



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

**ROLLO APELACIÓN 579/2020
DILIGENCIAS PREVIAS 85/2014
Juzgado Central de Instrucción nº 6**

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

**Doña Carmen Paloma González Pastor
D. Juan Francisco Martel Rivero
D. Fermín Javier Echarri Casi**

A U T O nº 578/20

En la Villa de Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil veinte

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2020, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, en el procedimiento al margen reseñado, dictó auto por el que acordaba desestimar la solicitud de sobreseimiento interesada por la representación procesal de **Juan Miguel Villar Mir**.

SEGUNDO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Martín García, en nombre y representación del investigado Juan Miguel Villar Mir mediante escrito de con fecha de entrada de 14 de octubre de 2020 formuló recurso apelación directo contra la meritada resolución, por entender la misma no ajustada a Derecho y perjudicial para los intereses de su representado.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, mediante escrito con fecha de entrada 27 de octubre de 2020, se opuso al citado recurso, interesando la desestimación del recurso por ser la resolución recurrida ajustada a Derecho.



Asimismo, impugnaron el meritado recurso de apelación las representaciones procesales de D. César Sánchez García (escrito de 23 de octubre de 2020), de D. Gerardo Jimeno Campo, Doña Beatriz Rodríguez Cabrera, y la mercantil "Osmosis XXI Consultores, S.L." (escrito de 22 de octubre de 2020).

CUARTO.- Remitido testimonio del procedimiento, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 10 de diciembre de 2020, acordando mediante Diligencia de Ordenación de 11 de diciembre de 2020 la formación del presente Rollo de Apelación al margen reseñado, designando ponente Magistrado-Ponente a D. Fermín Javier Echarri Casi, procediéndose a la deliberación y fallo señalada para el día 16 de diciembre de 2020, con el resultado siguiente.

QUINTO.- Mediante escrito con fecha de entrada 14 de diciembre de 2020, la representación procesal del recurrente interesó que requiriese al Juzgado la remisión del oficio de la UCO nº 207 de fecha 13 de marzo de 2018, que se había interesado como parte del testimonio de particulares en el escrito por el que formulaba recurso de apelación, recayendo providencia de la misma fecha a fin de requerir el mismo, al haberse interesado en tiempo y forma.

Asimismo, por diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2020, se comunicó por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, a esta Sala, que en ejecución de lo acordado en la citada pieza separada de Derecho de Defensa, dimanante de las diligencias previas 91/2016 (operación "Lezo", se procedió a la destrucción del material respecto del cual la parte apelante interesa el testimonio.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Motivos del recurso.

Alega el recurrente, en primer lugar, que el Instructor no da respuesta en su auto a ninguna de las cuestiones planteadas por la parte en su escrito de solicitud de sobreseimiento, ya que la situación del Sr. Villar Mir, es idéntica a la de otro investigado, el Sr. Monzón de Cáceres, respecto del que se dictó el sobreseimiento. No se indica en la resolución recurrida porqué la situación es diferente, limitándose a señalar que existen indicios de la participación de su mandante en los hechos (no dice cuáles) remitiéndose al relato fáctico del auto de 2 de septiembre de 2019, citando en apoyo de su pretensión las resoluciones de esta Sala nº 136/2020 y 137/2020, tratándose de la misma situación, por lo que en aplicación del principio de igualdad deberá decretarse el sobreseimiento. A tales efectos, recoge a continuación, el régimen administrativo de la sociedad "Obrascon Huarte Laín, S.A" (OHL) y las funciones de su presidente. El auto de imputación, giraba en torno a una operación mercantil consistente en la venta de una filial del Grupo OHL ("Grabitum, S.L.") a la empresa "Obrum, Urbanismo y Construcciones" (de la que el investigado David Marjaliza era Consejero), así como la subrogación de "Grabitum" en la posición de "Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.", filial del Grupo OHL, como adjudicataria, en UTE del contrato para la construcción del metro ligero a Boadilla del Monte; operación que quedó ubicada en la Pieza de Investigación nº 8 cuya formación fue acordada por auto de 2 de septiembre de 2019, habiendo quedado acreditado a través de la investigación que el Sr. Villar Mir no tuvo conocimiento ni intervención en dicha operación mercantil. El hecho de ostentar el cargo de presidente del Consejo de Administración de OHL, no es en si mismo expresión de ninguna acción criminal. El Ministerio Fiscal, sin sustento alguno indica que "Indiciariamente las cantidades invertidas en "Bustren" a través de KV tendrían su origen en la comisión entregada por el investigado Juan Miguel Villar Mir, presidente de OHL, para archivar el expediente sancionador que el investigado Jesús Trabada instruía a aquella mercantil, por el no inicio de las obras adjudicadas desde "Mintra" para la construcción de las infraestructuras del tren de Navalcarnero (...). De la declaración del Sr. Marjaliza respecto de dichos hechos llevada a cabo el 12 de julio de 2018, no se desprende participación alguna del Sr. Villar Mir en relación a dichos hechos. Además, el Sr. Trabada dejó su cargo en la empresa pública "Mintra" en julio de 2011, por lo que los pagos efectuados en los años 2012 y 2013 no podían tener el objeto pretendido por el Ministerio Fiscal. Otro tanto, sucede respecto de la pieza nº 9 formada por auto de 2 de septiembre de 2019, por unas supuestas donaciones de OHL, presidida por el Sr. Villar Mir, al Partido Popular de Madrid,

