

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN
SEXTA**
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN
SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016667
Fax / Faxe: 94-4016995

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.1-15/004910
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2015/0004910

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 60/2016 - I

Atestado nº. / Atestatu-zk.: 12-15 DILIG. INVESTIGACION
Hecho denunciado/Salututako egitateak: ADMINISTRACION DESLEAL O
APROPIACIÓN INDEBIDA

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:
Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 4 zk.ko Epaitegia
Diligencias previas/Aurretiazko eginbideak 426/2015

Contra/Noren aurka: RAFAEL ALCORTA CALLEJA, MIGUEL ANGEL CABIECES
GARCIA y MARIO FERNANDEZ PELAZ
Procurador/a / Prokuradorea: OSCAR MUÑOZ MENDIA, ALFONSO JOSE BARTAU
ROJAS y ICIAR OTALORA ARIÑO
Abogado/a/Abokatua: JAVIER BERAMENDI ERASO, JESUS URRAZA ABAD y
CARLOS BUEREN RONCERO

LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK LAB Y OTROS en calidad de ACCION POPULAR
Abogado/a / Abokatua: JONE GOIRIZELAIA ORDORIKA
Procurador/a / Prokuradorea: IDOIA GUTIERREZ ARETXABALETA



AUTO

Ilmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE: D. JOSÉ IGNACIO ARÉVALO LASSA

MAGISTRADA: D^a. MARÍA CARMEN RODRÍGUEZ PUENTE

MAGISTRADA: D^a. MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE

En BILBAO (BIZKAIA), a 9 de febrero de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente procedimiento se han señalado para la celebración del juicio oral los días 6, 14, 15 y 17 de febrero de 2017, reservándose la primera de las sesiones del juicio oral para la formulación de las cuestiones previas reguladas en el artículo 786.2 LECrim..

SEGUNDO.- Ha tenido lugar en la mencionada fecha 6 de febrero la audiencia de todas las partes en relación con todas las cuestiones planteadas, quedando las actuaciones pendientes de resolución de esta Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La primera de las cuestiones es alegada por las tres defensas de Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabeieces García y Rafael Alcorta Calleja.

Se invoca falta de legitimación de las acusaciones, tanto del Ministerio Fiscal como de la acusación popular, para el mantenimiento de una acusación por el delito de administración desleal. Se entiende que no concurre el preceptivo requisito de procedibilidad a que se refiere el artículo 296.1 CP, consistente en la previa denuncia del perjudicado, y se añade para reforzar la argumentación la alegación de una supuesta instrumentalización de la calificación de los hechos como un delito de apropiación indebida con la intención de sortear el obstáculo procesal provocando así la incoación del procedimiento judicial penal. Esta misma incoación, con base en la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal, se califica como indebida.

Contrariamente a lo que se alega como contestación a esta alegación por la dirección letrada de la acusación popular, sí se trata de una cuestión a analizar y decidir en este momento. Ciertamente es que no tiene relación con una supuesta o posible vulneración de un derecho fundamental, pero no puede haber duda de que una supuesta falta de las condiciones procesales necesarias para la persecución penal afectaría de lleno a la “competencia del órgano judicial” que refiere el mencionado artículo 786.2, entendida ésta en un sentido amplio.

En el actual Código Penal, surgido de la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, el delito de administración desleal se regula en el artículo 252 y no está sometido al régimen de denuncia previa, a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, en la que el artículo 296 exigía dicha denuncia para la persecución del delito que entonces se tipificaba en el artículo 295 previo. El requisito de denuncia previa es, pues, aplicable en este caso, puesto que la nueva regulación no puede ser aplicada retroactivamente en perjuicio de los acusados.

Sostienen las defensas que la entidad que habría ostentar la condición de perjudicada por los hechos que son objeto del procedimiento, KUTXABANK, no ha presentado la denuncia que exigía el artículo 296.1 vigente al tiempo de su comisión, cuando lo cierto es que el procedimiento judicial se ha incoado en virtud de la denuncia formulada por dicha entidad ante la Fiscalía Provincial de Bizkaia que dio lugar, a su vez, a la formulación de denuncia del Ministerio Fiscal contra los tres acusados, algo que se desprende con claridad del examen de las actuaciones preliminares, previas a la intervención del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Instrucción.

Una vez fueron descubiertos los hechos en el seno de la entidad y se llevó a cabo una auditoría interna, y a la vista de las conclusiones del pertinente informe, se celebró, con fecha 26 de diciembre de 2014, un Consejo de Administración en el que se acordó por unanimidad:

“-Realizar las actuaciones oportunas para obtener la reparación del daño económico sufrido por el Banco, solicitando al anterior Presidente la inmediata entrega del importe cuantificado por la Auditoría Interna. Sin perjuicio de ello, para evitar o minimizar el daño reputacional que pudiera ocasionarse a la Entidad de hacerse públicos los hechos, se acuerda no ejercitar (al menos por el momento, y salvo que concurran nuevas circunstancias que lo hicieran aconsejable) acciones de carácter judicial.

En relación con este particular, se faculta al Presidente. Sr. Villalabeitia para que, ya directamente, ya a través de las personas del Banco que estime oportunas, proceda a realizar las actuaciones indicadas para obtener la reparación de dicho daño.

-Informar de estos hechos y de los acuerdos tomados por los Órganos de Gobierno al Organismo Supervisor y atender a las indicaciones que el mismo pueda transmitir a la Entidad sobre este asunto.

-Instar del Sr. Villalabeitia que informe a este Consejo de la posición que le traslade el Supervisor y, en caso de que concurran, de las nuevas circunstancias que pudieran producirse y que pudieran determinar una modificación del posicionamiento de este Consejo en cuanto a la conducta que la ha sido trasladada”.

Poco más de un mes después, con fecha 29 de enero de 2015, se celebró un nuevo Consejo de Administración en el que, también por unanimidad, se acordó “proceder de forma inmediata a la denuncia de los hechos acaecidos al Ministerio Fiscal e informar de ello a la Junta General de Accionistas del Banco”, y también “otorgar facultades, tan amplias como en Derecho resulten necesarias, al Presidente del Consejo de Administración, al Director General Adjunto de Control y Auditoría Interna, a la Secretaria del Consejo, y a D. Gonzalo Rodríguez-Mourullo Otero para que cualquiera de ellos, solidariamente, desarrollen cuantas actuaciones sean necesarias u oportunas en ejecución de los acuerdos aportados”.

Con la misma fecha 29 de enero de 2015 se redacta y se presenta en la Fiscalía de la Audiencia Provincial escrito firmado por el Letrado indicado, Sr. Rodríguez-Mourullo, que dio lugar a la incoación de las Diligencias de Investigación 12/2015 y, posteriormente, a la presentación por la Fiscalía, con fecha 9 de febrero de 2015, de la correspondiente denuncia que dio lugar a la incoación de las Diligencias Previas 426/2015 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao.

Consta, de modo inequívoco, pues, la voluntad de Kutxabank de presentar denuncia, por decisión tomada por unanimidad en el mencionado Consejo de 29 de enero de 2015, y la materialización de esa voluntad en la presentación del escrito indicado en la Fiscalía, escrito que hemos de calificar, sin ninguna duda, como denuncia que cumple con la previsión del artículo 296.1 CP.

Basta, desde luego, para estimarlo así, con la constancia de una denuncia presentada ante la Fiscalía, algo que no ha sido cuestionado y que se desprende del artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de los artículos 265 y ss. LECrim. y específicamente del artículo 773.2 LECrim., que con claridad establecen la posibilidad de presentar denuncia, como ante la autoridad policial o judicial, ante el Ministerio Fiscal, con el mismo significado y efectos jurídicos en lo que aquí nos concierne.

Carecen de consistencia las diversas objeciones que plantean las defensas.

No puede pretenderse, en primer lugar, negar el carácter de denuncia al escrito presentado ante la Fiscalía por el hecho de que no se utilice en él esa palabra y se indique únicamente que se ponen en conocimiento de aquélla los hechos a los efectos oportunos. Se acude a la Fiscalía comunicando unos hechos por si los mismos pudieran ser constitutivos de delito y a fin de que se lleven a efecto las investigaciones o se tomen las decisiones que se estimen pertinentes, lo que constituye la esencia de cualquier denuncia presentada ante la Policía o ante la autoridad judicial. Se coincide con el Ministerio Fiscal en que se trata de una pura cuestión semántica que, en cualquier caso, queda despejada con la utilización del término en el acuerdo del Consejo de Administración.

La Fiscalía consideró correctamente el escrito como una denuncia y le dio el curso correspondiente de acuerdo con las facultades atribuidas en la Ley. No se comprenden bien, en segundo lugar, las objeciones que por la defensa del acusado Mario Fernández Pelaz se ponen a la tramitación de las Diligencias de Investigación. Se dice que no se tomó declaración a quien correspondía, que no se profundizó en la realidad de los servicios prestados, que hubo un apresuramiento en el traslado al Juzgado o incluso que debió haberse procedido al archivo del expediente. Son cuestiones que no tienen relación con el cumplimiento o no del requisito de procedibilidad y en cuya exposición se anticipa en gran medida el examen de elementos de prueba, algo que no procede en este momento. La Fiscalía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Estatuto Orgánico, dio a las diligencias de investigación la dimensión que estimó conveniente, entendiéndolo conveniente no demorar la comunicación al Juzgado de Instrucción, en criterio que, se insiste, no alcanza a comprenderse en qué interfiere en la apreciación de la remoción del presupuesto procesal.

No encaja, además, con las alegaciones que se efectúan, la invocación de la reciente y detallada STS 980/2016, de fecha 11/01/2017, de entre cuyas extensas

consideraciones destinadas a establecer la naturaleza y efectos de las diligencias de investigación en el marco del reiterado artículo 5 y 773 LECrim., y otros que regulan las atribuciones de las distintas Fiscalías Delegadas, si algo puede extraerse con nitidez es la conveniencia de no prolongar la actuación preparatoria del Ministerio Fiscal más allá de lo razonable, llegando a destacar a modo de reproche que “el expediente tramitado por el Ministerio Fiscal estaba integrado por algo más que un breve trámite encaminado al mínimo acopio documental indispensable para resolver lo procedente”, llevándose a cabo numerosas diligencias practicadas sin velar por el cumplimiento de los principios de contradicción y defensa.

En tercer lugar, no tiene en absoluto la transcendencia que se le otorga el hecho de que el firmante del escrito presentado en la Fiscalía no aportara poder especial. Es cierto que el artículo 265 LECrim. indica que “las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial”. Evidentemente, se trata con esta última referencia de tener la constancia de que se procede con el conocimiento y consentimiento de aquél de quien se dice actuar en nombre y representación, algo fuera de toda duda con la aportación de la certificación del acuerdo societario en el que se manifiesta la voluntad de interponer denuncia facultando expresamente para ello a quien finalmente la presenta y a quien se facilitan todos los documentos acreditativos indiciariamente de los hechos que se relatan. Esto, unido al otorgamiento el mismo día del poder que faculta con carácter genérico para la presentación de denuncias es suficiente para cubrir ese requisito. En modo alguno puede prevalecer ese formalismo extremo que manifiestan las defensas cuando la voluntad de denunciar es clara. En definitiva, lo que no aparece específicamente señalado en un poder notarial se recoge con claridad en el acuerdo societario aportado.

Esta conclusión en modo alguno, en cuarto lugar, palidece por el hecho de que en el Consejo anterior se decidiera no ejercer la acción penal. Desde luego que, como se indica por la misma defensa antes indicada, una cosa es poner en conocimiento de la autoridad unos hechos supuestamente delictivos y otra el ejercicio de la acción penal, lo que sucede es que para proceder es suficiente con la denuncia y no se requiere la personación constituyéndose en parte formal, pudiendo dejarse la decisión de persecución del delito y el ejercicio de las correspondientes pretensiones de naturaleza penal en manos del Ministerio Fiscal.

Estamos, como no es controvertido ante un delito de los llamados semipúblicos, en los que una vez presentada la denuncia es irrelevante que se haya renunciado por el perjudicado al ejercicio de la acción penal, no se haya personado en las actuaciones, haya desistido o incluso haya expresado alguna forma de perdón o hubiera de alguna forma manifestado su voluntad de retirar aquélla como sucede en ocasiones, manifestaciones todas ellas irrelevantes una vez ha sido activado el procedimiento penal por la verificación del presupuesto procesalmente establecido para ello. En estos casos la persecución del delito no queda a expensas de la voluntad del denunciante.

En quinto lugar, saliendo al paso de otra de las objeciones de las defensas, esta vez desarrollada por la del acusado Rafael Alcorta Calleja, en modo alguno puede afectar al cumplimiento del requisito procesal el hecho de que el relato del auto de imputación o de los escritos de acusación no se ajuste de modo literal al contenido del escrito de denuncia presentado ante la Fiscalía. Tal y como se responde de contrario, la investigación judicial cumple precisamente con el cometido de depurar o concretar lo realmente sucedido, constituyendo una realidad cotidiana la precisión del objeto del proceso penal a lo largo de los sucesivos hitos del procedimiento, desde el momento de la *notitia criminis* hasta la misma sentencia. En cualquier caso, se denunció por el quebranto económico sufrido por la entidad KUTXABANK, por unos servicios remunerados y no recibidos realmente y eso es lo que se mantiene en esencia en las sucesivas resoluciones judiciales y escritos de parte, con independencia de que se haya podido introducir alguna precisión que tanto la instructora como las partes acusadoras entienden compatible con el hecho nuclear de la imputación.

Finalmente, en relación con la alegación de la defensa de Miguel Ángel Cabieces García, es irrelevante, a los efectos del cumplimiento de lo establecido en el artículo 296.1 CP, el motivo o el origen del acuerdo del Consejo de Administración y en concreto que la entidad bancaria procediera así por requerimiento del Banco de España o del Banco Central Europeo. Se descubrieron unos hechos, se entendió que pudiera haberse obrado de modo irregular y, a salvo la intención mostrada desde el inicio de no constituirse formalmente como parte acusadora en un proceso penal, desde el primer momento se asumió y se aceptó la posibilidad de que, a instancia de la entidad, se incoara aquél, por más que previamente se estimara lo más conveniente consultar previamente la situación a los organismos supervisores, cuyas directrices ya se indicó en el Consejo de Administración de 26 de diciembre de 2014 que se iban a ejecutar. Si la intervención de dichos organismos forzó o no en alguna medida la presentación del escrito en la Fiscalía es irrelevante: KUTXABANK tenía la condición de perjudicada y en esa condición denunció.

Una vez iniciado el procedimiento mediante la presentación de la oportuna denuncia por la entidad perjudicada, y cumplido pues el presupuesto de perseguibilidad que se establece en el artículo 296.1 vigente en la fecha de los hechos, tanto el Ministerio Fiscal como en este caso la acusación popular cuya personación ha sido admitida en las actuaciones se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción penal, con independencia de la inexistencia de acusación particular.

No es necesario entrar en la alegación de una utilización fraudulenta de la acusación alternativa por un delito de apropiación indebida, para cuya persecución ni antes ni ahora se exige la previa denuncia, pero no está de más destacar que no existe ningún dato para la apreciación de una mala fe procesal por parte del Ministerio Fiscal, mucho más cuando esa calificación jurídica indiciaria ha sido sancionada a lo largo del

procedimiento tanto por la instructora como por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, sin que pueda tampoco perderse de vista que también se dirige la imputación, desde el inicio, por un supuesto delito de falsedad.

SEGUNDO.- A este segundo delito se refiere la segunda de las objeciones, que es igualmente compartida, aun con distinto alcance y significado, por las tres defensas.

Se alega, en relación con el delito de falsedad, vulneración del principio acusatorio.

La Sala entiende pertinente comenzar el análisis por la alegación de la defensa del acusado Miguel Ángel Cabieces. En su escrito de calificación se alegaba una manifiesta vulneración del principio acusatorio puesto que entre los hechos imputados en el auto de Procedimiento Abreviado “no se encontraba la supuesta emisión de facturas simuladas”. Se añadía que la calificación por un delito de falsedad en documento mercantil resulta “manifiestamente incompatible con la enunciación sostenida en la correlativa primera formuladas por la acusación pública y popular”, cuestión ésta ajena por completo al ámbito y contenido del trámite que nos ocupa al referirse a una simple cuestión de calificación jurídica que, en su caso, podrá ser objeto de mayor detalle y análisis en su momento.

En el trámite de cuestiones previas se desarrolla con mayor profundidad la primera de estas alegaciones, sosteniéndose que los escritos de calificación dirigen la acusación contra el mencionado acusado por hechos que no se le imputan en el auto dictado por la instructora. La exposición es objetivamente incuestionable.

La previsión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que da pie a una resolución como la dictada por el Juzgado de Instrucción con fecha 5 de febrero de 2016 persigue la exteriorización judicial provisional de unos hechos con apariencia delictiva y la concreción de las personas presuntamente culpables de los mismos. La decisión, dice la regla cuarta del artículo 779.1 LECrim., “contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”.

Extractamos la parte de los hechos que en dicha resolución se refiere a la comisión de un supuesto delito de falsedad documental:

“Antes del transcurso de los tres años, se decidió poner fin a la relación y se abonaron las cuatro mensualidades que faltaban para completar dicho tiempo y la cantidad de 900 euros en concepto de gastos que no se habían devengado, en total, 29.078,72€, que fueron facturados por Rafael Alcorta Calleja en factura nº 350/14, de fecha 10-11-2014, a requerimiento de Fernando López de Eguilaz, bajo el concepto de «actividades de asesoramiento relativas al proceso de negociación sobre la transacción judicial de la Sentencia de la Audiencia Nacional ante la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo», trabajo que había desarrollado Rafael Alcorta en la primavera de dicho año y que no había facturado de forma independiente a la iguala. Dicha factura fue presentada al Presidente Mario Fernández, quien le dio el visto bueno”.

La concreción fáctica, en lo que se refiere a la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil, se reduce a esta indicación. Y, por lo que se refiere a la segunda finalidad señalada por el precepto procesal, es necesario destacar que la instructora imputó la comisión de este delito únicamente a los acusados Mario Fernández Pelaz y Rafael Alcorta Calleja, estableciéndolo así en el razonamiento jurídico segundo destinado específicamente a la determinación de la autoría.

Se trata de dos determinaciones claras. No hay otro relato distinto del transcrito que pueda ser subsumido en un tipo falsario, en dicho relato tan solo se describe la actuación de Mario Fernández Pelaz y de Rafael Alcorta Calleja y específicamente se atribuye provisionalmente la comisión de un delito de falsedad tan solo a estos dos acusados. Por otro lado, el auto de transformación de las actuaciones por los trámites del Procedimiento Abreviado no fue objeto de impugnación ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación popular, siendo confirmado por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial.

Es por ello que se sostiene que no es admisible en este momento una acusación por el delito de falsedad contra Miguel Ángel Cabieces García.

En muchas ocasiones hemos tenido ocasión de ocuparnos de alegaciones de este tipo en el enjuiciamiento en primera y segunda instancia y de subrayar la relevancia del contenido del auto que transforma las actuaciones en Procedimiento Abreviado, deduciendo, en cada supuesto, las conclusiones que se han estimado oportunas. Esa relevancia está, por lo demás, refrendada en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, las que destacan la importancia de la reforma introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, las que equiparan los efectos de esta resolución a los del auto de procesamiento en el sumario ordinario o las que niegan la vinculación con la calificación jurídica provisionalmente establecida, pero sí la determinan con relación a los hechos y a los autores que en dicha resolución se indican. Podemos citar, como expresión de esta línea jurisprudencial de atribución máxima de efectos al auto de transformación, la STS 371/2016, de 3 de mayo. Esto dice literalmente, lo que podría entenderse que aparentemente da pie a una cuestión como la formulada:

“Esa decisión constituye la manifestación jurisdiccional del control sobre el alcance que puede tener la acusación. De suerte que los hechos sobre los que hayan podido versar las diligencias previas solamente podrán erigirse en objeto de la acusación en la medida que esta resolución lo determine, y no sobre otros diversos”.

La situación, sin embargo, no es pacífica. Existe otra línea jurisprudencial consolidada que, con claridad, matiza estos efectos. El auto a que se refiere el precepto procesal señalado no vendría a constituir en esta interpretación expresión de un relato de obligada y férrea sujeción y observancia en los escritos de acusación ni tampoco el momento último y preclusivo en el que en el proceso penal se concreta el objeto y alcance de la imputación. Al fin y al cabo, no existe en relación con esta resolución una previsión legal como la que se refiere a la vinculación de la sentencia con los escritos de acusación en el artículo 789.3 LECrim..

Son varias las vías por las que se abre paso una interpretación que dota de mucha mayor flexibilidad a los efectos del auto. Así, por ejemplo, la STS 386/2014, de 22 de mayo, establece que “una ampliación en el relato histórico del escrito de acusación en relación con la descripción de hechos contenida en el auto de transformación a procedimiento abreviado no implica siempre una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa”.

Otras resoluciones destacan la existencia de varios hitos en el proceso en los que va definiéndose su objeto de modo dinámico. Estos son los términos de la STS 476/2016, de 2 de junio:

“Para resolver el motivo ha de tenerse presente que el objeto del proceso es un hecho, pero un hecho normativizado por figurar tipificado en un precepto penal. Para la selección de los hechos ha de operarse siempre con normas que actúan a modo de filtro o tamiz, escaneando en una primera fase el instructor por medio de la norma los hechos brutos del proceso y extrayendo los que considere relevantes para la evolución del proceso penal. Esa normativización de los hechos que se presentaban en bruto ha tenido ya lugar previamente con motivo de la primera imputación que hace el juez instructor: la declaración del imputado regulada en el art. 775 de LECr. como materialización legislativa de las exigencias de la STC 186/1990. La determinación o concreción de los hechos en el auto de transformación, tras concluirse la instrucción, ha de ser, pues, contemplada como la segunda ocasión o momento procesal en que el instructor concreta, selecciona o filtra los hechos en el proceso penal. El tercer episodio en el discurrir del proceso en que el instructor criba los hechos y les da curso como posible objeto de la acusación tiene lugar en el auto de apertura del juicio oral. Pero en este caso será ya un control o concreción en negativo y no en positivo, pues no ha de relatar hechos inculpativos en positivo, función que le está atribuida en ese trámite procesal a las acusaciones, debiendo limitarse, en su caso, a excluir a través de las diferentes modalidades de sobreseimiento los hechos o las calificaciones jurídicas que propusieron incorrectamente las acusaciones”.

En un sentido similar podemos citar la STS 914/2016, de 2 de diciembre.

En tercer lugar y de modo rotundo son varias las resoluciones del Tribunal Supremo en las que la cuestión se plantea desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva y de la diferenciación entre indefensión formal e indefensión material, situando como elemento de juicio relevante en esta cuestión que el hecho de que se trate haya formado parte a lo largo del procedimiento de la imputación y se haya podido defender de él la persona acusada.

Las SSTS 530/2016, de 16 de junio y 760/2015, de 3 de diciembre, se ocupan de sendos supuestos en los que en los escritos de acusación se incluyeron hechos no establecidos en el auto de transformación de Procedimiento Abreviado, concluyendo que “esta cuestión, ha sido resuelta varias veces por esta Sala, con la conclusión de que sólo la exclusión expresa en el auto de apertura del 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 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”.

Se cita igualmente la STS 148/2015, de 18 de marzo, que, analizando un supuesto de “existencia de imputaciones en el auto de apertura del juicio oral respecto de hechos que no aparecían en el auto de incoación de procedimiento abreviado”, establece que “no se aprecia que se haya introducido un aspecto fáctico que no tuviera relación con los hechos investigados y que no hubiera sido imputado, que constituirían el objeto del proceso, y que, por lo tanto, que se le haya causado a la recurrente algún tipo de indefensión”.

Estas resoluciones refieren otros precedentes de mayor antigüedad, entre ellos, destacadamente, la STS 1049/2012, de 21 de diciembre y la STS 251/2012, de 4 de abril. La primera establece que “esta Sala ha aceptado la posibilidad de un enjuiciamiento ajustado a los parámetros constitucionales definitorios del proceso justo sin indefensión, en casos en los que el auto de apertura del juicio oral no contiene una mención expresa de los hechos que delimitan el objeto del proceso”, siendo indispensable para ello “que el conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación quede fuera de cualquier duda”.

Trasladadas estas consideraciones al supuesto que nos ocupa, constatamos: que la mencionada factura de fecha 10 de noviembre de 2014, por importe de 29.078,72 euros, “por la que se decidió liquidar de una vez las mensualidades restantes” fue ya objeto de mención en la denuncia que la incluyó entre la documentación adjuntada (1); que ya en el informe de auditoría interna sobre el que se ha discutido largo y tendido a lo largo del procedimiento figura un análisis de la factura señalada mencionándose el concepto que

figura y concluyéndose que no responde a su contenido (2); que en la declaración prestada por el acusado Miguel Ángel Cabieces en las Diligencias de Investigación 12/2015 de la Fiscalía fue interrogado por las circunstancias de la factura, como consta al folio 216 (3); que en el Decreto de 9 de febrero de 2015 de la Fiscalía dictado a la conclusión de dichas Diligencias, en el que se acuerda poner los hechos en conocimiento del Juzgado, se apunta, aparte la comisión de un delito de administración desleal o de apropiación indebida, al hecho de que “las facturas emitidas que servían de soporte documental para la realización de tales pagos fueron alteradas en elementos esenciales” (4); que, finalmente, en el relevante momento en el que compareció ante la Jueza de Instrucción en calidad de imputado, se le informó de que se le atribuía provisionalmente la comisión de estos tres delitos (folio 678 vuelto), incluido el de falsedad documental, siendo interrogado expresamente, otra vez, por la factura de 10 de noviembre de 2014, como puede verse al folio 26 vuelto del testimonio con las transcripciones de las declaraciones que nos ha sido remitido (5).

Existen todavía dos circunstancias relevantes en las que reparan en mayor o menor medida las sentencias que han sido citadas y que también se dan en el presente procedimiento. En primer lugar, habiéndose producido la imputación mencionada por el delito de falsedad documental, el auto de 5 de febrero de 2016 no acuerda el sobreseimiento por este delito con relación al acusado, no siendo aceptable una suerte de sobreseimiento implícito: “para excluir hechos que hubieran sido investigados e imputados a sujetos concretos y que implícitamente se contienen en el auto de transformación, sería necesario un sobreseimiento expreso que habría podido ser objeto de recurso por las partes acusadoras”, leemos, con cita de otras resoluciones, en la STS 148/2015, antes citada. En segundo lugar, la defensa ha sido concedora en la fase intermedia tanto del contenido de los escritos de acusación como del auto de apertura del juicio oral de 10 de agosto de 2016 que daba vía libre al enjuiciamiento por el delito de falsedad documental, sin que adoptara ninguna iniciativa al efecto. La misma resolución afirma que “el silencio de la defensa al conocer el escrito de acusación y el auto de apertura del juicio oral puede ser significativo acerca de su conocimiento de los hechos de los que le acusa”. Pudo solicitarse, por ejemplo, y no se hizo una aclaración de la incongruencia o discrepancia entre una y otra resolución pero lo cierto es, en definitiva, que no se ha producido ninguna exclusión del hecho que había venido siendo objeto de imputación en ninguna de ellas.

En estas circunstancias, la Sala entiende que nos encontramos ante un hecho que ha formado parte en todo momento de la imputación y que esto lo ha conocido la defensa, no produciéndose indefensión material y siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial expuesta, no pudiendo ser excluido en este momento el acusado Miguel Ángel Cabieces García de la acusación por el delito de falsedad.

TERCERO.- La segunda cuestión relativa a una supuesta vulneración del principio acusatorio se anunció ya en el escrito de calificación de la defensa de Mario Fernández Pelaz.

Se alega en él nulidad de la acusación formulada por el delito de falsedad documental, solicitando que no se tenga por formulada, toda vez que encierra una vulneración del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías. Se estima que la acusación por este delito, tomando la alegación del escrito de calificación, “se formula sobre la base de un relato de hechos que alude a varios documentos, sin que nos permita conocer, específicamente, cuáles serían los concretos documentos objeto del supuesto delito de falsedad cometido, ni cuál habría sido la concreta participación del Sr. Fernández en los hechos descritos”.

Se adhieren las otras defensas. La indefensión vendría en este caso por una supuesta inconcreción o falta de precisión en el relato de hechos en lo que se refiere igualmente al delito de falsedad documental.

La Sala no puede mostrar conformidad con este planteamiento. Los escritos de calificación de las acusaciones no incurren en esa indefinición. Relatan sintéticamente, por un lado, que en el período que medió de marzo de 2012 a octubre de 2014 Rafael Alcorta Calleja pasó al cobro a KUTXABANK 32 facturas en las que se incluía la suma mensual destinada a Miguel Ángel Cabieces y éste, a su vez, giró otras tantas facturas al despacho de Rafael Alcorta; y, por otro, de modo más específico y detallado, lo acontecido en relación con la reiterada factura de 10 de noviembre de 2014.

De este planteamiento no puede derivarse la indefensión alegada. Las defensas conocen perfectamente a qué documentos se refieren las acusaciones y cuál es la participación de cada uno de los acusados que les atribuye en relación con aquéllos. Lo que se indica en el trámite de cuestiones previas por la defensa de Mario Fernández, que es quien se ocupa con mayor extensión del desarrollo de este punto, son cuestiones que no tienen que ver ni con el principio acusatorio ni con la posibilidades de defensa. Se dice así que se mencionan varios documentos y sin embargo no se acusa por un delito continuado sino por un único delito de falsedad, que el relato de los escritos de acusación no constituye un soporte fáctico suficiente para la apreciación de un delito de falsedad, que la última de las facturas que se menciona no fue abonada al Sr. Cabieces o que la propia entidad KUTXABANK ha aportado un dictamen jurídico del que se desprende que estaríamos ante una falsedad atípica, cuestiones todas ellas que tienen que ver más bien con la calificación jurídica, con la aptitud de los hechos que se describen para integrar el delito de falsedad y que podrán ser objeto de invocación en otro momento a lo largo del juicio oral, careciendo por completo de fundamento atender en este momento concreto a esta alegación para dejar sin efecto la acusación por el delito de falsedad.

CUARTO.- La defensa de Miguel Ángel Cabieces García alega vulneración del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 y 4 CE, al haberse obtenido y examinado los extractos bancarios correspondientes a la cuenta en la entidad KUTXABANK de dicho acusado, supuestamente justificativos de los cobros que se le atribuyen, sin su autorización y sin la preceptiva autorización judicial que habilitase al departamento de auditoría de la entidad para hacerlo.

No puede ponerse en cuestión la relación de la información obrante en las cuentas bancarias con el derecho fundamental a la intimidad. Sin embargo, la Sala entiende que para valorar si se ha producido o no una injerencia no autorizada y, en su caso, la determinación de los efectos de ésta es preciso y prudente entrar a valorar la prueba, debiendo aplazar el análisis de esta cuestión al momento de dictar sentencia, sobre todo teniéndose en cuenta que se solicita por esta defensa el archivo del procedimiento por entender que la supuesta nulidad afectaría a la totalidad de la prueba.

Así suele suceder y así suele procederse y se ha procedido por esta Sala en otras ocasiones en supuestos de posible afectación de derechos individuales fundamentales ajenos a los derechos de naturaleza procesal.

En la doctrina jurisprudencial está sobradamente admitida esta posibilidad. Como señala, por ejemplo, la STS 533/2016, de 16 de junio, con cita de varias resoluciones, “aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al art. 786.2 LECr, también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello” y que “cuando al expresar el texto legal que el Tribunal resolverá lo «procedente» ello no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, posibilitando una demora de la misma, aplazando la solución de aquella cuestión, para el momento procesal de dictar sentencia , en donde efectivamente el Tribunal sentenciador de una manera prolija y detallada, explicita las razones de la estimación o desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia , dada la perentoriedad y precariedad del trámite”.

En definitiva, procede la desestimación de las cuestiones previas, con esta salvedad, y la continuación de las sesiones del juicio oral, pudiendo las defensas que las han propuesto impugnar esta decisión, en su caso, con la impugnación de la sentencia que se dicte a la conclusión de aquél.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal,

LA SALA ACUERDA

A) **DESESTIMAR** las cuestiones previas formuladas por las defensas de los acusados Mario Fernández Pelaz, Miguel Ángel Cabieces García y Rafael Alcorta Calleja relativas, en primer lugar, a una supuesta falta de competencia para el enjuiciamiento de los hechos por falta del requisito de denuncia previa y, en segundo lugar, a vulneración del principio acusatorio en relación con el delito de falsedad documental, de acuerdo con lo expuesto en los razonamientos jurídicos primero a tercero de esta resolución, y

B) En relación con la alegación de vulneración del derecho a la intimidad formulada por la defensa de Miguel Ángel Cabieces García, posponer el análisis de la misma al momento de dictar sentencia, de acuerdo con lo expuesto en el razonamiento jurídico cuarto de esta resolución.

Contra la presente resolución no cabe la interposición de recurso alguno, siendo posible su impugnación, en su caso, de modo conjunto con la sentencia que se dicte en el procedimiento.

Lo acuerdan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que componen la Sala. Doy fe.

MAGISTRADOS/AS

LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA