manifestaciones con respecto a su representado carentes de fundamento. Entiende el recurrente que la resolución no está motivada, pues no cabe alcanzar a conocer la razón lógico-jurídica que conduce al fallo, es decir, la rattio decidendi que la determina.
- (ii) Ausencia de participación. Es el administrador de las empresas de la familia RATO pero no del investigado Rodrigo Rato.

2. No se ha vulnerado el derecho de defensa. Prestó amplia y detallada declaración judicial el día 2 de octubre de 2015 en la que fue interrogado no solo por la contratación Publicis/Zenith-Albisa (Portuondo) y Albisa-Kradonara, y su previa intervención en la captación de Portuondo con quien tenía estrechas vinculaciones empresariales y la posterior remuneración por su participación, sino también por su estrecha relación (administración) de

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

otras numerosas sociedades del entramado familiar de Rodrigo Rato Figaredo, especialmente Cor Comunicación. En el FD Decimosexto, posterior, quedan reflejados todos los atestados, informes y declaraciones testificales que, indiciariamente, le involucran. El que su participación quedara residenciada en la pieza del delito de corrupción no impide, una vez reunificada la causa, que pueda valorarse su implicación, aunque sea subalterna, en el resto de delitos investigados.

3. Es comprensible la vehemencia del recurso en la defensa de su patrocinado, pero, una simple y desasosegada lectura del propio escrito de impugnación permite comprobar la existencia objetiva de múltiples datos incriminatorios indiciarios, que tienen su fuente en declaraciones personales, de investigados y testigos, y en verificaciones documentales más que suficientes para situarle en el círculo de confianza más próximo a Rodrigo Rato Figaredo, con vinculaciones profesionales y empresariales durante años con todo su entramado familiar, y dentro del ámbito de decisión de importantes inversiones y operativas, habiendo desempeñado durante años el cargo de director financiero de diversas empresa de la familia Rato, siendo posterior administrador de Cor Comunicación. Y, por lo que ahora más importa, apareciendo en posiciones destacadas en las diversas operativas sometidas a enjuiciamiento: búsqueda, contacto, negociación y diseño con el Sr. Portuondo Coll de la operación encaminada a la adjudicación del contrato de publicidad de Bankia a Publicis/Zenith por la que recibió una importante cantidad de dinero a través de una sociedad patrimonial; presencia formal como administrador en alguna de las entidades mercantiles, Vivaway, utilizadas en todo el entramado societario opaco orquestado tanto para la ocultación de bolsas patrimoniales situadas fuera del alcance del fisco como para canalizar el regreso del patrimonio parcialmente ilícito situado en el exterior. Más allá de la fecha y escasa duración en que desempeñó su condición de administrador de Vivaway, es un dato indiciario más de su estrecha relación con el principal investigado y el suficiente conocimiento del entramado orquestado. El hecho de que el auto impugnado sitúe su intervención con relación a los tres bloques delictivos, y que el escrito de acusación posterior del Ministerio Fiscal lo limite al delito de corrupción en los negocios y tres de los delitos contra la hacienda pública, ejercicios 2013, 2014 y 2015, no quiere decir que el auto fuera incorrecto, sino que realizó su labor de delimitación a groso modo, correspondiendo ya a las acusaciones el trabajo de detalle y precisión de qué material utilizarán, como relatarán su hipótesis acusatoria y frente a quienes de los que siendo investigados ha legitimado el auto de transformación que puedan ser, en su caso, acusados.

UNDÉCIMO.- RECURSO DE FABRIZIO BINI. 1. Motivos. En síntesis, considera el recurrente que no se dan los requisitos para dictar el auto de transformación frente al Sr. Bini ya que dicha resolución “es mucho más que un acto de trámite” y “solo un determinado nivel indiciario de cierta calidad” que aquí no concurre justifica dictar la decisión prevista en el art. 779.1.4ª de la L.E.Crim.

Expone a continuación los postulados del Tribunal Supremo que ya antes hemos expuesto ut supra (FD TERCERO) y acaba afirmando que tras más de cinco años de instrucción todo lo que puede decir el juzgado instructor es que el Sr. Bini:

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

a) firmó el contrato con ALBISA como Director Financiero de PUBLICIS (junto con el Presidente de la compañía D. Miguel Ángel Furones) lo que por si solo no es indicio de la comisión de ningún delito. De hecho, afirma el recurso, con la información de la que disponía en aquel momento, es un contrato que volvería a firmar.

b) que según la declaración prestada por el Director General de PUBLICIS Francisco Xavier Olazábal, el Sr. Bini (junto con la otra Directora General de la compañía, D^a. Sagrario Búa) negoció la retribución por los servicios con el Sr. Portuondo. Manifestación que el recurso considera incierta, contradictoria con otras manifestaciones del mismo Sr. Olazabal y con lo aportado por otros testimonios, siendo además absurdo que las personas con mayor rango y antigüedad en la empresa que ya conocían y se habían reunido en varias ocasiones con el Sr. Portuondo dejaran en mano de un italiano que acababa de aterrizar en España procedente de Brasil la negociación. Resalta, por último, que su posición no dista mucho de su homónimo en Zenith D. Santiago Álvarez del Manzano, respecto del cual el juzgado acordó el sobreseimiento provisional al considerar que no había “realizado acto alguno de trascendencia penal”, pues “de lo actuado no aparece que la intervención del mismo fuera distinta de la propia de su cargo de director financiero de Zenith”.

El resto de alegaciones del recurso discurren por resaltar su exitosa trayectoria profesional en la importante multinacional dedicada a la publicidad de la dependen PUBLICIS y ZENITH y su relación con el resto de investigados, resaltando su presencia temporal circunstancial y episódica en los hechos enjuiciados, negando participación directa en las negociaciones previas a la firma que tuvieron lugar desde el mes de julio de 2020 cuando él acababa de llegar a España, y que su parcial intervención en los hechos no es en ningún caso punible.

En el escrito de alegaciones, tras la previa desestimación del inicial recurso de reforma, el recurrente insistió que si lo único que puede decirse del Sr. Bini es que firmó el contrato entre PUBLICIS y ALBISA, junto con el Presidente de PUBLICIS, dado que en el grupo regía un sistema de firmas mancomunadas, es fácil pronosticar que no debería ser condenado, dado que es bagaje probatorio por completo insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia.

2. Hechos. En resumen, pues está descrito de manera correcta en el auto impugnado, el supuesto delito de corrupción en los negocios se centra en la solicitud y pago de una importante comisión por parte de la empresas ZENITH MEDIA, S.L. y PUBLICIS para obtener la adjudicación de los contratos de prestación de servicios publicitarios encomendados por Bankia para la difusión de su nueva marca y salida a bolsa. Ello se habría articulado mediante una empresa intermedia ALBISA INVERSIONES y ASESORAMIENTO, empresa que se hallaría controlada por Alberto Portuondo Coll, siendo éste a su vez parte decisiva en el proceso de adjudicación, denominado concurso, como asesor externo de Bankia. Alberto Portuondo traspasa parte de las comisiones cobradas por

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

ALBISA a la empresa KRADONARA propiedad de Rodrigo Rato. Cabe señalar que el objeto de las investigaciones, por lo que interesa a la mayoría de los recursos, se ha centrado en la indagación de todo el proceso de selección de tales entidades en los concursos de publicidad realizados por Bankia y en las negociaciones, firma y ejecución de los contratos firmados por Zenith/Publicis con Albisa, y los pagos a Kradonara.

3. El recurso no puede ser estimado. Como bien destaca el Ministerio Fiscal la defensa no puede poner en duda que firmó el día 4 de enero de 2011 el contrato entre ALBISA y PUBLICIS que establecía el pago de un porcentaje entre el 4 y 28% de los ingresos netos que PUBLICIS obtuviera de Bankia a favor del comisionista ALBISA, pero centra su alegato en la ausencia de intencionalidad delictiva, introduciendo un debate que no corresponde en este momento procesal.

Basta con leer el relato de hecho punibles contemplado en el auto de 23 de febrero de 2021 y los datos incriminatorios que entremezcla para afirmar que está correctamente definida la conducta presuntamente típica, la intervención del recurrente y las fuentes de prueba incriminatorias que justifican de manera suficiente la decisión judicial. Tras relatar la captación de Portuondo Coll como hombre clave por parte del entorno personal e íntimo de Rodrigo Rato Figaredo, indica el auto de transformación que se dirigió

«al grupo Publicis en calidad de comisionista, a quienes ofreció conseguir la participación y la adjudicación de diversos contratos de publicidad con la entidad financiera BANKIA SA, firmándose a tales efectos el contrato de 4/1/11 (y su anexo de 1/3/11) entre la mercantil ALBISA Inversiones y Asesoramiento SL, representada por ALBERTO PORTUONDO COLL y PUBLICIS Comunicación España SL , representada por MIGUEL ANGEL FURONES FERRE y FABRIZIO BINI, haciéndose lo propio en idénticas fechas con la entidad ZENITH Media SL, representada por CÁNDIDA RODRIGUEZ MELCON y FERNANDO RODRÍGUEZ VARONA. »

Pasa, posteriormente, el auto a indicar la información aportada por las declaraciones y los datos extraídos de la documentación en los que basa la imputación de todos aquellos investigados que de una u otra forma intervinieron de forma directa y personal en la negociación, firma y ejecución de los acuerdos de pago de las comisiones a Portuondo, (entre el 4% hasta el 28%), es decir, todos los que firmaron los contratos entre ALBISA Inversiones y Asesoramiento S.L. y Publicis Comunicación España S.L. , por un lado, y con ZENITH MEDIA S.L. por otro, destacando que era conocido por los altos directivos de Publicis-Zenith, el dato esencial de que Portuondo era a su vez un asesor de Bankia con amplio poder de decisión en la adjudicación del contrato, por lo que también son imputados quienes introducen y dan luz verde a la negociación con dicha persona, y quienes supuestamente, llevaron, en persona las negociaciones. Como ya expusimos ut supra el hecho de que intervinieran la agencia de publicidad y la agencia de medios, y firmaran los contratos, a su vez, dos personas por cada una de ellas, amén de las que conocieron al comisionista intermediario y participaron en las reuniones para la determinación de los medios, forma e importe de los pagos, hace que sea abultada la nómina de acusados

pertenecientes a esas dos empresas, pero, se convendrá que, por escueta o episódica que fuera su intervención personal, no parece ya que pueda excluirse su presencia del acto del juicio, dado que por atribución competencial (Presidente, Consejero Delegado, Director General o Director Financiero), funciones y representación anejas al cargo, conocimiento y experiencia profesional existe una alta probabilidad de que tuvieron que ser perfectos conocedores de los entresijos de la operación y se prestaron a su contribución personal.

