

Roj: **STS 4416/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4416**Id Cendoj: **28079120012016100752**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/10/2016**Nº de Recurso: **2299/2015**Nº de Resolución: **744/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 2299/2015 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 19 de octubre de 2015 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, en el Procedimiento Abreviado 49/2015 en el que se acordó el archivo de las actuaciones.

Como recurridos han comparecido Nafedann Explotaciones S.L., representada por la Procuradora Dña. Esther Ana Gómez de Enterría Bazán bajo la dirección letrada de D. Henry Joseph Feltenstein Arechabala, así como Amanda representada por la Procuradora Dña. Esther Ana Gómez de Enterría Bazán bajo la dirección letrada de D. José Antonio Choclán Montalvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Llarena Conde**.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción n.º 5 de Navalcarnero instruyó Procedimiento Abreviado número 2037/2011 por delito contra la ordenación del territorio contra la entidad Nafedann Explotaciones S.L. y su representante legal Amanda, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid. Incoado por esa Sección el Procedimiento Abreviado 49/2015, con fecha 19 de octubre de 2015 dictó auto en el que se contienen los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

« **PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Navalcarnero se instruyó el procedimiento abreviado n.º 2037/11 por presunto delito contra la ordenación del territorio remitiéndose la causa para su enjuiciamiento a este Tribunal como competente para ello.

**SEGUNDO.-** Al inicio del acto del juicio oral, y como cuestión previa, la defensa de D<sup>a</sup> Amanda alega que no puede celebrarse el acto del juicio oral teniendo como acusada a la misma puesto que no se dirigió contra ella el auto de incoación de procedimiento abreviado ni se ha abierto el juicio oral en relación con la citada acusada, interesando por lo tanto que se archive el procedimiento al haber adquirido firmeza dichas resoluciones, oponiéndose a ello el Ministerio Fiscal y mostrándose conforme la defensa de la entidad Nafedann Explotaciones SL.».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: « **PARTE DISPOSITIVA**

*En atención a todo lo expuesto, LA SALA ACUERDA el archivo de las presentes actuaciones, con declaración de oficio de las costas causadas.*

*Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.».*

**TERCERO.-** Notificado el auto a las partes, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación contra el mismo por infracción de Ley al amparo de lo establecido en el artículo 849.1º y 2º de la Ley



Procesal Penal, en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española y los artículos 5.4, 238 y 240 de la LOPJ, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único: Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la LECrim al haber infringido el art. 24.1 de la Constitución que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el artículo 120 de la Constitución que obliga a la motivada fundamentación de las resoluciones judiciales.

**QUINTO.-** Instruidas las partes del recurso de casación interpuesto, la Procuradora Dña. Esther Ana Gómez de Enterría Bazán en la representación de Nafedann Explotaciones S.L., en escrito de fecha 1 de marzo de 2016, y en la representación de Amanda en escrito de 17 de junio de 2016, impugnó el citado recuso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 27 de septiembre de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El 28 de Junio de 2011 la fiscalía presentó denuncia ante los Juzgados de Instrucción de Navalcarnero, por haberse construido una serie de edificaciones en una finca propiedad de la entidad *Nafedann Explotaciones SL*, (en adelante *Nafedann*) teniendo los terrenos la consideración de suelo no urbanizable especialmente protegido. En dicha denuncia se solicitaba que se recibiera declaración en calidad de imputado al que fuera el legal representante de la mercantil propietaria de la finca. Tras incoarse las Diligencias Previas 2037/11 por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Navalcarnero y ordenarse diversas diligencias de investigación, el 28 de noviembre de 2012 se solicitó de nuevo por el Ministerio Fiscal que se recibiera declaración en calidad de imputado al representante legal de la entidad, lo que se acordó en Providencia de 3 de diciembre de 2012. El 8 de febrero de 2013, el Juzgado de Instrucción recibió declaración en calidad de inculpada a Amanda (legal representante de *Nafedann Explotaciones SL*).