comisiones que fueron tajantemente negadas por aquél en su declaración sumarial de 6 de febrero de 2018. Todo lo expuesto, por aplicación del principio de igualdad de la ley, lleva a la aplicación del sobreseimiento a tenor de lo dispuesto en los artículos 634 y ss. LECrim. Alega, asimismo, vulneración del derecho fundamental de defensa (art. 24 CE), al haber sido grabadas las conversaciones del investigado con su Letrado por la UCO en el caso "Lezo", y se encuentran conservadas por el Instructor en una mal llamada "Pieza de derecho de defensa", vinculada a las Diligencias Previas nº 91/2016. Así, fueron intervenidas y analizadas las conversaciones de 6, 9 y 11 de febrero de 2020

SEGUNDO.- Informe UCO nº 207, de 14 de marzo de 2018.

Obviamente, no es función de esta Sala, en sede de apelación, entrar a considerar la legalidad de unas intervenciones telefónicas obtenidas en otra causa, y que según el recurrente, afectaban parcialmente a las conversaciones entre Letrado y cliente, ya que además, al parecer están siendo fiscalizadas por otros órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que en este momento procesal, dado el conocimiento particularizado y sesgado que a través de los testimonios de particulares, tiene esta Sala, no es posible examinar el alcance del contenido de aquellas conversaciones telefónicas intervenidas, y la relación que las mismas pudieran tener con las presentes actuaciones, de las que en principio son ajenas. Las mismas, es cierto, se contienen en el informe de la Guardia Civil (UCO) nº 207 de fecha 14 de marzo de 2018, pero los indicios reseñados por el Ministerio Fiscal a los que a continuación haremos alusión, no emanan de aquellas, o cuando menos no con carácter exclusivo, sino que obedecen a otras fuentes de investigación, como las declaraciones de otros investigados, informes periciales, documentos obrantes en autos. Además, según información recibida del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional (diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2020), las conversaciones en aquel informe contenidas, habían sido destruidas al haberse acordado así por auto de 17 de mayo de 2018, confirmado por resolución de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 2018, dejando constancia de la ejecución material de aquella destrucción en diligencia de ordenación de 10 de julio de 2018, todo ello en la citada pieza separada dimanante de Diligencias Previas 91/2016.

TERCERO.- Hechos con relevancia penal atribuidos al recurrente. Descripción de los indicios.

La resolución recurrida rechaza la petición de sobreseimiento sobre la base de que no se trata de la misma situación procesal que la del investigado Sr. Monzón de Cáceres, remitiéndose en cuanto a la participación en los hechos con relevancia delictiva del Sr. Villar Mir al auto de 2 de septiembre de 2019, y en definitiva, a que concurren elementos objetivos y subjetivos suficientes que permiten mantener la investigación contra aquél, por su presunta participación en la comisión de hechos aparentemente delictivos, que siguen siendo objeto de investigación, por lo que en este , decretar el sobreseimiento resultaría precipitado.

En esta Pieza nº 8, que lleva por rúbrica “Hechos relativos a la etapa profesional de Francisco Granados en la Consejería de Transportes y Medio Ambiente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid”, según relata el Ministerio Fiscal, se está investigando las adjudicaciones millonarias de las ampliaciones de varias líneas de Metro de la Comunidad Autónoma de Madrid, y la construcción de un tren ligero de Colonia Jardín a Boadilla del Monte por la empresa pública “Mintra”, organismo de la Consejería de Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid. Aquel, tras describir la participación de OHL en la consecución del contrato de la nueva línea de Metro ligero de Colonia Jardín a Boadilla del Monte, en favor de la constructora “Obrum Urbanismo y Construcciones” participada por David Marjaliza, José Luis Capita, Javier Aldavert, y Antonio Martín Jiménez, que recibió ayuda eficaz de OHL a través de su filial “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.”, reseña el conocimiento de los mismos por parte del ahora recurrente el Sr. Villar Mir, representante y presidente ejecutivo de la entidad OHL. Así, este conoció y estaba al tanto de la operación de la escisión de una rama de actividad de “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.” , la constitución de Grabitum, S.L., la venta de las participaciones de esta a “Obrum Urbanismo y Construcciones”, y en un movimiento circular la recuperación de medios inmovilizados y activos por “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.” de nuevo, en un periodo de meses entre las cuatro operaciones, por su irracionalidad comercial y estratégica fue conocida y respaldada por el presidente de la compañía el Sr. Villar Mir, ya que no era una pequeña

operación de una filial, sino un montaje ficticio en el que interviene su yerno y precisa de su máxima autorización.