Es cierto que los recursos mencionan el caso de Santiago Álvarez del Manzano Sanz, pero este solo consta que participó en la firma de BFA-BANKIA con ZENITH MEDIA, pero no en la paralela y supuestamente delictiva con el comisionista ALBISA (Alberto Portuondo Coll) que sería donde radica el elemento nuclear de la conducta ilícita imputada. En este sentido, MIGUEL ANGEL FURONES, presidente de PUBLICIS, manifestó a presencia judicial que sabía que Portuondo era asesor de Bankia, que presentó a dicho investigado a FRANCISCO XABIER OLAZÁBAL y ambos, a su vez, al Presidente de Zenith, SERGIO LORCA FERNÁNDEZ, y situó como negociadores tanto a Fabrizio Bini como a Sagrario Búa, por lo que ésta, pese a que solo aparece en la firma de los contratos de adjudicación de la prestación de servicios de publicidad y medios con Bankia, tuvo también intervención en la negociación con Portuondo, lo que encaja en sus funciones de alta dirección.

No cabe descartar que tras la celebración del juicio quede acreditado que alguno de los inculpados no tuviera cumplido conocimiento de la finalidad y efectos de las operaciones realizadas, y actuara dentro de las funciones representativas propias de su cargo y en la confianza depositada en el cumplimiento de las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos, quienes ostentaban el efectivo control de la operativa, pero, en este momento procesal, en el que basta una incriminación indiciaria suficiente o probable y en el que han quedado contrastados de manera objetiva datos incriminatorios de naturaleza documental y personal, la única decisión factible es acordar la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, pues tuvieron que conocer datos que apuntaban de forma alarmante a la instauración de una entidad intermedia, perceptora de una alta comisión, cuyas funciones reales al margen de la adjudicación eran inexistentes.

Es indudable también que la vinculación con la ideación criminal de la conducta, siempre con el carácter indiciario propio de esta fase procesal, se proyecta con mayor facilidad sobre los componentes del entramado Bankia, que bajo las instrucciones precisas del principal investigado, Rodrigo Rato, y la cadena de mando instaurada en el departamento de comunicación acaban determinando la concesión del jugoso contrato publicitario de Bankia a la empresa Publicis-Zenith, que no sobre las numerosas personas que por parte de la empresa de publicidad y la agencia de medios tuvieron una participación más o menos directa en la negociación y firma de los acuerdos, máxime cuando se trataba de un figura delictiva novedosa de reciente introducción en nuestro sistema penal. Pero, insistimos, en este momento procesal no cabe anticipar ese tipo de valoraciones que solo corresponderá efectuar al órgano sentenciador.

En conclusión, el recurso anticipa una línea de defensa sugerente pero obvia un dato esencial como es, además de su intervención personal en la firma del contrato con ALBISA, la participación previa en las negociaciones, según manifestación de alguno de los implicados, y su necesario conocimiento de los datos económicos de la operación en su condición de director financiero, labor que, aunque fuera de forma transitoria o temporalmente reducida, ejercía a la firma de los contratos.

Los argumentos expuestos sirven de igual manera para desestimar la adhesión al recurso de Sagrario Búa Rojas. Ya hemos indicado que, aunque solo interviene en la firma con Bankia, un coimputado del máximo nivel dentro de la empresa la sitúa en el centro de la negociación. El delito se consuma al momento del acuerdo que se plasma en los contratos firmados una vez ya entrada en vigor la reforma que introdujo esta figura delictiva, y se proyecta y reactiva en cada ocasión que se mantuvieron los pagos. En parecidos términos cabe descartar el recurso de María Cándida Rodríguez Melcón, que se tramita en rollo de apelación aparte, aunque el grueso de sus argumentos es procedimental.

DECIMO SEGUNDO.- MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ. 1. Los motivos del recurso son: (i) infracción del derecho de defensa por carencia absoluta de motivación. (ii) ausencia de indicios racionales de criminalidad.

El recuso comienza recordando como antecedente procedimental del máximo interés que el Juez Instructor ya dictó en la pieza relativa a la corrupción en los negocios auto de fecha 20 de febrero de 2019, sobreseyendo provisional y parcialmente la causa frente a su patrocinado, resolución dictada en paralelo con la transformación en procedimiento abreviado frente a las personas que entendía si podían ser acusados, de estimarlo así las acusaciones. Esa decisión de archivo fue impugnada por el Ministerio Fiscal dando lugar a nuestro Auto 583/2019, de 19 de junio, por el que se estimaba parcialmente el recurso contra el auto de fecha 20 de febrero 2020 en cuanto acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones frente a Miguel Robledo Gómez y Beatriz Garcia Colomer, “debiendo continuar la tramitación del presente proceso frente a los mismos en los términos del Fundamento Jurídico Cuarto”, fundamento en el que se expresaba que no concurrían “los presupuestos para decretar el sobreseimiento provisional sobre los mismos. **Todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en momentos ulteriores de este asunto, atendiendo a los indicios que concurren sobre la efectiva participación del Sr. Robledo y la Sra. Colomer** en el delito de corrupción en los negocios”, Y, en el párrafo siguiente, se explicitaba que tampoco se estima en su integridad el recurso en cuanto solicitaba que la Sala acordara la continuación por los trámites del Procedimiento Abreviado contra los mismos.

Pues bien, entiende el recurrente que, desde que se dictó dicho auto de apelación hasta la fecha actual, no se ha practicado diligencia alguna que pudiera incriminar al Sr. Robledo. A continuación, recuerda las disposiciones del art. 238 de la LOPJ sobre la nulidad de las actuaciones que prescindan de las normas esenciales del procedimiento y como el actual art. 779 L.E.Crim. exige al juez la necesidad de determinar los hechos punibles y la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

identificación de la persona a la que se imputa, determinando su ausencia la nulidad de la resolución y recordando el alcance del auto de transformación para acabar afirmando que aplicando la doctrina expuesta se observa que el Auto de continuación de PA aparece totalmente huérfano de determinación de hechos punibles atribuibles a su representado, no existiendo la más elemental determinación de los hechos punibles que pudieran conducir a un juicio indiciario de atribución de hechos delictivos.

Continúa su argumentación alegando que, tras la investigación llevada a cabo, no aparecen hechos, declaraciones, documentos ni ningún elemento incriminatorio, ni siquiera indiciariamente, de que su representado, el Sr. Robledo, formara parte de ningún grupo que interviniera en la contratación de empresas que pudieran haber repartido dádivas a favor del Presidente de la Entidad o de sus colaboradores y/o asesores. Y añade que Miguel Robledo fue contratado como responsable de comunicación externa de Caja Madrid, resultando acreditado que entró en Bankia a través del Sr. Fernández Norniella y que tuvo alguna participación en la contratación de 3LEMON, pero sin que conste relación alguna con la operativa de ALB1SA, es decir, con los presuntos pagos efectuados u ordenados por Alberto Portuondo al Presidente de la entidad bancaria. Describe a continuación las funciones de su cargo, así como el organigrama de la entidad y la composición de los distintos comités con especial énfasis en el comité de medios para acabar concluyendo que:

- El Director de Comunicación externa y on line no forma parte del Comité de Medios
- Además de no ser vocal o miembro de tales órganos colegiados, su patrocinado no aparece convocado a ninguna reunión ni participa en modo alguno en la toma de decisiones ni en su ejecución, habida cuenta de que era responsable de la comunicación externa e informaciones on line.
- El Sr. Robledo nunca participó en el proceso de selección de empresas de ningún tipo,
- Su mandante no formó nunca parte del cuadro de mando del proceso de compras; no ejerció funciones en materia de inversión y gastos.

2. Antecedentes. El auto del juez instructor de fecha 22 de abril de 2021 resolviendo el inicial recurso de reforma interpuesto por la defensa de MIGUEL ROBLEDÓ GÓMEZ, por toda motivación indica que :

«su inclusión en el auto recurrido viene dada por lo dispuesto en el auto de 19/6/19 de la Sección XXIII de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó el de sobreseimiento provisional dictado por este Juzgado respecto del Aludido investigado, con fecha 20/2/19. Por tanto, no cabe ulterior razonamiento por parte de este Instructor, sino estar a lo acordado por el Tribunal de Apelación.»

No es la primera ocasión en la que esta Sección 23ª se pronuncia respecto de la intervención de Beatriz Colomer García y Miguel Robledo Gómez. Como es sabido ya hubo un anterior auto de transformación en Procedimiento Abreviado respecto de la pieza de corrupción en los negocios, habiéndose adoptado de forma paralela la decisión de archivo provisional y parcial de la causa respecto de alguno de los investigados, como fue el caso de Beatriz Colomer y Miguel Robledo Gómez. Dicha decisión fue recurrida por el Ministerio

Fiscal, dando lugar al Auto N° 583/19 de fecha 19 de junio de 2019 (en el RPL 801/2019) en el que se decía en su fundamentación jurídica:

«SEGUNDO. En relación con Miguel Robledo Gómez, el auto recurrido fundamenta su decisión de sobreseimiento en que de lo actuado únicamente aparece acreditado que entró en BANKIA a través de Fernández Norniella y que tuvo alguna intervención en la contratación de 3LEMON, pero sin que conste relación alguna con la operativa de ALBISA.