El 4 de abril de 2014, tras practicar ciertas diligencias orientadas al esclarecimiento de los hechos, el Juzgado de Instrucción dictó resolución en la que se acordaba dar traslado de las actuaciones al Ministerio Público, a fin de que informara sobre la continuación del procedimiento. El requerimiento de informe se saldó peticionándose el 23 de mayo que se acordara la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado conforme a lo dispuesto en el artículo 779.1.4º de la LECRIM y que se hiciera -previa unión a autos de su hoja histórico penal- imputando a Amanda .

Tras recabarse los antecedentes penales de la inculpada, el Juzgado de Instrucción dictó Auto de fecha 12 de agosto de 2014 en el que se acordaba la prosecución del procedimiento en fase intermedia contra *Nafedann Explotaciones SL* e interesando de las acusaciones la formulación -en su caso- del correspondiente escrito de acusación. Tras ello, el Ministerio Público presentó su escrito acusatorio contra la inculpada Amanda (legal representante de la entidad *Nafedann Explotaciones SL*) e interesando su condena como autora, del artículo 28 del Código Penal, de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.1 y 338 del Código Penal, en su redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio. Por entender que no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Ministerio Público solicitaba que se impusiera a la acusada las penas de 5 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa por tiempo 30 meses y en cuota diaria de 30 euros, así como inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de 5 años. De igual modo, solicitaba: 1) La demolición de la obra indebidamente construida a costa de la condenada ( art. 319.3 del CP ); 2) La responsabilidad civil directa y solidaria de la mercantil respecto del pago de la multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 31.2 del CP (sic) y 3) en concepto de responsabilidad civil, la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil *Nafedann* respecto del pago de la cantidad que, en ejecución de sentencia, se determinara como importe de las obras de demolición y de reposición del terreno al estado anterior a la realización de la obra ilegalmente construida.

El 15 de octubre de 2014, el Juzgado de Instrucción actuante dictó auto de apertura del juicio oral, teniendo por formulada acusación por delito contra la ordenación del territorio contra *Nafedann Explotaciones SL*, declarándose competente para el enjuiciamiento y fallo de la presente causa a la Audiencia Provincial de Madrid.

Tras presentarse escrito de defensa por la entidad *Nafedann* el 16 de diciembre de 2014, en el que -sin sustrato fáctico ninguno- se limitaba a manifestar su disconformidad con todos los puntos del escrito de acusación del Ministerio Público, el Juzgado de Instrucción dictó proveído de fecha 17 de diciembre de 2014, en el que



se tenía por presentado el escrito de defensa por la representación de la entidad *Nafedann* y se ordenaba la remisión de la causa al órgano de enjuiciamiento, que registró su entrada el 15 de enero de 2015. Señalado el juicio oral para el 15 de octubre de 2015, fueron citados al mismo -en calidad de acusados- Amanda y la entidad *Nafedann*. En la fecha señalada, tras el inicio del plenario en la forma legalmente prevista y en el trámite de cuestiones previas, la defensa de Amanda opuso no tener nada que ver con los hechos de enjuiciamiento, en el sentido de no haberse abierto juicio oral contra ella, ni haber tampoco continuado contra ella el procedimiento durante la fase intermedia, visto que el Auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado se dictó contra la entidad *Nafedann*. Por su parte, la defensa de la mercantil opuso la imposibilidad de continuar el proceso contra *Nafedann*, si no se dirigía a su vez contra la administradora de la sociedad.

La Sala, considerando que la acusación se formulaba contra Amanda sin que se hubiera abierto juicio oral contra ella y que -de adverso- se había abierto juicio oral contra la entidad *Nafedann* sin que existiera acusación penal contra ella, declaró la imposibilidad de celebración de juicio. La decisión se documentó en Auto motivado de 19 de octubre de 2015, en el que se ordenó el archivo de las actuaciones.

**SEGUNDO** .- El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra el Auto de archivo indicado y lo formaliza al amparo del artículo 852 de la LECRIM, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, al tiempo que por falta de la motivación exigida en el artículo 120 del texto constitucional.