Asimismo, tuvo intervención directa en las peticiones de obra que realizó el recurrente a la presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid en la inauguración de la línea Colonia Jardín- Boadilla del Monte, en presencia de su alcalde, quien ha relatado en dos ocasiones (9/7/2020 y 20/9/2020) ante el Magistrado Instructor que en el curso del acto de inauguración del metro ligero, en el año 2006, el recurrente Sr. Villar Mir, se dirigió a la presidenta con el siguiente mensaje en el que decía que “la obra se estaba complicando, necesitaba una ayuda que se le echase una mano (...) iban a pedir una obra a la Comunidad Autónoma de Madrid que le adjudicase el intercambiador para compensar (...) y que ellos ya habían colaborado en lo que se les había pedido”.; siendo citado inmediatamente por la presidenta en la sede del Gobierno Regional de Madrid.. Actuaciones por sí mismas, carentes de relevancia penal, sin otros aditamentos que desde luego no constan.

Por otro lado, OHL continuó manteniendo una proximidad con el investigado Francisco Granados Lerena, y sus adjudicaciones, en este caso en el Plan Prisma de la Comunidad Autónoma de Madrid. El directivo de “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.” investigado, Rafael Martín Nicolás, siguió pidiendo obras a Francisco Granados y su testaferro Ignacio Palacios, como evidenciaron los correos electrónicos intervenidos.

También, se ha valorado por el Instructor que, en las elecciones autonómicas del año 2011, en la agenda con anotaciones sobre ingresos y actos de campaña, aparece OHL, como una de las compañías donantes del Partido Popular de la Comunidad Autónoma de Madrid. De nuevo aparecen compartiendo negocio y comisiones Francisco Granados y el Sr. López Madrid, ya que presuntamente, el ingreso de la donación se repartió entre aquellos y la mitad de su importe llegó al gerente del Partido Popular en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Por lo que a la Pieza nº 9 se refiere, se encuentran pendientes la confección de los informes por los peritos judiciales, sobre los sobrecostos de los modificados e informes complementarios con nuevas obras. Está pendiente de reformularse un nuevo informe pericial sobre los movimientos de flujos y datos tributarios de la

operación de escisión y recuperación entre “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.”, “Grabitum, S.L.” y “Obrum Urbanismo y Construcciones”, habiendo presentado ya una propuesta la Fiscalía para la valoración judicial en agosto y septiembre de este año.

Lo cierto es, que, pese a las reiteradas menciones al auto de imputación de hechos de 2 de septiembre de 2019, citado tanto en la resolución ahora recurrida, como en el informe del Ministerio Fiscal, ni éste, ni ninguna de las partes que se adhirieron a aquél, han solicitado su desglose a modo de testimonio de particulares, para su puntual conocimiento por esta Sala, lo que impide que se pueda acudir a ella a los efectos que nos ocupan.

En el auto de imputación de hechos del Sr. Villar Mir, de 1 de febrero de 2018 (incorporado a los testimonios en el CD adjunto) textualmente se dice “Se hace preciso mencionar también los correos remitidos en el mes de enero de 2011, en cadena entre Rafael Martín de Nicolás, ejecutivo de la empresa OHL, Javier López Madrid e Ignacio Palacios, Consejero de “Arpegio” en la fecha de los hechos, a los efectos de que la empresa “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.”, perteneciente al Grupo Villar Mir, resultase adjudicataria de los contratos licitados desde “Arpegio”.

Relacionado con dicha adjudicación concertada de contratos desde la Comunidad de Madrid a las empresas de Juan Miguel Villar Mir, Grupo OHL, se identificó dicha empresa como presunto donante del Partido Popular de la Comunidad de Madrid, en las menciones de la agenda intervenida al investigado Francisco Granados Lerena, hechos que se investigan en la línea de financiación irregular de dicha fuerza política. El esclarecimiento del conocimiento y participación de Juan Miguel Villar Mir, como presidente de OHL, aconseja que se le reciba declaración con el máximo de las garantías que proporciona el estatus de investigado” (...).

“Como consecuencia de ello, se le imputan unos hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos de prevaricación, malversación, fraude, cohecho, organización criminal, blanqueo de capitales, falsificación de documentos mercantiles, y tráfico de influencias”.

El informe del Ministerio Fiscal, tal y como ha quedado reflejado, alude a los indicios de la participación del Sr Villar Mir en los mismos.

Por tanto, la imputación de aquél viene referida al conocimiento y participación que como presidente de OHL, tenía, lo que aconsejaba su declaración en calidad de investigado, pero tras llevarse cabo aquella el 6 de febrero de 2018, hace más dos años, lo cierto es que, pese a la complejidad de la causa, y que se trata de investigaciones relacionadas con la corrupción pública, esos iniciales indicios no se han visto corroborados, sino todo lo contrario. Así, según se acredita documentalmente el Sr. Villar Mir ostentó el cargo de presidente desde 1999 hasta el 16 de abril de 2004, pasando a partir de esa fecha a ser presidente no ejecutivo, careciendo de facultades delegadas del Consejo de Administración, siendo los hechos objeto de investigación en las piezas separadas 8 y 9, posteriores a dicha fecha.

Consta, asimismo, acreditado por la documental aportada junto con el escrito de petición de sobreseimiento, que, desde el 17 de junio de 2003, la Comisión de Auditoría y Cumplimiento era el órgano encargado de la supervisión y control de los órganos ejecutivos y equipo de dirección en el ámbito operativo.

En la operación mercantil, objeto de investigación en la pieza separada nº 8 consistente en la venta de una filial del Grupo OHL ("Grabitum,S.L.") a la empresa "Obrum Urbanismo y Construcciones", así como la subrogación de "Grabitum, S.L." en la posición de "Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.", filial del Grupo OHL, como adjudicataria en UTE del contrato para la construcción del Metro ligero a Boadilla del Monte (llevada a cabo entre los meses de agosto de 2004 a diciembre de 2005), no consta según las diligencias de investigación hasta la fecha practicadas, participación alguna del Sr. Villar Mir, quedando descartada incluso por las manifestaciones de los principales implicados el Sr. Marjaliza (declaración sumarial de 17 de enero de 2018), falta de intervención que ha sido documentalmente acreditada mediante certificación del Secretario del Consejo de Administración del Grupo OHL de fecha 5 de febrero de 2018.

No constan en las actuaciones, fuente alguna de la que emanan los indicios que acreditarían la supuesta participación del Sr. Villar Mir en esta operación. Además,

se trataba de operaciones que, por su cuantía, no pasaron por el filtro del Consejo de Administración ni de sus Comisiones. Según sus propias manifestaciones (declaración sumarial de 6 de febrero de 2018) indicó que tuvo conocimiento de las mismas por el auto de imputación de 1 de febrero de 2018.

Respecto de las cantidades invertidas en “Bustren” que indiciariamente, según la acusación pública, tendrían su origen en la comisión entregada por el Sr. Villar Mir para archivar un expediente sancionador supuestamente incoado a OHL, tampoco se han corroborado por medio alguno, ya que de la declaración del Sr. Marjaliza de 12 de julio de 2018, no puede llegarse a tal conclusión, ni la Fiscalía indica en qué apartados de aquella se sostiene tal imputación, además de tratarse de una mera declaración de otro investigado. Los contratos entre “KV” y “Bustren” datan del primer semestre del año 2012, y los pagos efectuados por OHL a KV tuvieron lugar en los años 2012, y 2013, y los pagos de KV a “Bustren” tuvieron lugar entre los años 2012 y el mes de junio de 2013. Resulta materialmente imposible sostener que los pagos de OHL de 2012 y 2013 tuvieran por objeto el archivo de un expediente sancionador, ya que el Sr. Trabada dejó su cargo en “Mintra” en el año 2011, sin que conste que después de esa fecha ostentase cargo alguno en la Comunidad de Madrid, por lo que, aunque se le hubiere efectuado pago alguno, mal podía aquél influir en el archivo de un expediente sancionador, respecto del que carecía de la más mínima relación.

Por último, en cuanto a la pieza separada 9 que lleva por rúbrica “Financiación del Partido Popular de la Comunidad de Madrid y de sus dirigentes. Desvío de dinero público y falsedad electoral”, referidas al pago de presuntas donaciones del Partido Popular en la Comunidad de Madrid, la imputación se dirige por la misma condición antes analizada de administrador de OHL. No existe dato alguno que corrobore la participación, conocimiento, o autorización del Sr. Villar Mir en esas supuestas donaciones, ya que como hemos dicho, ni en el año 2007, ni en el año 2011, durante los cuales, supuestamente, se sufragó el gasto de las campañas electorales del citado partido político en la Comunidad de Madrid; no ostentaba cargo ejecutivo alguno en OHL, sin perjuicio de la participación de otro de los investigados, el Sr. López Madrid, al cual le unía una relación familiar. Ningún dato, si quiera indiciario, permite sostener ya el conocimiento, ya el consentimiento de dichas acciones.

Como indica la STS 756/2018, de 13 de marzo de 2019: “El mero hecho de ser administrador único de una sociedad o de un grupo empresarial no constituye un dato suficiente para atribuirle cualquier hecho delictivo que se perpetre dentro del ámbito empresarial. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que quien asume esa responsabilidad, máxime si tiene una cualificación profesional para ello, sí ha de entenderse que tiene conocimiento de los actos más relevantes y reiterados que se ejecutan en el marco empresarial de la entidad que dirige”. Siendo así que, El Sr. Villar Mir, ostentó el cargo de presidente de OHL, con facultades delegadas del Consejo de Administración hasta el 16 de abril de 2004, pasando a partir de esa fecha a ostentar el cargo de presidente no ejecutivo. Es más, el Consejo de Administración, contante la presidencia del Sr. Villar, Mir, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3.g) o h) (en función de la fecha) del Reglamento del Consejo de Administración del año 1999 y en los sucesivos (Documento nº 4 a 12 de los acompañados al escrito de solicitud de sobreseimiento de fecha 20 de mayo de 2020) que regula la función general de supervisión del citado órgano, establecía un umbral económico para la supervisión y aprobación de las operaciones, que en esos momentos era de 10.000 millones de pesetas (60 millones de euros).

Además, según consta de la regulación estatutaria de OHL, desde el 17 de junio de 2003 (Documentos nº 1 y nº 2 de los aportados con escrito de petición de sobreseimiento de 20 de mayo de 2020) artículo 23 f) 10, y artículo 15.2 k) del Reglamento del Consejo (Documentos 4 a 12), corresponde a la Comisión de Auditoría y Cumplimiento, como órgano encargado del control interno, y sin perjuicio de los cometidos que le asigne la ley, la Junta General o el Consejo de Administración, las siguientes funciones: “Examinar el cumplimiento de Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores, el Reglamento del Consejo de Administración, el Reglamento de la Junta General de Accionistas, el Código ético del Grupo OHL y, en general, de las reglas de gobierno de la compañía y hacer las propuestas necesarias para su mejora. En particular, corresponde a la Comisión de Auditoría recibir información y, en su caso emitir informe sobre medidas disciplinarias a miembros del alto equipo directivo de la Compañía”.

En una compañía del tamaño de OHL, como ya decíamos en los autos 136 y 137/2020, de 7 de mayo de 2020, de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al resolver sendos recursos de apelación (RAA 11/2020 y

91/2020) formulados contra la decisión del instructor que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto del investigado Sr. Monzón de Cáceres, “es habitual y necesaria la delegación de funciones, entre los distintos departamentos de la mercantil, que con carácter básico entroncan en sus disposiciones estatutarias. En ese ámbito es donde deben entenderse las funciones que tenía atribuidas la Presidencia no ejecutiva ejercida por el Sr. Villar Mir en las fechas a que se contraen los hechos objeto de investigación”.

Tampoco acredita la acusación pública, qué podían aportar a la causa la reformulación de un informe pericial relativo a los movimientos y flujos de datos tributarios de la operación de escisión y recuperación entre “Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A.”, “Grabitum” y “Obrum Urbanismo y Construcciones”, operación en la que como ya ha quedado dicho, el Sr. Villar Mir no tuvo participación alguna.

CUARTO.- Valoración y suficiencia de los indicios.

Cuestión, distinta, esos datos de supuesta relevancia penal, plasmados como indicios, son suficientes para mantener la investigación respecto del ahora recurrente. Para ello, no debemos olvidar que nos encontramos en la fase de instrucción aún no concluida, bastando por tanto una mera sospecha y cierta verosimilitud en el contenido de lo que se denuncia para que pueda abrirse una investigación penal frente a cualquier persona. Aceptado esto, la fase de instrucción, junto con la finalidad proyectada de preparar el juicio oral, debe también cumplir una función garante y de filtro procesal para evitar un juicio innecesario con las consecuencias y efectos perniciosos que conlleva la denominada “pena de banquillo”, que supone, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona. Conforme ha proclamado la STS 1035/2006, de 16 octubre, “la fase de investigación ha de servir tanto para preparar el juicio oral como para evitar la apertura de juicios innecesarios”.

En el análisis individualizado de la conducta, esa mera sospecha que posibilitó la investigación, debe alcanzar posteriormente (a efectos de una imputación formal) la condición de indicio racional de criminalidad (art. 384 LECrim) que obviamente es

algo más que la mera posibilidad o sospecha -más o menos fundada- constituyendo un verdadero juicio racional y provisorio de que pueda recaer una condena penal, convirtiéndose así en “probabilidad” (cualidad fundada de que algo pueda suceder). El indicio, en consecuencia, debe entenderse como un dato objetivo obtenido en la investigación penal del que quepa racionalmente deducir un juicio provisorio de responsabilidad penal frente a persona concreta. Pero debe tenerse en cuenta que esa condición de “investigado”, por encima de la mera sospecha, y por debajo de la imputación, se adquiere, en definitiva, cuando la posibilidad de haber participado en la comisión del delito se hace más probable al aparecer en la investigación algún hecho que lo relaciona directamente con dicha comisión (simple querrela, la mención en alguna declaración testifical o de otro investigado, o en algún documento). No ha alcanzado aún la condición de “imputado” no obstante, la expresión “imputación” que sigue utilizando el artículo 118 LECrim. Es la investigación posterior la que determinará si esos primeros indicios se ven ratificados o no, esta condición de investigado no es definitiva, y se agravará o no a medida que avance la instrucción, no siendo equiparable en ningún momento a una imputación formal (STS 790/2017, de 7 de diciembre).

Por indicio, nos dice la STS 241/2015, de 17 de abril, hemos de entender todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Precisamente por ello, se ha dicho que más que una prueba estaríamos en presencia de un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba (...).

Los indicios deben ser anteriores y precedentes a las presunciones, las sospechas y las creencias más o menos fundadas. Como señala la doctrina procesalista, la noción de indicio equivale a “la sospecha o elemento que permita formar una opinión más o menos fundada sobre determinado particular de interés para el proceso”, siendo “la circunstancia de lugar, modo, tiempo o persona que se muestra, según señal, huella, marca o vestigio, como un principio de prueba de la realización de un hecho-indicio de existencia-o de quién, o cuál fue su causa creadora-indicio de relación-así llamadas por la dogmática. De los tres grados cognoscitivos del proceso-posibilidad, probabilidad y certeza-que responden a otras tantas etapas

procesales respectivas-incoación, procesamiento y sentencia, -los indicios se sitúan entre la posibilidad y la probabilidad”. Lo racional ha de ser tenido aquí por no arbitrario, ligero o momentáneo y remite a la exclusión del aserto precipitado, de la afirmación o negación irreflexivas. Por ello ha de concluirse que “indicio racional” no es sino la sospecha fundada en un juicio o razonamiento lógico acerca de la criminalidad. Por último, en cuanto a la criminalidad es indudable que el concepto remite a la esfera de la tipicidad, y por tanto que la acción de la que conoce el Juez de Instrucción sea subsumible en alguna de las normas del Código Penal como tipo punible. Para dictar auto de procesamiento, o de transformación, caso del procedimiento abreviado como el que nos ocupa, es consustancial la posible imputación, ya que la actuación del Juez de Instrucción en dicha fase esencialmente cognoscitiva está orientada a la investigación de los hechos, el descubrimiento de sus aun presuntos autores, a obtener pruebas del hecho investigado en definitiva, bastándole para ello criterios de atribución, sin que pueda exigirse al mismo que se forme una convicción sobre todos y cada uno de los elementos configuradores del delito ya que ello supondría convertirlo en juzgador de instancia, lo que ni la Constitución ni la Ley quieren.

Los indicios racionales de criminalidad son, en expresión recogida en la STC de 4 de junio de 2001, el soporte del procesamiento (de la imputación). Como establece la STS de 29 de marzo de 1999, el indicio o los indicios racionales de criminalidad que justifican el auto de procesamiento equivalen a un acto de inculpación formal adoptado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad a la vista del resultado de la instrucción judicial, los cuales deben distinguirse de las meras conjeturas o suposiciones sin el menor soporte objetivo, destacando las SSTS de 21 de marzo, 22 de junio y 21 de octubre de 2005 que no debe confundirse entre lo que es una línea de investigación con apoyo en sospechas fundadas y objetivadas, y los indicios inequívocamente incriminatorios que permiten dictar el auto de procesamiento o que obtenidos en el acto del plenario constituyen la prueba de cargo en los que puede sustentarse una sentencia condenatoria. Precisamente en relación con los indicios racionales de criminalidad, recuerda la STS de 9 de enero de 2006 que, según su específica utilidad procesal, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan. Así, la máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios-: sirven como medio de prueba

de cargo (prueba de indicios), en cuyos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razonable alguna, la concurrencia del hecho debatido (artículo 386 LEC); en otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra LECrim., exige indicios para procesar (artículo 384) o para acordar la prisión provisional (artículo 503) o para adoptar medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (artículo 589 LECrim).

La existencia de los indicios racionales de criminalidad constituyen por tanto, el presupuesto material del procesamiento (de la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado), debiendo entender por tales, como ya se ha adelantado, las fundadas sospechas de participación, en cualquiera de sus grados, de una persona en un hecho punible no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia en la concurrencia de alguna de las causas de extinción y, en menor medida, de exención de la responsabilidad.

Es obvio, a la vista de la doctrina expuesta, que en caso de autos, no ha llegado aún el momento procesal de llevar a cabo dicho juicio provisorio y de racionalidad de la suficiencia indiciaria que se exige al Juez, como garante de dicha finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral, a fin de evitar la penalidad de un "juicio público", siendo así que el informe del Ministerio Fiscal, alude a que faltan por aportar a autos determinados informes periciales que pueden resultar decisivos a los efectos que nos ocupan, por lo que adoptar una decisión de sobreseimiento en cualesquiera de sus formas en este preciso momento, aun sin concluir la fase de investigación, parecería prematuro.

Sin embargo, como declaramos en nuestros anteriores autos nº 136 y 137/2020, de 7 de mayo (RAA nº 111/2020 y 112/2020 respectivamente) con cita de la resolución entonces recurrida, que "a sensu contrario" de lo que ahora acontece era una decisión de sobreseimiento provisional del instructor, decía: "(...) tras varios años de investigación, nadie ha señalado no ha aportado dato alguno relativo a que el Sr.



Monzón de Cáceres, tuviera conocimiento de la actividad delictiva objeto de investigación y ello pese a tener funciones ejecutivas, lo cual no es óbice a que al inicio de la investigación, como sucede en el resto de los procedimientos, se trate de comprobar si detrás de la actuación particular de una inicial investigación, se encuentra otra persona que asume orgánicamente un plus de responsabilidad respecto de los posibles actos ilícitos de sus empleados, de tal forma que si llegado a un punto de la investigación se constata que no hay diligencias que impliquen a ese directivo, necesariamente, por ley, la investigación penal debe cesar (...)."

"La regla no es incoar un procedimiento penal bajo el único "dato" de que alguien no ha cumplido la ley, para tratar de averiguar en el curso de ese procedimiento si hay indicios de la comisión de un delito (...) lo único a lo que está obligado legalmente quien ostenta una responsabilidad de un grupo organizado es adoptar los mecanismos para que en esa entidad se establezca un control eficaz de detectar cualquier infracción y esa previsión legal está contenida en la sociedad que presidía (...)."

"No es dable en derecho atribuir una presunta actividad penal, por el simple hecho de ostentar la representación de un organismo o una entidad, sin examinar antes si hay datos de su concreta participación y de la existencia de culpabilidad derivada de un incumplimiento de la falta de adopción de unas medidas obligatorias que traten de paliar ese riesgo (...)

Respecto a que la decisión adoptada es prematura al no haber finalizado la instrucción y estar pendientes de declarar otros investigados a la fecha en que se dictó el auto impugnado; como es sabido, dado que corresponde al instructor judicial ponderar si de esas nuevas declaraciones o diligencias previas con respecto a quien ha declarado el sobreseimiento provisional, deberá adoptar la decisión que estime adecuada a derecho". Así, en el caso de autos, estamos en presencia de meras sospechas o conjeturas, no corroboradas, no obstante, el tiempo transcurrido y las diligencias de investigación hasta la fecha practicadas, por lo que una decisión de sobreseimiento de las actuaciones así acordada, ni se reputa prematura, ni precipitada, sino todo lo contrario, al eliminar la pendencia de la condición de investigado de un sujeto del que tan sólo existen meras conjeturas de una supuesta participación en conductas con relevancia penal.

QUINTO.- Principio de igualdad y proceso penal.

Por lo que al principio de igualdad en el proceso penal respecta, la STC 78/1984, de 9 de julio, sobre la base al artículo 14 CE, distingue entre dos tipos de igualdad: La igualdad ante la ley, que impide que las desigualdades procesales tengan su origen en las normas jurídicas, quedando así afectados los legisladores a este respecto. La igualdad en la aplicación de la ley, que implica a aquellos que deben aplicarla, de manera que las desigualdades entre las partes no pueden tener origen en la aplicación de las normas por los jueces y tribunales.

La igualdad judicial se ha interpretado por el Tribunal Supremo en la STS 1159/2004, de 28 de octubre, indicando que la desigualdad en la aplicación de la ley requiere que "un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, resuelva en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada". Es necesario tener en cuenta que, a pesar de que las Secciones de una misma Audiencia o Tribunal estén integradas en el mismo órgano, actúan de manera independiente entre sí, por lo que recaerá sobre quien esgrima la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se ha separado. No puede quedar cubierta esta exigencia citando cualquier precedente o uno aislado, sino que será necesaria una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que se desprendan los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza.

La STC 161/2008, de 12 de diciembre, considera que cada órgano judicial sólo puede compararse consigo mismo, señalando al respecto que "la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales, de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración, la existencia de igualdad de hechos, de alteridad personal en los supuestos contrastados, de identidad del órgano judicial, entendiendo por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente, de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar, y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o

del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley «es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución “ad personam”.

En cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley, se ha alegado con respecto a los demás acusados por: No haberse aplicado la norma a todos ellos. Haber sido absuelto algún imputado. Aplicarles penas distintas, ya sea por invocar desigualdades artificiosas o injustificadas o por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según juicios de valor generalmente aceptados. Así, la jurisprudencia del Alto Tribunal, ha entendido que sólo se considera vulnerado el principio de igualdad si la diferencia es arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico. Más concretamente, la STS 439/2017, de 19 de junio; expone que “el principio de igualdad no da cobertura a un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad”, o “igualdad contra ley”, de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos “no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos», de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros”.

La STS 83/2017, de 14 de febrero, indica que: “No toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan solo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable” (STS 793/2015, de 1 de diciembre, respecto de la aplicación de la pena),

Como dicen las SSTC 82/2001, de 26 de marzo; 1312/2003, de 15 de octubre “la vulneración de la garantía de la igualdad requiere como presupuesto, la determinación de los términos a comparar, y, para afirmar conculcación de este principio, se exige que dichos términos de comparación sean absolutamente iguales, de tal modo que será grave desigualdad y discriminación el trato igual a los desiguales, de forma que no se produce agravio comparativo, ni se infringe por tanto el principio de igualdad, si no concurren en los términos de comparación los mismos presupuestos jurídicos, ni, aún, cuando dándose los mismos presupuestos, el Juzgador haciendo uso de la discrecionalidad que le concede la Ley adapta la pena, individualizándola para cada reo, según las circunstancias concretas de cada uno respecto a la forma de realización de los hechos, participación en ellos (...).”

En el caso de autos, no existe esa pretendida igualdad procesal, respecto de otro de los investigados, en concreto el Sr. Monzón de Cáceres, el cual fue llamado al proceso en calidad de investigado por su condición de ejecutivo de la entidad “Indra Sistemas, S.A”, por unos hechos concretos y determinados que inicialmente podían revestir los caracteres de delito, pero en todo caso, distintos de los ahora imputados al Sr. Villar Mir, Pero es ahí, donde acaban las desemejanzas, ya que ambos han sido llamados al proceso en calidad de investigados, y los hechos a ellos imputados, no se han visto por el momento corroborados, por lo que no han alcanzado la categoría de indicio, quedándose en meras sospechas o conjeturas, no confirmadas.

SEXTO.- La decisión de sobreseimiento en la fase de instrucción.

Una vez constatada la indiciaria tipicidad e incoado el procedimiento, el Instructor deberá proceder a realizar todas las diligencias de investigación que entienda precisas para la acreditación del hecho objeto de la denuncia o querrela, así como de la persona o personas que, de manera penalmente relevante hayan intervenido en el mismo, otorgando naturalmente a las partes el derecho de proponer diligencias y de intervenir en todas las que se practiquen.

Agotada la instrucción o transcurrido el plazo de doce meses, susceptible de prórrogas, establecido en el artículo 324.1 LECrim., deberá valorar si el inicial juicio de tipicidad se confirma indiciariamente o se desvirtúa, lo que le conducirá a dictar necesariamente o a continuar la tramitación del procedimiento penal o a sobreseerlo libre o provisionalmente.

El artículo 779 LECrim., permite el archivo de las actuaciones en la fase de instrucción de diligencias previas en tres supuesto: a) Que se estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal (art. 637.2º LECrim); b) Que, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido (art. 641.2º LECrim); c) Que no aparezca debidamente justificada la perpetración del delito (art. LECrim 641.1º LECrim). Lo que no obsta, a que se pueda dictar el auto de sobreseimiento libre por cualquiera de las causas del artículo 637.1 y/o 3º de la LECrim., si fuere obvio.

El imperativo legal de valoración que se impone al Instructor en el artículo 783.1 de la LECrim., halla su razón jurídica de ser en el hecho de que a él y no a las acusaciones incumbe la delimitación formal de los hechos en el proceso penal, en otras palabras, es el Juez o Tribunal quien acota los hechos que van a ser sometidos a enjuiciamiento y no a las acusaciones

El auto de acomodación al procedimiento abreviado, que pone fin a la Instrucción y delimita los hechos que tras las diligencias de investigación practicadas pueden ser objeto de acusación permite al juez dictar el auto de sobreseimiento, pero ello no obsta a que lo pueda hacer antes; es decir, no otorgando la posibilidad de calificación al entender que procede el sobreseimiento provisional, lo que es evidente por cuanto en la opción que se le otorga al juez instructor en el artículo 783.1 LECrim., de dictar sobreseimiento provisional el fiscal o la acusación particular han instado la apertura de juicio oral.

Del contenido del artículo 779.1.1º de la LECrim., se evidencia que no es necesario que se dicte un auto de transformación de las diligencias, si el instructor o el tribunal, verifican que de las practicadas no resulta justificada la perpetración del delito por el denunciado, lo que haría innecesario y superfluo practicar nuevas actuaciones procesales tendentes nada más que a realizar un traslado a las partes para que se pronuncien sobre la apertura de juicio oral. Las peticiones de

sobreseimiento o archivo, se suelen realizar en la práctica, en la fase de diligencias previas sin ser preciso que se dicte el auto de transformación.

Cuestión distinta es que el auto de sobreseimiento provisional haya sido precipitado, pero esto se trataría ya de una cuestión de fondo, no de forma, como algunos opinan al entender que no es posible en fase de diligencias previas dictar auto de SP del artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que basta, pues, que no aparezca claramente descartada la existencia de la infracción penal para que el proceso deba continuar, sin perjuicio del posterior juicio completo sobre la fundabilidad de la acusación que debe realizar el Instructor valorando la probabilidad de los hechos afirmados por los acusadores en su existencia objetiva y la probabilidad de la participación en los mismos de la persona a la que se quiere acusar.

Una resolución de sobreseimiento en esta fase, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que como indica la STC 351/1993 de 29 de noviembre, "la decisión judicial de archivar unas diligencias previas, por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no es en sí misma lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que éste no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos investigados carecen de ilicitud penal (STC 203/1989, de 4 de diciembre).

Dentro de ese derecho a la tutela judicial efectiva, también se incluye el del investigado, encartado en una investigación penal, a que se cierre la misma respecto del mismo, si concurren algunas de las causas previstas en los artículos 637 y 641 LECrim., y evitar así, la apertura de un proceso penal contra aquél, cuando de forma inmediata debería dictarse un auto de sobreseimiento. La STC 232/1998, de 1 de diciembre, dice que: "el artículo 24.2 Constitución Española no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino también a todos cuantos acuden ante los Jueces y Tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, también a quienes mediante la querrela intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio. Pero, sentado lo anterior, hemos hecho hincapié igualmente en que la peculiar situación del posible implicado en el proceso penal, en función de su



derecho de defensa y a la presunción de inocencia presupone también la necesidad de no alargar innecesariamente la instrucción, una vez constatada suficientemente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad, máxime cuando el legislador ha establecido un plazo máximo para investigar el delito”.

Por lo anteriormente expuesto, resulta más ajustado a derecho decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, que no el libre interesado con carácter principal por el recurrente, al amparo de lo prevenido en el artículo 641.2 LECrim., respecto del ahora investigado Juan Miguel Villar Mir, sin perjuicio de que la decisión de sobreseimiento provisional permite la reapertura de las actuaciones en cualquier momento, si aparecen nuevos datos que así lo aconsejen (SSTS 30 de junio de 1997 y de 18 de diciembre de 2003).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III. PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Estimar parcialmente el recurso de apelación directo formulado por la representación procesal del investigado en las presentes actuaciones **Juan Miguel Villar Mir**, contra el auto de fecha 30 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, en las actuaciones al margen reseñadas, por el que desestimaba la solicitud de sobreseimiento interesada por la representación de aquél; y en su consecuencia se revoca aquella, decretándose en su lugar, el sobreseimiento provisional de las presentes actuaciones, respecto de las piezas separadas 8 y 9 dimanantes de las Diligencias Previas 85/2014, en cuanto al citado investigado.

Notifíquese la presente al Ministerio Fiscal, al recurrente y a su representación procesal, con las indicaciones que establece el artículo 248.4 y 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndoles saber que la misma es firme, y no cabe la interposición de recurso alguno, verificado lo cual deberá procederse al archivo definitivo del presente Rollo de Sala.



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