Sin embargo, frente a las alegaciones del Sr. Robledo en su escrito (folios 4354 y ss), existen determinados elementos expuestos por el Ministerio Fiscal en su recurso que podrían determinar indiciariamente que Miguel Robledo Gómez, como director de comunicación externa (folio 4355) y con una relación directa con José Manuel Fernández Norniella, **ha formado parte del grupo que ha diseñado y/o desarrollado el proceso de contratación para la prestación de servicios de publicidad**, que tienen su núcleo en las relaciones de “Zenith Media S.L.” y “Publicis Comunicación España S.L.” con “Albisa Inversiones y Asesoramiento S.L.”; todo ello sin perjuicio de la contratación con la entidad 3LEMON.»

En todo caso es necesario resaltar que en el FD Cuarto se mencionaba que, como de forma paralela a esa resolución, se dejó sin efecto la transformación de la pieza denominada Zenith/Publicis, (Auto 582/19 de idéntica fecha RPL 800/2019) para la tramitación en un único proceso por los delitos de corrupción en los negocios, delitos fiscales y delito de blanqueo de capitales, una vez ordenada dicha unión, se indicaba que:

«el Juzgado a quo deberá proceder a dicar, una vez terminada la instrucción y si concurren todos los presupuestos legalmente exigibles al efecto, acto de continuación del proceso por los trámites del Procedimiento Abreviado. De este manera, el Juzgado a quo también deberá pronunciarse en el momento procesal oportuno sobre la continuación contra Miguel Robledo Gómez y Beatriz Colomer García»

Añadiendo, como bien han resaltado los recursos que:

«Todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en momentos ulteriores de este asunto, atendiendo a los indicios que concurren sobre la efectiva participación del Sra. Robledo y la Sra. Colomer en el delito de corrupción en los negocios»

Por si existiera alguna duda sobre el limitado alcance de nuestra anterior resolución el FD Tercero del paralelo Auto 582/19, de idéntica fecha, indicaba que la estimación del recurso del Ministerio Fiscal era parcial pues no se accedía tampoco a su pretensión de dirigir el procedimiento contra Beatriz Colomer y Miguel Robledo Gómez.

En definitiva, se emplazaba al juez instructor a que en la nueva decisión a adoptar valorara dichos datos indiciarios y los que pudieran aportar las diligencias que faltaban por culminar. El entendimiento conjunto de ambas resoluciones en absoluto imponía decisión concreta al instructor, ni existía por tanto resolución firme de esta Secc. 23ª al respecto, como pretende dar a entender el informe del Ministerio Fiscal de 31 de marzo de 2021 de

oposición al recurso inicial de reforma. No se han aportado datos nuevos de trascendencia desde aquella fecha y el juez instructor ha incluido a ambos en el auto de transformación, limitándose a reproducir, de manera incorrecta, los argumentos de nuestra anterior decisión que no contenían valoración de fondo sobre la pretensión ejercitada, y que no ponderaba los innumerables datos objetivos de descargo aportados por ambos recursos que neutralizan y diluyen toda fuerza incriminatoria a las conjeturas del Ministerio Fiscal, que no aportan elemento indiciario suficiente sobre su presencia en el ámbito de decisión o control sobre el núcleo de los hechos (contratos) investigados.

3. El recurso será estimado. No existe base indiciaria suficiente para afirmar que formaban parte del grupo de personas que idearon, diseñaron, ejecutaron y/o desarrollaron las relaciones para la prestación de servicios de publicidad, que tienen su núcleo en las relaciones de “Publicis Comunicación España S.L.” y “Zenith Media S.L.” con “Albisa Inversiones y Asesoramiento S.L.”, por más que tuvieran una posición de proximidad profesional con alguno de los principales implicados, ni mucho menos que tuvieran cabal conocimiento de que dicho contrato encubría y canalizaba el pago de una abultada comisión cuyo parcial destinatario final era el investigado principal Rodrigo Rato Figaredo.

Es importante no perder de vista el panorama general o escenario en el que, supuestamente y con el soporte indiciario que aporta la instrucción, se desarrollan los acontecimientos y la ideación delictiva a que responden todas y cada una de las decisiones que se fueron adoptando en el ámbito del departamento de comunicación y publicidad de la entidad Caja Madrid/Bankia para cumplir con los designios del principal investigado, Rodrigo Rato, que, desde el minuto uno, habría dispuesto una cadena de mando de personas de su máxima confianza personal para el férreo control del mencionado departamento de comunicación, contando para ello con cuatro arietes esenciales: Teresa Arellano Carpintero, a la que conocía y había trabajado con ella desde hacía muchísimos años, designada a los pocos días de la toma de posesión de Rato secretaria de presidencia y poco después Coordinadora de Presidencia y Coordinadora-Directora General de Comunicación y Marca, José Manuel Fernández Norniella, persona de su máxima confianza que ya estuvo a sus órdenes en su época en el Gobierno de España, designado vicepresidente y consejero de Bankia, presidiendo habitualmente el Comité de medios en sustitución de Rato, y Alberto Portuondo Coll, contratado como asesor externo por la intermediación de Miguel Ángel Montero Quevedo, pieza clave tanto en la adjudicación de los contratos para la prestación de servicios publicitarios a Publicis-Zenith, como en el cobro posterior de comisiones y en los pagos entre ALBISA y KRADONARA. Ninguno de los tres primeros ha formulado apelación, reservando su defensa directamente para el acto del juicio, asumiendo que el juicio de tipicidad y probabilidad está más que cubierto, sin perjuicio, no nos hemos de cansar de repetirlo, del resultado final que depare la sentencia.

El único dato incriminatorio que pende sobre ambos investigados es la proximidad con dos de esas personas clave en el diseño de la operativa ilícita, Fernández Norniella, en el caso de Miguel Robledo, y Portuondo Coll, en el caso de Beatriz Colomer, debiendo considerarse manifiestamente insuficiente como para justificar la continuación del

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

procedimiento frente a ellos, ante la imposibilidad de acreditar, siquiera de forma indiciaria, un dato objetivo y verificable sobre (i) su intervención personal en las reuniones o negociaciones previas, en la firma de los concretos contratos de prestación de los servicios de publicidad a Bankia por parte de Zenith/Publicis o en la ejecución de los pagos supuestamente ilícitos acordados a ALBISA y de esta a KRADONARA, (ii) ni sobre la información y conocimiento que pudieran disponer del ilícito acuerdo subyacente, (iii) ni sobre su capacidad de decisión autónoma en relación con los concretos contratos investigados, (iii) ni la abierta extralimitación en las funciones profesionales que les fueron encomendadas a partir de la cual poder inferir que contribuyeron de forma personal y eficaz al éxito del plan criminal mostrando su solidaridad con el mismo. Y todo ello con independencia que su leal colaboración con las personas que le facilitaron el trabajo fuera utilizada por sus superiores para el cumplimiento de sus designios ilícitos.

En ambos supuestos es indudable que se trata de figuras subalternas o subordinadas. En el caso de Miguel Robledo Gómez su actuación es difusa e imprecisa. Actuaba al dictado de Fernández Norniella que fue quien le introdujo en Bankia. Pero ya Fernández Norniella carecía de poderes ejecutivos o de gestión nominales, aunque, de hecho, ejercía la supervisión y férreo control de todo el entramado de comunicación y publicidad de la entidad. Sin duda, para ello, le era imprescindible conocer la actividad del día a día y controlar el flujo de información, externa e interna, en todo lo relacionado con la imagen y publicidad de la entidad de cara a llevar a buen puerto las negociaciones con ALBISA-PUBLICIS/ZENITH, labor en la que se pudo valer de la colaboración del jefe de comunicación externa por él nombrado, el recurrente Miguel Robledo Gómez, pero sin que se haya aportado dato objetivo alguno en el que poder sustentar que tuviera intervención personal, directa y autónoma, en la adjudicación de los contratos de prestaciones de servicios publicitarios a Zenith/Publicis, ni que su actuación profesional excediera el rol asignado y esperado.

Así basta con leer el informe del Ministerio Fiscal oponiéndose en su día al archivo, para comprender que se está ante una mera especulación o inferencia carente de suficiente apoyo indiciario, más allá del desempeño fiel de las funciones laborales encomendadas. Aquel informe del Ministerio Fiscal se ampara en manifestaciones de algunos testigos, pero que serían meras conjeturas y valoraciones subjetivas de alguna de las empleadas que se vieron arrinconadas en su función. Decía así el informe: «Igualmente y a los efectos del control absoluto por RODRIGO DE RATO de todo lo relacionado con la publicidad y la comunicación en Caja Madrid-Bankia se colocaron en su círculo, otras personas traídas por los citados FERNÁNDEZ NORNIELLA y PORTUONDO, como es el caso de los también investigados MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ responsable de comunicación externa en Caja Madrid-Bankia, y BEATRIZ COLOMER GARCÍA, colaboradora y mano derecha de Portuondo con funciones en el área de comunicación y marca. Todos ellos constituyeron un auténtico grupo de presión dentro de la entidad financiera, actuando como "núcleo duro" a las órdenes y en beneficio último de RODRIGO DE RATO FIGAREDO.»

El único dato indiciario mínimamente acreditado es su intervención más directa en la facilitación de la contratación de otras empresas del entorno de Portuondo Coll –3Lemon, que realizaba trabajos digitales para Bankia– hecho alejado del núcleo de la actividad delictiva investigada, y que consideramos manifiestamente insuficiente a los efectos de hacer continuar el procedimiento frente al recurrente.

DECIMO TERCERO.- BEATRIZ COLOMER GARCÍA. 1. Motivos. El recurso contiene dos únicas alegaciones que son (i) ausencia de motivación. Vulneración del derecho de defensa en su vertiente de derecho a la motivación, y (ii) ausencia de indicios racionales de criminalidad.

El recurso relata el núcleo esencial de la investigación y los avatares procedimentales, destacando, con acierto, como nuestra anterior resolución emplazaba al instructor al dictado de nuevo auto de procedimiento cuando correspondiera y obviamente supeditado a la concurrencia de los elementos legalmente requeridos para ello. Destaca además como el Juzgado instructor se ha limitado a transcribir el FD de nuestro auto pero sin aportar detalle o descripción de cuales sean los hechos o elementos de imputación. Y por ello añade que una rápida lectura del conjunto de presuntos indicios que se desgranaban en el auto recurrido permite apreciar que no se incluye ni contiene alguno que vincule a su representada con los hechos objeto de investigación. Argumenta la recurrente que tal omisión fundamentadora, al no indicar cuáles puedan ser los elementos indiciarios existente, además de constituir vulneración del derecho de defensa, obliga a la parte investigada a especular sobre cuales puedan ser esos indicios o elementos que conducen a la decisión de proseguir en su contra el procedimiento.

Continúa afirmando el recurso que, si bien en el presente supuesto el auto se aleja del formato predefinido, se encuentra carente de toda fundamentación o motivación respecto del caso concreto y respecto de los hechos atribuidos a su representada sin que pueda servir una remisión referencial ya no al auto de la audiencia, sino a las alegaciones que en su día formuló el Ministerio Fiscal para sustentar el recurso que motivó aquél auto.

El recurso sostiene que las aseveraciones del Ministerio Fiscal deberían ir acompañadas de algún apoyo fáctico. Nada de ello se encuentra, ya no en el auto de procedimiento abreviado recurrido, sino en la extensa instrucción practicada, que permita siquiera tangencialmente considerar que Beatriz Colomer formó parte de grupo de presión alguno —lo que implicaría algún tipo de capacidad de influencia, decisión o control, de los que obviamente carecía—, o que auxilió ni de manera inconsciente a ningún fin de contenido delictivo, limitando su intervención a un mero papel de prestadora de servicios, sin capacidad decisoria alguna, ni intervención directa o indirecta en la toma de decisiones, o participación en actuaciones que ni tangencialmente pudieran contribuir a algún resultado reputado delictivo.

Y a modo de conclusión a partir de los datos contrastados del acervo instructorio verifica las siguientes afirmaciones respecto de la intervención de BEATRIZ COLOMER GARCIA.

- No formaba parte de ninguna de las empresas del Sr. Portuondo, ni ostentaba capacidad decisoria.
- Presto servicios como colaboradora externa a través de una relación de naturaleza mercantil
- No consta su participación en el proceso de selección de empresas de publicidad iniciado por Bankia para el lanzamiento de la nueva marca o la salida a bolsa
- El Informe sobre procedimientos relativos a la contratación de publicidad por Caja Madrid- BFA Bankia entre los años 2010 a 2021 de 31 de mayo de 2018 emitido por la IGAE y aportado por el Ministerio Fiscal en su escrito de 4 de junio, evidencia que no contiene ni una sola mención a BEATRIZ COLOMER GARCIA.
- Tampoco consta intervención o actuación alguna vinculada bien con la contratación bien con la toma de decisiones en el marco de las empresas prestadoras de servicios de publicidad.

Por último, el recuso se ocupa de desacreditar toda posible fuerza incriminatoria a los supuestos indicios que la vinculaban, junto con Miguel Robledo, con el favorecimiento de la contratación de otra de las empresas de Portuondo que realizaba trabajos digitales para Bankia, 3Lemon.

2. Antecedentes. El repetido Auto N° 583/19 de fecha 19 de junio de 2019 (en el RPL 801/2019) dedicaba a Beatriz Colomer García el fundamento jurídico Tercero:

«TERCERO.- En relación con Beatriz Colomer García, el auto recurrido afirma que la Sra. Colomer prestó servicios de asesoría externa en Bankia, pero sin trabajar directamente para la firma, limitándose su función a dichas tareas consultivas, pero sin que exista indicio alguno que acredite su conocimiento o participación en la operativa de ALBISA.

Frente a las alegaciones de la Sra. Colomer en su escrito (folios 4364 y ss) cabe entender que concurren elementos, expuestos por el Ministerio Fiscal en su recurso, que podrían apuntar indiciariamente a que Beatriz Colomer García, a través de su relación directa con el Sr. Portuondo, **ha formado también parte del grupo de personas que ha diseñado y/o desarrollado las relaciones para la prestación de servicios de publicidad**, que tienen su núcleo en las relaciones de “Zenith Media S.L.” y “Publics Comunicación España S.L.” con “Albisa Inversiones y Asesoramiento S.L.”. La Sra. Colomer era **colaboradora directa y persona de confianza de Alberto Portuondo, a quien incluso sustituía en su ausencia**; se trataría de ejercicio efectivo de funciones, y ello independientemente de la calificación formal de las funciones la Sra. Colomer pudiera tener asignadas, que su representación procesal define como de naturaleza consultiva. Y todo ello, asimismo, sin perjuicio de la contratación con la entidad 3LEMON.»

3. El recurso será también estimado. Aun incorporando al relato de hechos punibles las valoraciones que expone el recurso del Ministerio Fiscal respecto del delito de corrupción

en los negocios (Apartado IV) y la concreta intervención de la Sra. Colomer (pag.45 del recurso) que se dejaba entrever en nuestra anterior resolución, lo cierto es que, como hemos adelantado ya en el caso de Miguel Robledo, el simple dato de ser colaboradora directa y persona de la máxima confianza de Alberto Portuondo, intercambiando alguna vez funciones en el desempeño de sus tareas, no la sitúa tampoco en el conocimiento cabal y dentro del núcleo de decisión sobre el hecho controvertido que es la negociación paralela de ALBISA con Publicis/Zenith y más aún con KRADONARA (Rodrigo Rato). Es cierto que la imputación en este caso parece algo más precisa que con respecto a Miguel Robledo, en tanto se hace específica mención al intercambio de funciones con Alberto Portuondo, siendo así que varias testificales mencionan que ella hablaba y consideraba a Portuondo como su jefe, pero ello no es dato indicativo de la posible relevancia penal de su concreta actuación, máxime cuando consta que fueron varias las empresas vinculadas con Portuondo las que trabajaron para Bankia desarrollando una labor real y efectiva, trabajos digitales, una auditoria de todo el entramado de marca y comunicación, y que ella actuó en todo momento en el desempeño de las labores encomendadas por su superior.

DECIMO CUARTO.- RECURSO DE RAMIRO SÁNCHEZ DE LERIN GARCÍA-OVIES. 1. Motivos. El recurso interpuesto por el que fuera Secretario General y Secretario del Consejo de Administración de Telefónica se articula en torno a cinco fundamentos.

- (i) El primero recuerda las resoluciones previas dictadas durante la instrucción que anticipaban que éste debía ser el momento en que se pronunciara la sala sobre el sobreseimiento pedido y demorado.
- (ii) El objeto de la imputación al Sr. Sanchez de Lerín es un comportamiento atípico: no es delito pagar a una sociedad profesional de alguien que luego, cuando declara lo cobrado, simula a la vez gastos para pagar menos impuestos (únicamente sería delito para éste último).
- (iii) Más razones para la atipicidad: la propia pericia de la ONIF da la razón a esta parte y expone que, Telefónica y el Sr. Sánchez de Lerin, son ajenos a lo que sucediese con los impuestos del Sr. RATO o KRADONARA.
- (iv) Atipicidad también por ausencia de la necesaria causalidad de toda cooperación a un delito: la defraudación que se imputa al Sr. RATO no es por ocultación de lo pagado por Telefónica, sino por simulación de gastos que nada tienen que ver con Telefónica.
- (v) Tampoco concurren otros condicionantes para una cooperación necesaria desde el punto de vista fáctico, ni objetivo ni subjetivo (ausencia de dolo).
- (vi) Desde criterios de imputación objetiva tampoco es posible afirmar la existencia de una cooperación necesaria.

2. Antecedentes. En lo que ahora nos importa han sido tres las ocasiones en que esta Sección 23ª se ha pronunciado ante recursos interpuestos por parte de la defensa de Ramiro Sánchez de Lerín, dos contra la decisión del juez instructor de rechazar sendas peticiones de sobreseimiento provisional y otra relativa a la necesidad de ratificar una prueba pericial de parte aportada por la defensa.

En primer lugar, el Auto 861/2017 de 14 de noviembre de 2017 (RPL 1340/2017) que dio respuesta al recurso de apelación ante la desestimación por el juez instructor de la petición de sobreseimiento provisional. Decía así:

«No procede acceder a lo solicitado por cuanto de la instrucción practicada hasta el momento se considera que el investigado ha sido presunto cooperador necesario en la defraudación tributaria cometida presuntamente por Rodrigo Rato en relación a la forma en que tributó por las percepciones recibidas desde Telefónica, las cuales en lugar de hacerlas tributar en su IRPF, tributaron indebidamente en el Impuesto de Sociedades de la sociedad KRADONARA para lo que fue de todo punto imprescindible la colaboración del investigado quien firmó el contrato de 2 de enero de 2013 en nombre de telefónica con la sociedad KRADONARA, y el de prórroga de 2 de enero de 2015 entre iguales partes, existiendo indicios dimanantes de la instrucción de que conocía que la actividad profesional la iba a realizar personalmente el Sr. Rato, sin intervención alguna de la sociedad patrimonial de éste, KRADONARA, la cual sólo servía para lograr un fraudulento ahorro fiscal. Siendo absolutamente necesaria la participación de Sánchez de Lerín para generar la ficción documental de la participación de KRADONARA, no procede acceder a sobreseer la causa.»

El Auto 326/18 de 30 de abril de dos mil dieciocho (RPL 655/18), referido a la necesidad o no de practicar la ratificación judicial del informe pericial de la defensa, elaborado por el profesor Falcón y Tello, en cuyo FD Primero in fine podemos leer:

«Antes al contrario, lo que el informe pericial sostiene es que su cooperación vendría circunscrita a los pagos realizados a través de Telefónica SA a la sociedad Kradonara 2001 S.L. y que los mismos se concretan en cuotas pretendidamente defraudadas de 70.350 euros en 2013 y 76.500 euros en 2014. Por lo tanto, la información contenida en el informe es relevante al objeto de la instrucción en lo referente a la participación del recurrente en unos hechos concretos, pudiendo llegar a ser decisiva para determinar respecto de él, la existencia o no de responsabilidad penal, al margen de la del obligado tributario Sr. Rato»

Y el Auto 832/18, de 13 de noviembre (RPL 1623/2018), si bien este se basó en cuestiones procesales, remarcaba que la simple existencia de dos informes periciales contradictorios, sin verificar un mínimo análisis de su contenido no debiera bastar para remitir sin más la cuestión debatida al acto del juicio, y con ello anticipó dos criterios importantes a considerar. Por un lado, destacaba como el recurso de la defensa de Sánchez de Lerín analizaba con detalle y precisión el contenido de ambos informes periciales, llegando mucho más al fondo del asunto que la decisión del juez instructor, que, tras constatar la existencia de dos informes periciales contradictorios, ambos extensamente fundamentados, remitía su posible valoración en plenitud al acto del plenario. Y, en segundo lugar, llamaba la atención de que existiendo una petición expresa de sobreseimiento y, precisamente, para alcanzar la tarea de filtro que corresponde al juez instructor en el momento de la decisión del art.779 en evitación del avance por inercia de cualquier causa penal, emplazaba al juez instructor a motivar adecuadamente la opción por la que se decante.

3. Hechos. Rodrigo Rato Figaredo percibió de Telefónica SA en los años 2013, 2014 y 2015 dos tipos de retribuciones.

Como miembro de los Consejos Asesores de Europa y Latinoamérica de Telefónica S.A, percibe como persona física con la información suministrada anualmente por la entidad Telefónica SA a la AEAT las siguientes retribuciones:

2013	240.000€	incluyendo una retención por	100.800€
2014	180.000€	incluyendo una retención por	75.600€
2015	30.000€	incluyendo una retención por	11.000€

Adicionalmente Telefónica S.A. ha abonado a Rodrigo Rato Figaredo, también por una función de consultoría o asesoría, pero mediante la interposición de la sociedad KRADONARA 2001 S.L., las siguientes cantidades, no sometidas a retención pero si declaradas por Telefónica S.A. en el correspondiente modelo 347:

2013	300.000€
2014	300.000€
2015	130.000€

Con fecha 2 de enero del 2013 KRADONARA 2001 SL, representada por el asesor fiscal Domingo Plazas Ruiz, y Telefónica S.A., representada por el Secretario General y del Consejo de administración Ramiro Sánchez de Lerín García-Ovies firman un contrato de “colaboración de servicios profesionales”. No consta referencia alguna, directa ni indirecta, a Rodrigo Rato en ese contrato.

En definitiva, la hipótesis que sostienen las acusaciones es que lo que se esconde tras la facturación de KRADONARA a Telefónica no es más que parte de la remuneración del propio señor RATO por sus servicios como asesor o consultor, la cual debería de haber tributado en su IRPF y no lo ha hecho en modo alguno.

Entre la documentación incautada se destaca el borrador del contrato fechado en 2012 únicamente con los datos del representante de Telefónica dejando vacíos los campos correspondientes a la contraparte, los correos entre Sánchez de Lerín y Domingo Plazas relativos a la celebración del contrato con especial hincapié en el de 13 de diciembre del 2012 en el que se suscitan dudas sobre si el objeto social de KRADONARA 2001 S.L. es lo suficientemente amplio como para amparar el servicio contratado con Telefónica, y el propio contrato finalmente firmado por KRADONARA 2001 S.L. como consultor, y una vaga referencia a la experiencia acumulada por las personas vinculadas a la empresa KRADONARA 2001 S.L.

4. Contenido esencial del informe del catedrático Falcón y Tello. El objeto principal del informe es determinar la supuesta cantidad concreta a que ascendería la cuota defraudada en los ejercicios de 2013 y 2014 que puede considerarse con origen en las rentas percibidas

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

de Telefónica S.A. siempre partiendo de los datos y calificaciones que figuran en el informe de la ONIF

En la tabla contenida en el apartado 4 Determinación del IRPF presuntamente defraudado correspondiente a los cobros recibidos de Telefónica S.A., verifica unas rebajas de cuota, consistentes en estimar que como las cuantías pagadas por Telefónica a KRADONARA han sido declaradas por ésta, ello determina una rebaja en 75.000€, por aplicación del tipo impositivo del 25% del Impuesto de Sociedades a las cuantías facturadas por Telefónica a KRADONARA. El perito arrastra esa cantidad rebajada al cálculo de cuota defraudada por Rodrigo Rato Figaredo en su IRPF, al entenderse por la ONIF, que tales ingresos debieron tributar en sede de IRPF por Rato y no en sede del Impuesto de Sociedades por Kradonara, entidad con carácter instrumental, que no añadió valor alguno a los servicios personalísimos prestados por Rato a Telefónica.

	2013	2014
Pagos realizados por Telefónica S.A.	300.000	300.000
Gastos deducibles (5%) pag. 562 informe ONIF	15.000	
Base (pagos-gastos)	285.000	300.000
Cuota IRPF al 51% (2013) o al 50% (2014)	145.350	151.500
Cuota IS a deducir por declaraciones de Kradonara	-75.000	-75.000
Cuota pretendidamente defraudada o impagada con origen en los pagos de Telefónica S.A.	70.350	76.500

En definitiva, el recurrente alega que la tesis que sostiene el informe del perito Sr. Falcón y Tello, permite exonerar de responsabilidad criminal al Sr. Sánchez considerando que su eventual comportamiento de cooperación al fraude fiscal no alcanza el umbral delictivo.

5. El recurso destaca como en los propios informes de la ONIF no se pone en duda que Telefónica S.A. cumplió con su deber de declarar ante la AEAT en su modelo 347 los pagos efectuados a KRADONARA 2001 S.L., e, igualmente, es ajeno a Telefónica el que KRADONARA 2001 incluya o no en sus declaraciones del Impuesto de Sociedades los cobros de Telefónica S.A.. También es ajeno a Telefónica el que KRADONARA 2001 S.L. declare gastos no deducibles como los que ha declarado. Y por último la ONIF también concluye que no se pone en duda que ninguna norma impide que una persona física ejercite su actividad profesional a través de una sociedad.

En los supuestos denominados coloquialmente como de factureros, continua manifestando el recurso, la jurisprudencia establece con razón que el dolo de quien emite una factura falsa para que un obligado tributario pueda deducírsela ilícitamente en su base, ese dolo, alcanza a la completa defraudación, aunque la factura en si y aisladamente considerada no se dé como resultado un cuota superior a 120.000€. Y ello, porque quien emite una factura falsa sabe que es para defraudar, y que el receptor de la misma va a usarla

para defraudar, de tal modo que la jurisprudencia, viene reconociendo que existe al menos dolo eventual de la competencia defraudación que si supere la cuota de los 120.000€. Pero entiende el recurrente que el supuesto de hecho analizado es bien distinto, puesto que Telefónica no pagó factura falsa alguna, sino que los trabajos se realizaron, tal y como está acreditado en la causa. De esta manera, concluye, es claro que no es posible señalar con un mínimo de rigor jurídico que el Sr. Sánchez de Lerín tuviese dolo de una supuesta defraudación de Kradonara.

6. La conclusión que alcanzan los informes periciales que amparan la acusación es que no se trata, pues, de prestar servicios profesionales por una persona física a través de una sociedad profesional, sino que se oculta a la persona física a través de una sociedad interpuesta y opaca KRADONARA 2001 S.L. (opaca hasta finales de abril del 2013) que le administra su asesor fiscal Domingo Plazas para simular que es esta sociedad la que presta los servicios a Telefónica y no tributar por las rentas obtenidas de Telefónica ni en el IRPF de Rodrigo Rato ni en el impuesto sobre sociedades de KRADONARA 2001 S.L..

En el informe quinquies de la Unidad de Auxilio de la ONIF de 25 de mayo de 2018, destacan que, pese a coincidir, con los presupuestos del informe de parte del Sr. Falcon, sigue existiendo una divergencia fáctica sin explicar, a saber, por qué el Sr. Sánchez de Lerín siendo conocedor de que se quería obtener los servicios de consultoría y asesoría de Rodrigo Rato Figaredo, servicios que cabe reputar de personalísimos en tanto que es el conocimiento, experiencia, y relaciones derivados de su trayectoria profesional, no se sabe por qué se contrató con una sociedad de las características de KRADONARA (opacidad de su accionariado cuando se firmó el contrato, nula sustancia económica, inexistente prestigio o trayectoria empresarial) y además no se incluyó en el contrato que debía ser inexcusablemente Rodrigo Rato Figaredo quien debía prestar sus servicios de consultoría y asesoría.

La hipótesis de restar de la cuota defrauda en sede de IRPF por Rodrigo Rato Figaredo las cuotas que hipotéticamente hubiera ingresado al Tesoro Público la sociedad KRADONARA por el Impuesto sobre Sociedades, sería asumible si ésta hubiera ingresado euro alguno al Tesoro Público. Pero KRADONARA no ha ingresado euro alguno al Tesoro Público por tales rentas, aunque si las declaró. Concluye el informe de la ONIF que resulta más que evidente que el perjuicio económico causado a la Hacienda Pública a través del mecanismo defraudatorio pormenorizadamente descrito perseguía defraudar al Tesoro Público en todos los impuestos directos exigibles.

La razón del no ingreso no es, como indica el perito de parte, que se hayan declarado unos gastos de KRADONARA que no son deducibles. Tales gastos han sido una pieza más del mecanismo presuntamente defraudatorio ideado y puesto en marcha. La razón del no ingreso es que se ha articulado un mecanismo compuesto de varias piezas, presuntamente defraudatorio por el que se ha causado un perjuicio a la Hacienda Pública y Telefónica ha participado a través del Secretario de su Consejo de Administración en la configuración de alguna de las piezas de ese mecanismo.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

7. A este respecto, conviene comenzar destacando que la doctrina penal más reciente ha procedido, a través de la teoría de la imputación objetiva, a restringir por medio de diferentes criterios normativos la aplicación del ámbito objetivo de los tipos penales. A tal efecto, se procura obviar una concepción meramente naturalística o mecanicista del tipo penal, sustituyéndola por una visión axiológica o normativa con pautas teleológicas en la interpretación de la norma. De forma que no es suficiente con la intervención en la causación natural de un resultado, sino que se requiere también una desvaloración normativa de la conducta causal para considerar que ésta se hace acreedora a la imposición de una pena.

Dentro ya del ámbito concreto de la participación delictiva, y aplicando criterios normativos de restricción de los aspectos objetivos del tipo penal, la denominada "prohibición de regreso", en su versión más moderna, impide imputar el hecho delictivo a la persona que, **sin haber actuado en connivencia con el autor del delito ni haberse solidarizado con su plan delictivo**, favorece causalmente la acción delictiva o su resultado, al crear una situación de hecho que le sirve al autor para realizar el delito. Se trata en general de casos en que concurre un distanciamiento temporal entre la previa realización de la conducta del supuesto partícipe y la ejecución posterior el hecho por el autor en sentido estricto.

La moderna teoría de la prohibición de regreso viene considerando que cuando el tercero realiza una conducta que se antepone en el tiempo (distanciamiento temporal) a la ejecución del concreto tipo penal, y que, además, tiene un sentido por sí misma socialmente adecuado, sin que **presente de por sí connotaciones o significaciones específicamente delictivas**, ha de entenderse que, aunque con ella se favorezca causalmente la ejecución de la acción delictiva del autor, no cabe subsumirla en el marco de la participación delictiva. A no ser, insistimos, que el tercero actúe en connivencia y en solidaridad con el autor del delito.

Se trataría pues de acciones neutrales o ambivalentes, que cumplirían de por sí un fin legítimo y acorde al interés social, y que en ningún caso tendrían como finalidad solidarizarse o cooperar con el plan delictivo del autor, que se aprovecharía de ellas para ejecutar el injusto penal proyectado.

8. Si bien lo mencionado en el recurso puede ser compartido, lo cierto es que obvia algunos datos fácticos de interés, que hacen que no sea posible acordar el archivo interesado, puesto que la relación investigada no se limita, como pretende el recurso, a un típico contrato de prestación de servicio con una asesoría externa, Kradonara, sobre cuyo cumplimiento de sus obligaciones fiscales nada tiene que ver la pagadora del servicio, sino que se trata de colaborar conscientemente en una operación prediseñada para ocultar ingresos a la administración tributaria, la contratación de Rodrigo Rato Figaredo, impregnada de connotaciones de opacidad y oscurantismo, que, en principio, siempre con el carácter provisional de este momento procesal, pudiera extravasar por los datos indiciarios que ahora se dirán el ejercicio neutral de su rol profesional como Secretario General de Telefónica, , y que son suficientes en este momento procesal para desestimar su petición de archivo.

Si querían contratar a Rodrigo Rato Figaredo hay dos dudas: (i) por qué se verifican dos contratos paralelos, y, (ii) si se trataba simplemente de una empresa patrimonial/instrumental para la prestación de servicios profesionales, por parte de un profesional liberal, por qué no se especificó así ni se hizo mención alguna a quién debía prestar el servicio. Antes al contrario, parece que dentro de las obligaciones del Secretario General de la empresa pagadora ínsitas en la diligencia profesional exigible estaba la de asegurarse de que la empresa contratada estaba en condiciones de prestar el servicio encomendado o establecer la cláusula identificadora de quien debía prestar el servicio, estando además acreditado que disponía de plenas facultades para la redacción del contrato y fijación de las condiciones de prestación al experto consultor contratado, y, sin embargo, de forma innecesaria se avino a acomodarse a las condiciones impuestas por el señor Rodrigo Rato Figaredo, a través de su asesor legal/fiscal, quien dispuso la operación de forma oscurantista, sin mención a él como persona física, interponiendo una entidad jurídica opaca al momento de la contratación, carente de medios, personal, actividad o trayectoria, que hubiera debido alertar, máxime, cuando se trataba de contratar a una persona de proyección pública internacional, lo que, desde todos los puntos de vista, incluido las exigencias normativas en evitación de conflictos de intereses y blanqueo de capitales, obligaba extremar los patrones de total transparencia, salvo que hubiera voluntad de cooperar con la ideación delictiva inicial del investigado, lo que no se puede descartar en este momento procesal.

9. La directa y personal intervención en las negociaciones previas, los emails intercambiados con el letrado que aparecía como asesor fiscal y persona física designada por el administrador persona jurídica de KRADONARA, las dudas sobre la entidad que iba a figurar como prestadora del servicio y su objeto social, la proposición a su iniciativa del redactado del contrato, el control directo de los pagos y la directa recepción de los escuetos informes que daban cuerpo al servicio de consultoría contratado, junto con la existencia diferenciada de dos contrataciones paralelas coincidentes en el tiempo, una a nombre personal de Rodrigo Rato Figaredo, sobre la que no existe duda de legalidad, y otra a nombre de una sociedad KRADONARA 2001 S.L., carente de medios, actividad, prestigio o experiencia alguna, con un único socio que es a su vez una sociedad radicada en un territorio de nula colaboración, impiden que en este momento procesal se pueda afirmar, como sostiene el recurso, que la conducta se ajustó en todo momento al ejercicio neutral de su rol profesional como para entender que estaríamos ante una conducta neutra.

DECIMO QUINTO.- RECURSO DE SANTIAGO ALARCÓ CANOSA.

1.Motivos. El recurso de Santiago Alarcó Canosa, excuñado del principal investigado Rodrigo Rato Figaredo, se articula en torno a cinco motivos.

1) En el primero se procede a diseccionar los hechos sobre los que se basa la transformación del procedimiento que centra en tres apartados del relato de hechos punibles.

a. Santiago Alarcó constituyó las sociedades VIVAWAY y KRADONARA 2001 S.L. el 12 de septiembre de 2001

- b. Santiago Alarcó vendió a Rodrigo Rato Figaredo la sociedad VIVAWAY (y su filiar KRADONARA 2001 S.L.) en 2006
 - c. Santiago Alarcó hace un préstamo de 905.000 euros a VIVAWAY por instrucción de rato en 2006
 - d. No se recoge ninguna otra intervención supuestamente punible de su patrocinado.
 - e. Los delitos precedentes del delito de blanqueo son delitos fiscales correspondientes a los ejercicios 2006 a 2015 (salvo 2010 y 2011) es decir, delitos que solo pudieron consumarse, en su caso, en las declaraciones de los años 2007 y siguientes.
- 2) Aun en el hipotético caso de que los hechos atribuidos a SANTAIGO ALARCÓ pudieran constituir alguna forma de participación delictiva en un delito de blanqueo de capitales, algo que niega el recurso, esos hechos **estarían prescritos** en cuanto que ocurridos en 2006 habrían transcurrido doce años hasta su imputación por auto de fecha 5 de septiembre de 2018.
- 3) Los hechos imputados a SANTIAGO ALARCÓ no pueden ser delictivos. No ha podido participar en forma alguna en el blanqueo derivado de unos supuestos delitos que empiezan a cometerse en 2007 ya que las intervenciones supuestamente delictivas que se le imputa son de 2006 y el blanqueo de capitales, por definición, debe ser posterior al delito cuyos beneficios se blanquea.
- 4) En relación a la mención en el apartado 3º (elusión de capitales), en el que nada se le imputa, de una transferencia de 120.000 euros de SANTAIGO ALARCÓ a favor de KRADONARA 2001 S.L., no es cierta, fueron abonados por Rubicon Asset Management, empresa en la que trabajaba el recurrente, en fecha 21 de diciembre de 2010, a la sociedad designada por Rodrigo Rato en contraprestación por unos servicios de consultoría prestados, sin que el Sr. Alarcó tuviera ninguna participación. pago realizado por dicha sociedad.
- 5) Y en todo caso los actos que se atribuyen a SANTAIGO ALARCÓ son completamente neutrales.

2. No es enteramente cierta la limitación de hechos en que se fundamenta el recurso. El auto impugnado verifica una relación sucinta sobre el diseño y estructura del opaco entramado societario dispuesto para facilitar el tránsito de cantidades de dinero de origen supuestamente ilícito, en concreto, cuotas tributarias defraudadas desde el ejercicio de 2005. A respuesta del recurso del Ministerio Fiscal ya hemos abordado la correcta integración y descripción de hechos punibles que abarcan diez años, y por tanto 11 ejercicios fiscales. Y, hay que destacarlo, dada la complejidad de su relato expositivo en detalle, el juez se remite de forma expresa al contenido íntegro de los informes de la ONIF. Precisamente el recurso del Ministerio Fiscal, que será sustancialmente estimado, pretende introducir una más completa detallada y precisa descripción de las operativas desplegadas, con apoyo en el Informe de 7 de julio de 2020 de la Unidad de Auxilio de la AEAT adscrita a la Fiscalía Anticorrupción como parte de los hechos punibles para evitar alegaciones posteriores de indefensión o extralimitación sobre el objeto del proceso.

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

3. Establecida la anterior premisa, ya podemos indicar que no solo contribuyó a la creación del entramado societario que le transfirió a su excuñado en el año 2006, de forma paralela al inicio de todas las maniobras encaminada a eludir el pago de impuestos, que, no olvidemos, abarca al ejercicio de 2005, sino que también efectuó puntuales contribuciones personales para facilitar el movimiento de capitales desde el extranjero, ocultando su origen ilícito. El propio recurso menciona dos concretas operaciones, concesión de un préstamo de 905.000 euros a VIVAWAY, del que infiere también la posible vinculación de Santiago Alarcó con RED ROSE, y el pago de 120.000 euros abonados por Rubicon Asset Management en fecha 21 de diciembre de 2010, empresa en la que trabajaba Santiago Alarcó y acabó siendo accionista de una pequeña participación, que imposibilitan ya en este momento procesal abordar la supuesta prescripción.

4. Nada impide el desarrollo paralelo de las actividades encaminadas al blanqueo de las cantidades que se esperan obtener de manera inmediata en una determinada actividad ilícita. La realización de una simple orden de pago no parece que exija una posición de excesiva relevancia en el organigrama de una empresa de inversión, y desde luego no requiere ostentar poderes de administración, siendo en todo caso una cuestión de valoración probatoria que no corresponde en este momento procesal, dado que el recurrente reconoce su vinculación laboral de años y su (final)pequeña participación accionarial, y que la transferencia efectuada no se corresponde con la forma de pago pactada en el contrato de prestación de servicios de consultoría aportado, que supuestamente da cobertura al mismo.

5. Llegados a este punto hemos de hacer aplicación de la misma estructura analítica que venimos exponiendo, que consiste en limitar nuestra función a comprobar si el juez instructor ha dispuesto de datos provisorios, como son las diligencias de prueba de la instrucción, pero objetivos y verificables, de suficiente entidad incriminatoria como para habilitar el paso a la siguiente fase del procedimiento. Comprobado que ello es así, y en el caso de Santiago Alarcó es indudable por los argumentos expuestos, la ponderación contradictoria con el material informativo proveniente de otras fuentes de prueba y la decisión de si cabe afirmar que son, o no, actos neutrales y, por ende, atípicos, ya hemos indicado que es una cuestión valorativa que atañe al fondo del tema debatido que no corresponde anticipar a este momento procesal. En todo caso, si parece apuntalar la hipótesis acusatoria la existencia de múltiples indicios donde asentar el conocimiento cabal por parte de Santiago Alarcó de la operativa y la vinculación con el plan del principal investigado, derivados, tanto de la estrecha relación familiar que mantenían, como de su papel clave en la inicial creación del entramado opaco conformado por las sociedades VIVAWAY Limited, socia única de KRADONARA, que posteriormente vendería a su excuñado Rodrigo Rato Figaredo, por lo que, por puntuales que fueran las importantes operaciones relativas a remesas de dinero procedentes del extranjero en las que parece intervino, es difícil interpretarlas fuera de ese escenario de marcada ilicitud.

No conviene olvidar las concretas características de las sociedades implicadas. De acuerdo con el informe de avance num 7 de la ONIF, VIVAWAY es una sociedad británica dueña y socia única de KRADONARA 2001, constituida el 12/9/2001 en Cardiff (RU) a Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

instancias de SANTIAGO ALARCÓ CANOSA y a través de DOMINGO PLAZAS. En noviembre de 2001 y en la isla de Sark (RU) se otorgaron poderes de administración a favor de DOMINGO PLAZAS RUIZ Y PLAZA ABOGADOS SL, siendo que su propiedad no es declarada por RODRIGO RATO hasta mayo de 2013.

KRADONARA SL es una sociedad creada también a instancias de SANTIAGO ALARCÓ CANOSA y constituida por DOMINGO PLAZAS el 9/11/ 2.001 y conforme al contenido del aludido informe de avance num 7 es opaca en su accionariado y en sus órganos sociales, siendo las inscripciones en el Registro Mercantil y las comunicaciones censales que ha efectuado esta sociedad a la AEAT incompletas y no veraces hasta el año 2013 (regularización mod 720). La propiedad de la misma recala en VIVAWAY, siendo administrada por DOMINGO PLAZAS desde la entidad SERVITAX mediante poder al efecto: otorgando en la isla de Guernsey (RU).

Las acciones de VIVAWAY son tituladas por la fiduciaria FINSBURY TRUST a fin de evitar que aparezca a nombre de RODRIGO DE RATO.

DECIMO SEXTO.- RECURSO DE ANTONIO PLAZA. 1. Motivos. El recurso se interpone exclusivamente respecto de la imputación del delito de corrupción en los negocios, no porque se comparta la continuación del procedimiento respecto de los restantes delitos, sino porque conocedor de las condiciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico por doctrina y jurisprudencia sobre el alcance y función del auto de transformación, es consciente que conllevaría abordar cuestiones de fondo que no corresponden a este momento procesal. No ocurre lo mismo respecto del delito de corrupción en los negocios del que considera que no existe base probatoria en su contra, y debió ser expulsado de la causa. Tras abordar la procedencia teórica del recurso, con mención de las escuetas referencias en los hechos inculpativos a su intervención en la operación de las comisiones de Zenith/Publicis, concluye que resulta evidente, a su juicio, que no concurren indicios suficientes para objetivar un “juicio de probabilidad” justificador del sometimiento de su mandante a la “pena de banquillo”.

Expone el recurso en su alegación primera una procelosa descripción de las diligencias de averiguación prácticas y su resultado, de los que nos interesa ahora reseñar:

- Atestado UCO 164/2015 origen de la investigación elaborado con motivo de la detención de Alberto Portuondo Coll como presunto autor de un delito de corrupción en los negocios, en la que no se hacía por ninguna de las personas que habían declarado mención al Sr. Plazas Ruiz, ni a lo largo de la investigación, pues él era tan solo la persona física designada por Servitax, persona jurídica administradora única de Kradonara hasta el 23 de diciembre de 2014..
- Atestado UCO 194/2015 instruido por la supuesta comisión de los delitos de corrupción en los negocios, blanqueo de capitales y contra la hacienda pública en que se daba cuenta de las numerosas diligencias practicadas, destacando el recurrente como la defensa de Miguel Ángel Montero Quevedo presentó el 14 de diciembre de 2015 detallada

relación de los servicios profesionales prestado por éste a la mercantil ALBISA por cuenta de KRADONARA 2001 S.L.

- Atestado 78/2016 informa sobre el análisis de la documentación aportada por la defensa del investigado Montero Quevedo, y su relación con las notas manuscritas incautadas de los que se concluye, según el recurrente, que solo los Sres. Portuondo Coll, Rato Figaredo y Montero Quevedo conocían la supuesta relación contractual simulada entre Albisa y Kradonara.
- Informe de 31 de mayo de 2018 de la Unidad de la IGAE adscrita a la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada en relación al análisis de documentación obrante en la causa y relativa al presunto delito de corrupción entre particulares, en el que a lo largo de sus 38 páginas se contiene tan solo una breve mención a su cliente para evidenciar que su única intervención en los concretos hechos objeto de investigación se reduce a la firma, en representación de KRADONARA 2001 S.L. del contrato suscrito entre esta y ALBISA el 3 de junio de 2011
- Informe nº 196 de 19 de octubre de 2018 de su Unidad de Apoyo de la Fiscalía anticorrupción analizando el destino de cada una de las cantidades cobradas por la sociedad KRADONARA dimanante de las presuntas comisiones cobradas por ALBISA a las sociedades PUBLICIS y ZENITH que configuran el presunto delito de corrupción en los negocios objeto de autos.

En la alegación segunda del recuso se incide en la ausencia de indicios racionales de criminalidad en la conducta de DOMINGO PLAZAS RUIZ. Y, tras exponer el contenido del precepto y la interpretación jurisprudencial del mismo, añade que no hay acción culpable alguna en la conducta del Sr. Plazas Ruiz quien, en su condición de letrado en ejercicio, se ha limitado a (i) prestar servicios profesionales, lícitos y legítimos, a uno de los clientes y (ii) a actuar como persona física designada por el administrador persona jurídica de una mercantil constituida en 2001 por un no residente, lo que ha hecho no solo conforme a derecho sino sin recibir retribución alguna.

El recurso centra su atención en los tres documentos o datos que acreditan la intervención de DOMINGO PLAZAS: firma del contrato, elaboración de las facturas y transferencias bancarias de las cantidades recibidas. Su cliente solo ha plasmado su firma en un contrato mercantil de prestación de servicios en cuya negociación no intervino y cuyo objeto, alcance y condiciones fueron pactadas por su cliente, Rodrigo Rato Figaredo, titular de KRADONARA desde mayo de 2006. El recurrente carece de función decisoria en la referida mercantil. En lo relativo a las facturas mensuales, el trabajo se centralizó en emitir las correspondientes facturas mensuales que habrían de ser giradas a ALBISA para el cobro de las remuneraciones mensuales pactadas conforme al contrato de 3 de junio. Las transferencias bancarias de KRADONARA a BAGERPLETA GMBH fueron cursadas cumpliendo en todo momento con los encargos e instrucciones de su cliente, no habiéndose apreciado entonces ninguna irregularidad respecto de estas, por cuanto respondía al normal desarrollo de la actividad social y comercial llevada a cabo por KRADONARA. E insiste, por último, que todo lo expuesto se corresponde con los datos facilitados por el principal investigado en sus declaraciones de 24 de septiembre y 6 de octubre de 2015, y las de otros

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

investigados, para concluir que entiende acreditado en auto que la actuación de Domingo Plazas Ruiz se contrae a una (limitada) prestación de servicios profesionales carente de toda relevancia penal.

2. El recurso no puede ser estimado. Sin ninguna duda la posible responsabilidad penal del asesor fiscal/legal es un tema controvertido, no siendo fácil diferenciar cuando se participa en la ideación delictiva del cliente sobrepasando los límites del estricto asesoramiento profesional, pero, llegados a este punto, se convendrá que la vinculación de Domingo Plazas Ruiz, indiciariamente, parece superar los límites de un estricta labor de asesoramiento profesional desde el momento que (i) consta su participación directa en la creación de la estructura societaria constituida y adquirida para ocultar el patrimonio y vehiculizar las transferencias del producto ilícito; (ii) consta su directa y personal intervención como persona física designada por el administrador persona jurídica, que es una mercantil también de su esfera de control y decisión; y (iii), en definitiva, consta como tenía capacidad de real de gestión y administración de facto y en dicha condición intervino también en el hecho nuclear del delito de corrupción en los negocios como es el contrato ficticio o simulado entre ALBISA y KRADONARA para encubrir el pago de la elevada comisión pactada, tomando participación activa además en el control posterior de la emisión de las facturas, recepción de los pagos y la remisión de las cantidades percibidas, mayoritariamente, a la entidad alemana Bargerpleta GMBH, también propiedad de Rodrigo Rato Figaredo. Sin duda, analizados aisladamente, alguno de los actos por él desarrollados pudieran entrar en la esfera de una actuación profesional habitual cuando se ha encomendado determinada gestión de una entidad mercantil, pero es la visión de conjunto y el escenario de abierta ilegalidad en la que se desarrolla su conducta la que determina que, también respecto del delito de corrupción en los negocios, único al que se refiere el recurso, no puede descartarse su participación como cooperador necesario o simple partícipe.

DÉCIMO SEPTIMO.- RECURSO DE ANTONO PLAZAS ABOGADOS SLP al que se adhirió la defensa de Antonio Plazas Ruiz. **1.Motivos.** El recurso con carácter preeliminar expone los fundamentos de la decisión de transformar las diligencias con mención de la STS 211/2020 de 21 de mayo, antes mencionada, añade que ninguna de esas funciones de control y filtro ha realizado el juez instructor respecto de Plazas Abogados, a la que imputa la comisión de los tres bloques delictivos, pese a que considera el recurso, no concurren en su principal indicios razonables de criminalidad y sin que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal para que Plazas Abogados puede ser sometida a enjuiciamiento. A continuación recopila concretas menciones a Plazas Abogados que contiene el relato de hechos incriminatorios que considera nada incriminan porque ningún delito de los investigados está en conexión con Plazas Abogados y se aboca a una pena de banquillo inútil que quebranta, de manera notoria, la función depuradora del objeto procesal.

En la primera alegación que denomina de antecedentes procesales relata de forma minuciosa el iter procedimental de la causa, destacando que no firma ningún contrato de los que se consideran presuntamente delictivos, no es propietaria ni administradora de ninguna

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

de la sociedades relacionadas con los hechos objeto de investigación y su actuación se limita a prestar servicios profesionales lícitos y reales, por los que se recibe una remuneración ponderada y acordada.

1. Que Plaza Abogados es una sociedad que se rige por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y, en consecuencia, por los principios de total autonomía e independencia de criterio en el desempeño de los trabajos de sus socios/trabajadores y
2. Que D. Domingo Plazas Ruiz es una persona física, abogado en ejercicio, que se limitó a prestar asesoramiento legal lícito a uno de sus clientes y no firmó ninguno de los contratos cuestionados en representación de Plazas Abogados.

En segundo lugar analizar el recurso los requisitos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se insiste en que nadie actuó en nombre, por cuenta y en beneficio de Plazas Abogados. Procediendo a continuación a verificar un análisis de la constitución y evolución societarias de las mercantiles sometidas a investigación, esencialmente KRADONARA 2001 S.L. y VIVAWAY LIMITED, su inicial pertenencia a SANTIAGO ALARCÓ y adquisición por Rodrigo Rato Figaredo en 2006, pero también de SERVITAX y de la composición del despacho de letrado destacando el sobreseimiento respecto de Fernando Sedado uno de los integrantes del despacho.

Y en la alegación tercera, acaba concluyendo que, de un análisis de los hechos objeto de investigación y su verdad material en relación con los tres bloques delictivos barajados por el juez instructor, nada puede atribuirse a su representada porque su participación ha sido completamente nula:

- (i) Plazas Abogados se ha limitado a prestar a la sociedad KRADONARA 2001 S.L. labores de gestoría, presentando los Impuestos de Sociedades e Impuesto sobre el Valor Añadido, ninguno de ellos cuestionado en esos más de seis años de instrucción
- (ii) La tenencia de sociedades en el extranjero por parte del Sr. Rato Figaredo fue puesta en conocimiento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria precisamente por Plazas Abogados, (siguiendo, claro está, el encargo recibido del cliente) en los Modelos 750 y 720 -nunca puestos en duda.
- (iii) Ésta ha sido la única prestación de servicios de asesoramiento a Don. Rodrigo Rato Figaredo por parte de Plazas Abogados
- (iv) La titularidad real de KRADONARA 2001 S.L. consta declarada en escritura pública de 21 de abril de 2013, otorgada a instancia de D. Rodrigo Rato Figaredo otorgada a instancia de Don domingo Plazas Ruiz en su condición de persona física designada por la Administradora Única de dicha sociedad
- (v) Plazas Abogados no ha sido asesor fiscal ni del Sr. Rato Figaredo, ni de ninguna de sus empresas, acreditado por el informe número 8 de la Unidad de Apoyo y por el justificante que reporta la presentación de sus impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) e Impuestos de Patrimonio (IP).

Es verdad que el previo auto de 20 de febrero de 2019 del Juzgado de Instrucción nº 31 no incluyó a Domingos Plazas Abogados

El recurso hace un prolija e innecesaria exposición del relato de hechos contemplado en el inicial auto de transformación referido exclusivamente a la pieza separada de corrupción en los negocios, de 19 de febrero de 2019, y el actual de 23 de febrero, e incluso una tercera exposición resaltando las mínimas e inocuas variaciones del texto entre ambos para señalar que en aquella ocasión no se incluyó a Domingos Plazas Abogados como imputado.

Es inviable en este momento procesal diferenciar con precisión y nitidez la actuación de la persona física Domingo Plazas Ruiz abogado, de la del despacho profesional del que forma parte Plazas Abogados SLP, ni tampoco nos corresponde anticipar la valoración de si concurren los presupuestos para poder declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La STS 974/2012 de 5 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8701/2012) aborda un caso de responsabilidad penal de un despacho de abogados y asesores fiscales, y tras recordar los criterios manejados para calificar un acto en apariencia neutral como participación delictiva, a la que nos referimos *ut supra* en el FD Sexto, acaba afirmando en su FD Octavo:

3.- De acuerdo con esta doctrina la conducta del letrado Sr. Benedicto Hector no puede ser calificada de acto neutral, al no limitarse a una labor de asesoramiento profesional. La especial estructura de las sociedades constituidas en Delaware y la opacidad de las transmisiones respecto a la Hacienda Pública y terceros, su directa participación en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada en España, gestionando y administrando sus cuentas con las que adquirirían los inmuebles, hacia esta especialmente idónea para el blanqueo de dinero de origen ilícito y la comisión de los delitos investigados -blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública-. Existencia de riesgo de su utilización delictiva que debió extremar las cautelas para prevenir esa posible ilícita utilización.

El juez instructor no debía de ir más allá en su labor de delimitación, sin perjuicio de que luego las acusaciones no acaben formulando acusación por todos los posibles hechos delictivos contemplados en el relato de hechos inculpativos. Decimos ello porque la parte recurrente puso en inmediato conocimiento de la Sala que el Ministerio Fiscal no había acusado al despacho profesional más que por uno sólo de los bloques delictivos. Ello por si solo, como ya hemos dicho en referencia a algún otro recurso, no acredita error del juez instructor. Si bien, en el caso que nos ocupa no es menor cierto que en la anterior ocasión en se dictó auto de transformación en la denominada pieza de corrupción en los negocios, Zenith/Publicis, no se incluyó al despacho Plazas Abogados SLP, decisión que tampoco fue recurrida por el Ministerio Fiscal, por lo que no habiendo variado las circunstancias no parece que ahora existan nuevos datos que obliguen a la imputación también de ese supuesto delito. En ese limitado sentido se estimará parcialmente el recurso.

DECIMO OCTAVO.- No se aprecian razones para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta alzada, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán declararse de oficio.

VISTO por la Sala los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DECIDE:

1. ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31 en sus Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, auto de 21 febrero de 2021 acordando continuar por los tramites del procedimiento abreviado, **ACLARANDO** y **RECTIFICANDO** dicha resolución, para incluir en la parte dispositiva a JOSE MANUEL FERNANDEZ NIRNIELLA, MARÍA CÁNDIDA RODRÍGUEZ MELCON y MIGUEL ANGEL FURONES, y rectificar el resto de errores u omisiones mencionados en el punto 6.1. del FD NOVENO de esta resolución, y **CONSIDERAR INTEGRADOS** en el relato de hechos punibles la totalidad de los hechos contemplados en la letra B) del Apartado I, letra B) del Apartado II, Apartado IV y V del escrito de recurso del Ministerio Fiscal, que se dan por íntegramente reproducidos, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

2. DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de MIGUEL ANGEL MONTERO QUEVEDO y FABRIZIO BINI, al que se adhirió SAGRARIO BUA, contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31, en Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, auto de fecha 22 de abril de 2021 que desestima el previo recurso de reforma contra la decisión de continuar frente a ellos por los tramites del procedimiento abreviado, de 23 de febrero de 2021, **CONFIRMANDO** dicha resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

3. DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de RAMIRO SANCHEZ DE LERIN GARCIA-OVIES, SANTIAGO ALARCÓ CANOSA y DOMINGO PLAZAS RUIZ contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31, en Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, de 23 de febrero de 2021 acordando continuar por los tramites del procedimiento abreviado, **CONFIRMANDO** dicha resolución, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

4. ESTIMAR el recurso de apelación interpuestos por la representación procesal de MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31, en Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, auto de fecha 22 de abril de 2021 que desestima el previo recurso de reforma contra la decisión de continuar frente a ellos por los tramites del procedimiento abreviado, de 23 de febrero de 2021, **REVOCANDO** dicho

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación 1021/2021

pronunciamiento, acordando en su lugar el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL y PARCIAL de las actuaciones respecto de MIGUEL ROBLEDO GÓMEZ con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

5. **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BEATRIZ COLOMER GARCÍA contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31, en Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, de 23 de febrero de 2021 que acordaba continuar frente a ella por los tramites del procedimiento abreviado, **REVOCANDO** dicho pronunciamiento, acordando en su lugar el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL y PARCIAL de las actuaciones respecto de BEATRIZ COLOMER GARCÍA con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

6. **ESTIMAR parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DOMINGO PLAZAS ABOGADOS SLP contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 31, en Procedimiento Abreviado núm. 2310/2015, de 23 de febrero de 2021 acordando continuar por los tramites del procedimiento abreviado, **REVOCANDO parcialmente** dicha resolución, acordando en su lugar el SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL y PARCIAL de las actuaciones respecto de DOMINGO PLAZAS ABOGADOS SLP en relación exclusivamente con el delito de corrupción en los negocios, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia a los fines oportunos.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. que lo encabezan.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

En Madrid a _____.Reitero fe