Sostiene el Ministerio Público que la decisión de archivo adoptada por la Sala carece de respaldo normativo y que si bien no podía celebrarse el juicio oral de conformidad con las reglas rectoras del proceso acusatorio, el desajuste procesal derivaba de un doble error de la Juez de Instrucción: de un lado, porque ordenó la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado contra la entidad *Nafedann*, siendo que la mercantil no había sido nunca imputada en el procedimiento; de otro, porque tras presentar el Ministerio Público su escrito de acusación contra Amanda, se decretó la apertura de juicio oral contra la sociedad de su pertenencia. De este modo, afirma que se ha producido un quebranto de la tutela judicial efectiva, habiéndosele generado una material indefensión en orden a alegar y demostrar el sustento de la acción penal que pretendía ejercitar, motivando con ello que ambas resoluciones deban ser anuladas y que deban retrotraerse las actuaciones al momento previo al auto de prosecución por los trámites del procedimiento abreviado.

El motivo debe ser estimado en los términos concretos que a continuación se establecen.

**TERCERO** .- Es doctrina pacífica que el Ministerio Fiscal está legitimado para articular motivos casacionales con base en los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, es decir, por vulneración de derechos fundamentales. La posibilidad no sólo encuentra justificación en la defensa de los derechos constitucionales correspondientes a alguna de las partes intervinientes en el procedimiento, en cumplimiento de la obligación del Ministerio Fiscal de velar por la legalidad, sino también en que el Ministerio Público resulta ser específico titular de esos mismos derechos. El derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24.1 CE, como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, es un derecho que se ha declarado corresponder a personas físicas y jurídicas, de carácter público o privado, siempre que la ley les reconozca capacidad en el proceso ( SSTS 64/1998, de 12.4 y 99/1989, de 5.6 ). El derecho va así anudado a la posición de parte procesal y, entre ellas, a la sustentada por el Ministerio Fiscal, quien cuenta además con la justificación de ser su actuación en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley que le atribuyen el artículo 124.1 CE y los artículos 1 y 3.1 de su Estatuto Orgánico ( STS 731/2003 ); criterio de legitimación expresamente acogido en los Plenos no jurisdiccionales de esta Sala Segunda de 9 de marzo de 1993 y 27 de febrero de 1998, con desarrollo en pacífica jurisprudencia posterior.

Entrando así al análisis de los dos errores judiciales en los que el Ministerio Público asienta su denuncia y siguiendo el orden cronológico de la emisión de las resoluciones cuya nulidad se pide, debe hacerse primera referencia al Auto por el que se ordenó la prosecución de la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado.

La resolución fue emitida el 12 de agosto de 2014 y en ella se describían los hechos extraídos de la instrucción del siguiente modo: "*los hechos punibles consistentes en que por la imputada, la entidad Nafedann Explotaciones SL, en la finca formada por las parcelas catastrales nº NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 ...se ha llevado a cabo unas edificaciones de obra sin la correspondiente licencia municipal, estando esta zona integrada en el ámbito del Espacio Protegido Red Natura 2000...*". En traslación de la identificación mencionada en el relato, la parte dispositiva ordenaba que continuara el procedimiento por los trámites de la fase intermedia del Procedimiento Abreviado contra *Nafedann Explotaciones SL*, al tiempo que interesaba de las acusaciones la formulación -en su caso- del correspondiente escrito de acusación.

Las defensas entienden que la resolución no puede ser anulada y esgrimen para ello que el Auto de procedimiento abreviado fue notificado al Ministerio Público sin que lo impugnara. El alegato muestra su transcendencia en un doble sentido. De un lado, porque no puede denunciarse y apreciarse indefensión cuando



venga determinada por la pasividad, desinterés o negligencia de la propia parte denunciante ( Sentencias del Tribunal Constitucional 334/1994 , 80/1995 y 140/1997 ), esto es, que puesto que fue el Ministerio Público el que dejó pasar los momentos oportunos para mantener sus pretensiones contra el Auto de procedimiento abreviado, no podría denunciar ahora el vicio de nulidad previsto en el artículo 238.3 de la LOPJ . De otro lado, y complementario de esto, nos encontraríamos que por más que resultaran anuladas las actuaciones procesales que siguieron a este Auto de Prosecución, la nueva decisión de apertura del juicio oral estaría sujeta a los mismos hechos y a idéntico imputado que los que se establecen en el Auto de prosecución que ahora analizamos, pues esta resolución gozaría de los efectos de la cosa juzgada y la jurisprudencia establece que el Auto de transformación de las actuaciones en Procedimiento Abreviado (PA) es vinculante respecto de los hechos en él descritos, así como respecto de las personas imputadas ( STS 559/2014, de 8.7 ), de conformidad con la doctrina que sintetiza el Tribunal Supremo en su sentencia 703/2003, de 13.5 (con expresión de otras), cuando con respecto al Auto de Prosecución dice: " *En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se esta 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 sorpresivas 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 si sola, la apertura de juicio oral contra toda persona* " .

En el caso analizado concurre sin embargo un conjunto de circunstancias que obligan a evaluar la realidad procesal que se somete al análisis del Tribunal con especial cautela. De un lado, el procedimiento comenzó con ocasión de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal, en la que -pese a existir un encargado en el seno de la empresa Nafedann para la ejecución de las obras que se denunciaban- solicitaba que se recibiera declaración en calidad de inculpado al legal representante de la entidad propietaria de las fincas. Expresamente recogía la denuncia que " *Para la comprobación de los hechos anteriormente relacionados, el Fiscal interesa la práctica de las siguientes diligencias de investigación: 1.- Declaración del representante legal de Nafedann Explotaciones SL en calidad de imputado, con el correspondiente ofrecimiento de acciones. 2.- Unión a las actuaciones de su hoja histórico-penal* ". De hecho, la desatención del Juzgado de Instrucción a ésta inicial petición del Ministerio Fiscal, determinó que el 23 de noviembre de 2012 (más de un año después de la presentación de la denuncia y sin que se hubiera recibido a nadie declaración como inculpado), el Ministerio Público presentara un nuevo escrito en el que de nuevo interesó " *la declaración sobre los hechos investigados del representante legal de Nafedann Explotaciones SL como imputado* ". La pretensión de que la inculpación se dirigiera contra la persona física que tenía la capacidad de actuar en representación de la mercantil (por más que entonces estuviera sin identificar) era clara y se asumió indubitadamente por el órgano instructor, como se aprecia en una serie de detalles procesales particularmente elocuentes, concretamente: a) El Juzgado ordenó citar al representante legal de Nafedann en calidad de inculpado (proveído de 3-12-2012 y 16-1-2013); b) El instructor atribuyó a Amanda el estatuto correspondiente a las personas físicas inculpadas (hoy investigadas) previsto en los artículos 118 y 775 de la LECRIM (instrucción de derechos realizada el 8 de febrero de 2013); c) Nunca el Juzgado desplegó con Amanda el estatuto de inculpación específico de las personas jurídicas, pese a haber sido introducido en el artículo 119 de la LECRIM por Ley 37/2011, de 10 de octubre y estar vigente desde 31 de octubre de 2011. Un estatuto que se creó con ocasión del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (LO 5/2010), para evitar los conflictos de intereses que podrían producirse entre los inculpados que ostentaran la representación legal de una empresa y la entidad sometida a proceso por la que actuaran. Un estatuto que de haber sido Nafedann la investigada, hubiera obligado al órgano instructor a hacer un requerimiento a la entidad para que designara -de manera claramente singularizada- un representante empresarial para el proceso y que sólo hubiera resultado ser Amanda si específicamente se le hubiere designado para este menester tras el requerimiento judicial realizado al efecto ( art. 119.1.a y b LECRIM ); d) El Juzgado recibió un escrito de personación en nombre de la propia Amanda , además de la mercantil Nafedann ( f. 144 y ss); e) La declaración a Amanda se recibió en calidad de inculpada, sin que se haya recibido ninguna otra declaración con esta posición procesal y f) El Juzgado instructor recabó -a instancia del propio Ministerio Fiscal- la hoja histórico penal de Amanda ( f. 261).

Sólo la manera en que se identificó a la inculpada al inicio del procedimiento (mediante la indicación del cargo que detentaba en la empresa, por ser su nombre ignorado) y el hecho de que durante la instrucción la representación procesal de Amanda se personara, no sólo en nombre de ésta, sino también en la representación perfectamente diferenciada de la mercantil Nafedann , generó en el Juzgado de Instrucción una imprecisa y variable confusión entre la persona contra la que se ejercitaba la acción penal y la entidad que se personaba como eventual sujeto pasivo de la acción civil acumulada. Reflejo de ello es que la Providencia de 6 de febrero de 2013 ( f. 158), en la que se tiene por designados a la procuradora y al letrado de la defensa, se hizo constar la personación con la confusa indicación de que lo hacían " *para la representación de Amanda como administradora única de Nafedann Explotaciones SL* ". En todo caso, que la asistencia técnica se ejercía



teniendo como inculpada a Amanda , es algo que quedó reflejado también en las resoluciones posteriores a esa personación, pues Amanda era la persona a la que se había tomado declaración como investigada y el juzgado le reconocía una participación procesal diferenciada de la empresa, como puede observarse no sólo en el escrito de personación, sino en las resoluciones dictadas con posterioridad, en las que expresamente se acordó que fueran notificadas a " Amanda y Nafedann " (f. 199 o 223).

**CUARTO.-** Es cierto que doctrina constitucional reiterada ( SSTC, entre otras, 159/2000, de 12 de junio ; 111/2000, de 5 de mayo ; 69/2000, de 13 de marzo , y 218/1999, de 29 de noviembre ) establece que el principio de intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales, se anuda tanto a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE ) como, y sobre todo, al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ( art. 24.1 CE ). En su virtud se establece que los Jueces y Tribunales no podrán variar o revisar las resoluciones judiciales firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley y ello aun en la hipótesis de que el órgano judicial considere que la resolución ya dictada no se ajusta a la legalidad ( SSTC, entre otras, 19/1995, de 24 de enero, F. 2 ; 23/1994, de 27 de enero ; 142/1992, de 13 de octubre y 231/1991, de 10 de diciembre ).

No obstante, ello no supone que la indicación de *Nafedann* en el Auto analizado deba ser mantenida en todo caso.

El artículo 267 de la LOPJ reconoce la posibilidad de corregir en cualquier momento los errores materiales de los que pueda adolecer cualquier resolución judicial, estableciendo un cauce reparador y excepcional que responde ( STC 19/1995 , F. 2) también a las exigencias de seguridad jurídica y de efectividad de la tutela judicial, pues, como es notorio, estos principios no alcanzan a conformar un supuesto derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, cuando puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución ( SSTC, entre otras, 218/1999, de 29 de noviembre ; 48/1999, de 22 de marzo y 180/1997, de 27 de octubre ).

La contemplación de las dos exigencias enfrentadas de seguridad jurídica y efectividad de la tutela judicial, ha asentado una doctrina constitucional que establece que toda aclaración o corrección de una resolución queda necesariamente sujeta a una interpretación restrictiva que debe distinguir entre lo que es salvar un mero desajuste o contradicción patente, al margen de todo juicio de valor o apreciación jurídica ( SSTC, entre otras, 111/2000, de 5 de mayo y 19/1995, de 24 de enero ) y la pretensión de remediar por esta vía la falta de fundamentación de la resolución ( 23/1994, de 27 de enero y 138/1985, de 18 de octubre ), o bien una errónea calificación jurídica ( SSTC 16/1991, de 28 de enero y 119/1988, de 20 de junio ) o, en fin, los hechos y conclusiones probatorias del proceso ( SSTC 231/1991, de 10 de diciembre y 179/1999, de 11 de octubre ).

No obstante ello, la obligada interpretación restrictiva respecto de las posibilidades de corrección del error, no puede impedir proclamar la existencia de un error material en el Auto de Prosecución que aquí se analiza y corregir la resolución hacia la finalidad procesal que guió su promulgación de manera evidente, dado que la mención a la entidad *Nafedann* que se recoge en el Auto , carece del alcance sustantivo que justificaría la intangibilidad propia de un enjuiciamiento firme. Si se observa de manera completa la instrucción desarrollada en este proceso, puede constatarse que la indicación de *Nafedann* como eventual y única responsable del delito investigado, respondió a un mero desajuste en la mecanización o documentación formal de la decisión, sin que fuera el posicionamiento de una opción valorativa del Juez instructor, pues la mención a *Nafedann* como persona responsable en el Auto de Prosecución, no sólo era el reflejo de la imprecisa e inconcreta manera con la que se denominaba a la inculpada durante la fase de Diligencias Previas, sino porque: 1) El juzgador no tenía posibilidad legal de acordar que el procedimiento continuara contra la mercantil ( art. 779.1.4º LECRIM ) sin quebrantar exigencias constitucionales que determinarían su nulidad radical, a la vista de que el Tribunal Constitucional ha declarado ( SSTC 135/89 , 186/90 , 128/93 y 129/93 ) que nadie puede ser acusado sin que con anterioridad haya sido judicialmente imputado y sin que haya sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las Diligencias Previas y 2) La decisión desatendería cualquier pronunciamiento sobre la eventual responsabilidad individual de Amanda , única investigada e imputada en el proceso, lo que también resulta imposible cuando no se acuerda el sobreseimiento de la causa respecto de ella, de conformidad con el artículo 779.1.1º de la LECRIM , en relación con los artículos 637 y 641 del mismo texto legal .

Por todo ello, la fijación del espacio subjetivo realizada en el Auto de Procedimiento Abreviado de fecha 12 de agosto de 2014, debe entenderse referida a la encausada Amanda .

**QUINTO .-** Respecto a la pretensión del Ministerio Público de que se anule el Auto de apertura del juicio oral y las actuaciones procesales subsiguientes, debe ser acogida en consideración al efectivo quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE .



El Tribunal Constitucional tiene declarado que en el procedimiento abreviado, la fase de preparación del juicio oral no está destinada a concluir la instrucción, sino exclusivamente a posibilitar que las acusaciones formulen sus acusaciones o su petición de sobreseimiento. Por ello en este primer momento de la fase de preparación, la Ley ordena al Juez Instructor que efectúe el traslado de las diligencias únicamente a las acusaciones, sin cuya petición de acusación no cabe la apertura del juicio oral. Por lo mismo, el traslado de las actuaciones al investigado lo ordena la Ley en la misma fase pero en un momento posterior, dado que la razón del traslado no es otra que la de dar la posibilidad al acusado de oponerse y defenderse de la acusación ( STC 186/1990 , fundamento jurídico 8º). Desde esta perspectiva es desde la que no resulta constitucionalmente necesario conferir a las defensas la posibilidad de recurso, pues podrán proponer las pruebas que estimen conducentes a la demostración de su inculpabilidad cuando reciban el traslado de la acusación ( STC 54/1991, de 11.3 ).

Cuestión distinta es, sin embargo, la denegación de la pretensión acusatoria. De un lado, el control del instructor respecto de la consistencia o solidez de la acusación es -y así se indica en la STC 186/90 - « *un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación* » pues, tras enunciar la Ley la regla general de la vinculación del Instructor con la petición de apertura del juicio oral, únicamente le permite denegarla cuando el hecho no sea constitutivo de delito o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordara el sobreseimiento que proceda ( art. 783.1 LECRIM ). De otro lado, el sobreseimiento debe de hacerse con satisfacción de un deber reforzado de motivación ( SSTC 128/2003 y 91/2004 ). Por todo ello, la omisión o la denegación de la apertura del juicio oral peticionada sí supone un claro gravamen respecto de la pretensión punitiva de las acusaciones, que sólo puede remediarse mediante la interposición de los recursos contra las resoluciones del Juez de Instrucción previstos en el artículo 766 de la Ley procesal .

Es cierto que el Ministerio Público no interpuso ningún recurso, ni peticionó la nulidad del auto que acordó abrir el juicio oral contra la entidad *Nafedann* y que eludió abrirlo contra quien acusaba el Ministerio Fiscal. No obstante, en modo alguno puede afirmarse que esta inacción sea imputable a la parte acusadora. En los autos (f. 286 y 288) consta que el Auto de apertura de juicio oral sólo se notificó a la representación procesal de *Nafedann* (de idéntica postulación que la acusada). Indebidamente, al Ministerio Fiscal no se le comunicó dicha resolución y sólo se le notificó una providencia posterior en la que se tenía por presentado el escrito de defensa de *Nafedann* y se ordenaba remitir las actuaciones para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial (f. 300). De este modo, las notificaciones no sólo no mostraron al Ministerio Fiscal lo realmente sucedido, sino que sugerían que la juez de instrucción podía haber resuelto conforme a la petición acusatoria del Ministerio Público. La inicial notificación de una providencia en la que se tenía por presentado el escrito de defensa por la mercantil (considerada responsable civil subsidiaria por el Ministerio Público), parecía culminar el trámite procesal que respondía a la pretensión del Ministerio Público y permitía intuir que el Auto de Juicio Oral no notificado, no podía ser otro que una resolución conforme con lo peticionado, tal y como dispone el inciso primero del artículo 783.1 de la LECRIM . Pero este mismo contexto y que al acto del juicio oral comparecieran -con sendos letrados- la acusada *Amanda* (que ninguna razón de presencia tenía de no haberse abierto juicio oral contra ella) y la entidad *Nafedann* , aportó al Ministerio Público la imagen plástica de que el procedimiento se desarrollaba tal y como tenía peticionado. Solo ese contexto justifica que el Ministerio Fiscal no denunciara el vicio de nulidad en su inicial turno de palabra en la fase de cuestiones previas y que no lo hiciera hasta que el fracaso de su pretensión acusatoria pudo ser percibido, esto es, tras las alegaciones (también en fase de cuestiones previas) en las que las dos defensas cruzaron sus argumentos defendiendo la imposibilidad de quedar afectadas por la pretensión de condena de la acusación pública.

Así pues, el quebranto en el auto de la obligación de motivar la denegación de la pretensión de apertura de juicio oral contra *Amanda* y la nula posibilidad -por falta de notificación- que tuvo el Ministerio Público de denunciar la inobservancia de motivación antes del juicio oral, determinan la efectiva violación del derecho a la tutela judicial efectiva que denuncia el recurso y justifica la declaración peticionada de nulidad del Auto de apertura del juicio oral y de las actuaciones procesales subsiguientes.

### III. FALLO

Que debemos declarar y **declaramos haber lugar al recurso** de casación por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de sobreseimiento dictado el 19 de octubre de 2015 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid , en la causa seguida contra *Amanda* y la entidad *Nafedann Espotaciones SL*; declarándose la nulidad del Auto de Apertura del Juicio Oral dictado el 15 de octubre de 2014 por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Navalcarnero , así como la nulidad de todas las actuaciones procesales subsiguientes, debiendo retornar el procedimiento a la situación en la que se encontraba en la fecha del auto anulado y debiendo continuar la tramitación del Procedimiento Abreviado 2037/11 contra la investigada *Amanda* , en libertad de criterio, pero con sujeción en todo caso a la corrección



del Auto de Prosecución declarada en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de esta resolución. Se declaran de oficio las costas procesales causadas con ocasión de la tramitación de este recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Jose Ramon Soriano Soriano Andres Palomo Del Arco **Pablo Llarena Conde** Joaquin Gimenez Garcia

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **Pablo Llarena Conde** , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS