

Roj: **AAN 432/2022 - ECLI:ES:AN:2022:432A**Id Cendoj: **28079220032022200038**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **07/02/2022**Nº de Recurso: **427/2021**Nº de Resolución: **51/2022**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **CARLOS FRANCISCO FRAILE COLOMA**Tipo de Resolución: **Auto****AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3MADRID**

RECURSOS DE APELACIÓN: 427/2021, 429/2021 y 432/2021 DILIGENCIAS PREVIAS: 96/2017 PIEZA SEPARADA: 21 JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN n.º 6 **AUTO: 00051/2022** (Auto nº 42/2022 del Libro de Apelaciones)

MAGISTRADOS/AS: **FÉLIX ALFONSO GUEVARA MARCOSCARLOS FRAILE COLOMA** (ponente) **ANA MARÍA RUBIO ENCINAS** En Madrid, a 7 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.º - En fecha 29 de julio de 2021, el Juzgado Central de Instrucción n.º 6, en la causa arriba indicada, dictó auto acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de las personas jurídicas CAIXABANK y REPSOL, al amparo de lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31 bis del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudieran corresponderles, y respecto de Benedicto y Bernabe, al amparo de lo dispuesto en el art. 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2.º - Contra dicha resolución, interpusieron recursos de apelación, por los motivos que a continuación se expresan: A. *El Ministerio Fiscal*: 1) Improcedencia y extemporaneidad del sobreseimiento parcial. El auto apelado se dicta días después del auto de 13 de julio, donde se acuerda prorrogar el plazo de instrucción por necesidad de practicar nuevas diligencias. Se encuentra pendiente de resolución un recurso del Ministerio Fiscal contra la denegación, por auto de 21 de julio, de la diligencia de declaración de quienes ejercen las funciones de *compliance officer* (a las que el art. 31 bis del Código Penal otorga un papel preponderante), para las personas jurídicas investigadas, que se considera esencial con vistas al esclarecimiento de la posible responsabilidad penal de dichas personas. Se da por buena la eficacia de los modelos de *compliance* de las entidades, sin escuchar a quienes están encargados de su diseño y evaluación. El sobreseimiento se acuerda sin dar traslado previo al Ministerio Fiscal de las solicitudes de que tal decisión se adoptase, efectuadas por las partes, adelantándose al momento de dictar alguna de las resoluciones del art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por las que se pone fin a la instrucción. Al afectar únicamente a alguna de las personas investigadas, puede repercutir en su derecho de defensa, durante la práctica de las diligencias pendientes. 2) Indicios de responsabilidad penal de REPSOL S. A. El auto concluye que la compañía contaba con un modelo de prevención penal adecuado y con controles eficaces para prevenir los delitos investigados, sin analizar la documentación aportada, basándose solamente en la declaración de la representante legal designada por aquella, Sonia, y en un informe de KPGM, encargado por REPSOL, al que ni siquiera se acompaña la documentación que se dice examinada. El plan de prevención de delitos de mayo de 2011 (documento 46 bis de los aportados en el lápiz de memoria del F. 191), contempla los delitos de corrupción de funcionarios y de revelación de secretos y contra la intimidad. En cuanto a los primeros, se prevén controles en el ámbito de la información financiera de la sociedad y se establecen (documento 46 ter de los aportados por REPSOL) controles complementarios como la aprobación de las propuestas de adjudicación por el nivel adecuado y la calificación de todos los proveedores por la dirección de compras y contrataciones. Existen indicios de que dichos controles no fueron aplicados en la contratación de CENYT. El procedimiento general de contratación, según el informe del *chief compliance officer* de 28 de diciembre de 2019 (documento 3 del lápiz de memoria del F. 191), contaba con las siguientes fases:



- Autorización del gasto, lo que implica contar con previa consignación presupuestaria o con una aprobación específica a efectos presupuestarios. - Contratación del servicio, que exige, por un lado, la aprobación de la adjudicación del contrato en favor del proveedor específico seleccionado y, por otro lado, la existencia de un contrato o, de forma subsidiaria, una orden de pedido por parte de la unidad gestora. - Recepción del servicio y aceptación de las facturas por la unidad gestora del contrato. - Pago de la factura. Existen indicios (informe de fecha 27 de diciembre de 2019, realizado por María Cristina, del departamento de auditoría, control y riesgo de la compañía, que obra como documento adjunto número 3 del informe de Eleuterio de 28 de diciembre de 2019) de que la contratación de los años 2011 y 2012, relativa a una única operación, fue fraccionada en tres encargos independientes, ninguno superior a 100.000 €, permitiendo, de ese modo, que fuera aprobada por el investigado Eutimio, en su condición de director de seguridad corporativa, obviando la intervención de niveles superiores. El informe antes citado pone de manifiesto también incumplimientos en la fase de adjudicación y celebración del contrato, pues el proveedor CENYT no figuraba como autorizado y se omitió la intervención de la unidad de compras, para la realización del cuestionario de calificación. Además, no se celebró contrato ni se hizo pedido, firmado por las partes, acompañado de la oferta del proveedor con las condiciones del servicio. Asimismo, la aprobación del pedido se hizo con posterioridad a la emisión de cada una de las facturas. Por otro lado, mientras que en el informe del *chief compliance officer* Eleuterio se recoge que el servicio fue prestado por CENYT DATA, en la nota de servicio se identifica a CENYT como proveedor y se abonan a CENYT las facturas, y las notas de pedido elaboradas después de las facturas no han sido aportadas. Finalmente, en cuanto a la recepción, no se ha aclarado por qué la factura de 15 de diciembre de 2011 fue firmada por el investigado Eutimio, pero no consta su visto bueno en la de 2 de noviembre de 2011 ni en la de 16 de mayo de 2012. De todo ello cabe razonablemente colegir, atendiendo a los hechos reconocidos por la propia REPSOL, que el proceso de contratación se concentró en la persona del investigado Eutimio, director corporativo de seguridad, quien aprobó el gasto sin tener presupuesto, soslayando la intervención de un nivel superior; seleccionó directamente al proveedor, sin intervención de la unidad de compras, provocando dudas sobre su nombre y aprobó la emisión de notas posteriores a la de las facturas. Todos estos incumplimientos de la normativa interna no fueron detectados por los controles establecidos por la compañía, poniendo de relieve que, o bien no fueron debidamente aplicados o ejecutados o, cuando menos, resultaron insuficientes para evitar la contratación de un comisario de la Policía Nacional en servicio activo para que llevara a cabo una investigación privada. Con respecto a la contratación de 2014, nuevamente se ha puesto de relieve que no se tramitó una hoja de pedido previa a la adjudicación del encargo y que se incumplieron los controles que la propia compañía tenía establecidos. Pese a haberse comprometido a hacerlo, REPSOL no ha aportado a la causa la documentación, que, según su normativa, debería registrar la contratación de CENYT. Al no haberlo hecho, dicha documentación no ha podido ser examinada, lo que, junto a la falta de la declaración de Eleuterio, *chief compliance officer* de Repsol, autor del informe de 28 de diciembre de 2019, abona lo ya señalado sobre lo prematuro del sobreseimiento. 3) Indicios de responsabilidad penal de CAIXABANK S. A. El auto expresa que ha sido acreditado que la compañía contaba con un modelo de prevención penal adecuado y con controles eficaces para prevenir los delitos investigados, basándose solamente en la declaración de Geronimo, representante legal designado, y en una lista de documentos que se dicen aportados por CAIXABANK y que no constan en la causa. Ninguna referencia se recoge en el auto al contenido del modelo de prevención ni a los controles que se afirma fueron aplicados, a fin de contrastarlo con los hechos objeto de investigación. Según la norma 87, sobre modelo de gestión presupuestaria, presupuesto, compras y contratación de servicios, pago de facturas, aportada por CAIXABANK como anexo 3 del lápiz de memoria del folio 189, la mesa de compras debe ratificar, con carácter previo al encargo, los gastos a realizar en el ámbito de consultorías y servicios profesionales. Además, el comité de gastos de cada área debe aportar a la mesa de compras, entre otra documentación, la relativa a la descripción de los objetos a comprar y de los proveedores escogidos para proporcionar los servicios. Se exige también que los proveedores tengan abierto el correspondiente contrato de proveedor y que cualquier relación con proveedores venga amparada por un contrato escrito, previo informe de la asesoría jurídica en los casos en que no exista un modelo previo. La factura, a tenor de la citada norma 87, debe incluir la descripción de las operaciones y el número de aprobación de la propuesta de gasto a que se vincula. El informe de auditoría BH919, de 19 de diciembre de 2019, realizado por Javier, aportado por CAIXABANK como anexo 4 en el lápiz de memoria del folio 189, reconoce que no se llegó a celebrar contrato por escrito con CENYT. No consta, tampoco, que el gasto fuera previamente ratificado por la mesa de compras, ni que esta recibiera documentación alguna sobre el encargo. El investigado Justo justificó la forma verbal por el carácter reservado, sensible y estratégico de la información que se pretendía obtener, pero, tanto el autor del informe como el representante designado por CAIXABANK, declararon que no se había encontrado ningún documento que acreditara que los servicios jurídicos hubieran autorizado, como era preceptivo, la contratación verbal. También se incumplió la norma interna 87 citada al reflejar los conceptos de las facturas emitidas por CENYT, puesto que no describieron las operaciones realizadas, sino que se reflejaron conceptos que no respondían, ni mucho menos, a la realidad de los servicios. El informe antes mencionado lo justifica diciendo que los conceptos de las facturas fueron propuestos por el proveedor y que la

entidad no los discutió al tratarse de servicios que debían permanecer reservados, lo cual viene indiciariamente contradicho por el correo electrónico remitido el 10 de mayo de 2012 por el investigado Marino -directivo de CENYT- al investigado Justo -anexo 5 del lápiz de memoria del folio 189- preguntándole si en la factura a emitir se hacían constar los mismos conceptos que en la ocasión anterior, lo que, además, coincide con otro correo electrónico con igual fecha y contenido enviado también por Marino a Eutimio en esta ocasión, referido a una factura emitida a REPSOL -documento 26 del anexo 1 del informe elaborado por Eleuterio -, lo que es indicio de que, en realidad, los conceptos de las facturas no eran fijados por el proveedor sino por los contratantes. La documentación aportada a la causa ha puesto de relieve el alta de CENYT como proveedor de CAIXABANK se produjo al mismo tiempo en que se recibió la primera de las facturas, esto es, el día 2 de noviembre de 2011. No consta la necesaria verificación de los servicios prestados por CENYT, como presupuesto indispensable para que el área de gestión financiera -distinta del área gestora del contrato, que en este caso era la dirección corporativa de seguridad- autorizase su pago, en las tres facturas emitidas y pagadas al proveedor, pues, si bien dos de ellas aparecen visadas por el investigado Justo -al que, como responsable del área gestora de la contratación le correspondía efectivamente esta función-, en la segunda factura, 093/11, de 15 de diciembre, por importe de 88.500 €, aparece solamente la firma del investigado Secundino, Director General de Medios y superior jerárquico directo del Director de Seguridad Corporativa. El testigo Javier y el representante especialmente designado por CAIXABANK lo explicaron como un error mecánico, debido a que el sistema generó una segunda factura, pero esa factura no se ha aportado a las actuaciones. En todo caso, el área de gestión financiera autorizó un pago sin que se hubiera verificado la correcta prestación del servicio por proveedor, con flagrante omisión de la normativa interna de contratación (Norma 87.4.1.3. Comprobaciones previas al pago de facturas). La citada norma 87 no solo resulta fundamental en el ámbito de las compras, sino que, además, tiene una importancia capital dentro del propio modelo de prevención de delitos de CAIXABANK. Así, en el modelo de prevención de delitos de 29 de junio de 2011 y en el informe pericial sobre el mismo realizado por Sixto y Jose Luis de Ernst & Young (anexo 9 del lápiz de memoria del f. 189), el cumplimiento de las disposiciones de esta norma 87 es mencionado dentro de los controles y procedimientos operacionales. En concreto, en cuanto a la prevención del delito de cohecho, se contempla, entre otros controles, el respeto a los "procedimientos internos en la contratación de proveedores de bienes o servicios: niveles de autorización, aprobaciones colegiadas en Comité (Mesa de compras)". Por tanto, el incumplimiento de la norma 87 supone, al mismo tiempo, la infracción de los controles internos establecidos en la compañía para evitar la comisión del delito de cohecho. Y tal incumplimiento no fue detectado por los controles de la compañía, poniendo de relieve que, o bien no resultaban adecuados y eficaces, o bien, pese a ser detectados, se hizo caso omiso. Todo ello permite advertir indicios de la comisión de delito por parte de CAIXABANK, máxime cuando las personas a través de las cuales actuó la compañía ocupaban puestos de alta dirección, lo que, unido a lo ya señalado sobre su carácter prematuro, hace improcedente el sobreseimiento. 4) Indicios de la comisión de delito en la actuación del investigado Bernabe. En el ya citado informe de Eleuterio, de fecha 28 de diciembre de 2019 se apunta la intervención de Bernabe, como presidente de Repsol S. A., en la contratación del grupo CENYT para investigar a Virgilio y defenderse así del intento de este y PEMEX de tomar el control de la compañía. El informe recoge que, probablemente, en alguna de las habituales conversaciones que Bernabe mantenía con el presidente de CAIXABANK Benedicto, dada la confluencia de intereses, acordaron compartir los servicios de CENYT. Esta conclusión viene avalada por el documento "Charla - 2.11.11", ocupado en el domicilio del investigado Marino en Galapagar, una especie de acta de una reunión celebrada el día 2 de noviembre de 2011 en la que participaron los investigados Justo, por cuenta de CAIXABANK, y Eutimio y Aquilino, por cuenta de REPSOL, además de algún miembro de grupo CENYT - Marino o Braulio -, para tratar el encargo realizado y examinar cómo marchaba la investigación. En dicho documento se hace constar cómo Bernabe se mostraba interesado por el contenido de la investigación y que se informaba de manera directa a través del investigado Eutimio, director de seguridad de REPSOL, que trataba directamente el asunto con Braulio. Indica textualmente el meritado documento que "R -refiriéndose a Eutimio- dice que BRU - Bernabe - le ha llamado desde Cannes para preguntar si hay ya algún dato de interés a lo que le ha contestado que estaba en ello (eso al menos da a entender)" y, posteriormente, que "R comenta que esta mañana le ha llamado y en tono muy coloquial le dijo 'te hacía en ARGENTINA' a lo que BRU le ha contestado que anuló el viaje porque tenía mucho trabajo y que se acercara al despacho, que una vez allí le ha preguntado qué era lo que sabía del trabajo encomendado, a lo que R había dicho que aún no tenía nada". También recoge el documento que "ahora hay un frente común que es LOR, aunque cada uno tiene intereses contrapuestos (...), ambos BRU y FAI -refiriéndose a Benedicto- intercambian datos y han hablado de la conveniencia de ir juntos en este asunto", así como que "R insiste que cuando MA - Justo - le llama y le dice que van juntos y que BRU le confirma que ya habló con FAI en ese sentido". Por lo expuesto, y por lo ya señalado sobre lo prematuro del sobreseimiento, se estima este improcedente. 5) Indicios de la comisión de delito en la actuación del investigado Benedicto. Dichos indicios se extraen del documento antes mencionado, sobre la reunión del 2 de noviembre de 2011, donde, además, se refleja que "MA insiste en 'determinar el perímetro' porque por la tarde tenía que despachar con su 'señorito', posiblemente por referencia a FAI. Pregunta si hoy va a recibir algún



papelito a lo que se le contesta negativamente". El conocimiento y la directa participación de Benedicto en la investigación encomendada por CAIXABANK a Braulio han sido ratificados por Justo en su declaración judicial como investigado el 15 de diciembre de 2020, dado que afirmó que, tras recibir del investigado Braulio los informes elaborados, despachaba directamente estos temas con el propio Benedicto, como un punto más de las reuniones que ambos mantenían, pues así se lo había indicado su inmediato superior, el director general de medios Secundino. En consecuencia, el sobreseimiento, además de prematuro es improcedente. B. La Procuradora de los Tribunales D.^a Virginia Aragón Segura, en nombre y representación de D. Virgilio : 1) [Con carácter principal] Por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y a la igualdad ante la ley (artículo 14 CE). Infracción de los artículos 276 y 277 de la LEC y 3 y 11 del Estatuto de la Víctima. Nulidad de la resolución combatida por haber incurrido en infracción de las normas esenciales del procedimiento, causando indefensión (artículo 238.3º LOPJ en relación con el artículo 241 LOPJ). El auto recurrido afirma en su "Hecho Único" que, entre los días 27 y 28 de julio, las representaciones procesales de los investigados han aportado documentación relevante y han interesado el sobreseimiento y archivo parcial de las actuaciones. Sin embargo, en contra de las taxativas previsiones del artículo 276, en relación con el 26.2.4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en el procedimiento penal, conforme a la previsión del artículo 4 LEC), ninguna de las partes dio traslado de sus escritos y documentos a la parte recurrente y al Ministerio Público, por lo que el Letrado de la Administración de Justicia estaba obligado a inadmitir los escritos y documentos (artículo 277 LEC). Además, el órgano jurisdiccional resolvió sin más trámite, por lo que causó indefensión material a la parte recurrente, pues no pudo analizar los escritos de solicitud de sobreseimiento ni los documentos aportados, y tampoco pudo solicitar la práctica de diligencias, como la declaración del autor del informe de KPMG, aportado por REPSOL, al que no se acompañaba la documentación en que dicho informe se fundamenta. El vicio, de indudable trascendencia constitucional, es insubsanable porque altera los términos y los tiempos de debate, hurtando a la acusación recurrente la posibilidad de alegar primero y recurrir después determinados planteamientos. 2) [Con carácter subsidiario] Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE). Inobservancia de lo dispuesto en el artículo 779.1 LECrim. La instrucción no está, ni mucho menos, agotada y, con ello, la crisis procesal resulta prematura. Existe una asimetría entre el auto de prórroga de la instrucción dictado el día 13 de julio de 2021 y la resolución combatida, dictada tan solo escasos doce días hábiles después. El auto de 13 de julio justificaba que la instrucción aún no había cumplido sus fines dado el volumen de la documentación intervenida y la complejidad de su análisis y valoración, aludiendo expresamente a las agendas ocupadas en el registro del domicilio de Braulio. Dicho argumento permanece incólume en el momento de dictarse el auto recurrido, pues no se ha analizado todas las fuentes de prueba de naturaleza documental, ni se ha verificado el desglose de las agendas, acordado en el auto referido. Además, el auto de 21 de julio de 2021 postergó la posibilidad de examinar en calidad de testigo al *chief compliance officer* de REPSOL, Eleuterio (diligencia de investigación interesada por la defensa del investigado Eutimio) porque aún pendía la toma de declaración en calidad de investigada de la citada persona jurídica, declaración que ya se ha llevado a cabo, habiendo desaparecido el obstáculo para que la testifical, no reputada inútil, innecesaria o impertinente en el mencionado auto, pueda practicarse. Dicha testifical es, por otro lado, necesaria, dado que el director general y secretario del consejo de REPSOL discrepó del informe del Sr. Eleuterio. En el mismo auto de 21 de julio se rechazó examinar a D.^a Rocío, directora ejecutiva de auditoría interna de CAIXABANK, denegación que ha sido recurrida por el Ministerio Fiscal y por la parte ahora apelante, por lo que una eventual resolución favorable podía determinar la necesidad de otras diligencias. Según el auto recurrido, CAIXABANK interesó, con carácter subsidiario al sobreseimiento, que se practicara una diligencia, y parece difícil que, en menos de veinticuatro horas, se haya podido analizar debidamente la voluminosa documentación aportada por la mencionada entidad. Finalmente, resulta procedente la comparecencia del experto de KPMG que suscribe el informe pericial sobre *compliance* de REPSOL, puesto que el dictamen no es más que un medio de prueba documentado y no prueba documental. 3) [Con carácter subsidiario de los anteriores] Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE). En el plano de la legalidad ordinaria, infracción de los artículos 641 y 779.1.1ª LECrim. La duda que produce la absolución en el juicio oral debe motivar la continuación en la instrucción. Se desconoce, pues no se explica en el auto recurrido, qué ha cambiado, en realidad, desde que el Instructor decidió investigar mediante sendos autos de 14 de abril y 8 de julio de 2021. Se afirma en el auto que no puede pretenderse una responsabilidad penal puramente objetiva, por razón del cargo, pero nunca se pretendió por parte de las acusaciones. Y se da la circunstancia de que los cuatro investigados han hecho uso de su derecho a guardar silencio parcial, al negarse a contestar a la acusación recurrente, lo que debe interpretarse como inexistencia de una tesis alternativa divergente a la inculpativa. La conclusión que se obtiene tras la lectura del auto combatido es que el instructor ha prescindido de las circunstancias concretas del caso y de los múltiples elementos inculpativos contra ambos presidentes para concluir, en abstracto, una tan artificial como superficial falta de responsabilidad objetiva por razón de los respectivos organigramas que nunca constituyó el fundamento de la investigación de los presidentes. No se reprocha a los presidentes no haber ejercido un control sobre sus directores de



seguridad, sino que son objeto de investigación al existir indicios de que dieron las respectivas órdenes de contratación e hicieron un estrecho seguimiento de la delictiva investigación llevada a cabo por el titular real de CENYT, el comisario Sr. Braulio . Con respecto a Benedicto , se mantienen los indicios existentes en fecha 14 de abril de 2021, cuando se decidió llamarle a declarar como investigado. En su declaración, reconoció interés directo en el pacto SACYR-PEMEX, manifestando que le afectaba muchísimo, si bien posteriormente dijo de modo reiterado que era un tema menor, que no le preocupaba y que no lo siguió porque estaba ya dentro del ámbito del departamento de seguridad, pero eludió responder si el jefe de seguridad de CAIXABANK precisaba de su autorización para llevar a cabo la investigación o gozaba de autonomía. Un análisis de lo actuado en esta pieza revela la involucración del Sr. Benedicto en los delitos investigados. Así, el oficio de Asuntos Internos, obrante al inicio de la pieza, que incluye transcripciones de las anotaciones incautadas en las entradas y registros, con elementos que permiten afirmar el indiciario conocimiento y la cenital participación del Sr. Benedicto , como, por ejemplo, la anotación del folio 9, cuarto párrafo ("MA insiste en 'determinar el perímetro' porque por la tarde tenía que despachar con su 'señorito', posiblemente por referencia a FAI"), relativa a la primera reunión a la que asiste el Sr. Justo , a quien esa misma tarde, a su vuelta a Barcelona, esperaba el Sr. Benedicto . La declaración de Justo corrobora la anotación, pues afirmó que su superior directo, el Sr. Secundino , le indicó que despachara el tema directamente con el presidente. En este contexto, cobra singular importancia el contenido del informe de auditoría de CAIXABANK (anexo 4 del *pendrive* obrante al folio 189), que refleja ciertas manifestaciones del Sr. Secundino que no pueden sino apuntar al Sr. Benedicto . Así, aquel afirmó que el entonces jefe de seguridad, intermediario con el Comisario Sr. Braulio , "también reportaba a otras personas de la organización". Asimismo, negó tener conocimiento del informe de CENYT porque "no lo recibió". Ya en su declaración judicial, el Sr. Secundino afirmó que manifestó a la Sra. Rocío que "se referiría al presidente y debió decirlo", lo que motivó que la parte recurrente solicitase la declaración de dicha señora, para que aclarase por qué en la síntesis de la reunión que realizó para el informe de auditoría omitiese que Secundino había dicho que reportaba al presidente. La anotación del folio 12, segundo y tercer párrafo, "R2 añade que BRU no se lleva nada bien con FAI, pero que ahora hay un frente común que es LOR, (...); "(...) R dice que ambos BRU y FAI intercambian datos y han hablado de la conveniencia de ir juntos en este asunto (...)" permite concluir que fueron los presidentes de ambas corporaciones quienes ordenaron a sus inferiores jerárquicos que contrataran los servicios de un comisario de policía que -era público y notorio- se hallaba en activo. Reviste una potencial carga indiciaria de signo incriminatorio el informe del *chief compliance officer* de REPSOL, contenido en el *pen drive* obrante al folio 191, en el que se refleja que, posiblemente en alguna conversación habitual los presidentes acordaron, cada uno en su respectivo propio interés, compartir los servicios de información contratados a CENYT, puesto que ambas entidades estaban potencialmente afectadas por el pacto PEMEX-SACYR. De esta alianza, ya daban cuenta, de algún modo, los documentos titulados "Pre-Proyecto: DAM 16.9.11" y "Avance-Proyecto: DESIGN 19.9.11". Además, debe tenerse en cuenta presente que, según el organigrama, obrante en el anexo 7 del *pendrive* aportado por CAIXABANK (folio 189 de las actuaciones) Massanell dependía directamente de la presidencia. En cuanto Bernabe , los indicios se desprenden del ya citado informe del *chief compliance officer* de REPSOL, donde se hace referencia a la probabilidad del acuerdo de los dos presidentes para compartir los servicios del Sr. Braulio , pues ambas entidades estaban afectadas por el pacto SACYR-PEMEX. Ello indica que indica que los presidentes estaban al tanto y, en suma, dirigían la ilícita contratación con el comisario en activo, sin perjuicio de que los contactos con este último los tuvieran sus jefes de seguridad. Los presidentes amparaban, por tanto, el incumplimiento generalizado de las normas del buen gobierno de las sociedades cotizadas. Nótese que el investigado Sr. Marino , responsable de la facturación de CENYT, reconoció sin ambages que, tal y como ya se desprendía de los correos electrónicos obrantes en esta pieza, los mendaces conceptos le venían dados por los clientes. Y la lectura del apartado 2 de la página 20 del citado informe permite inferir que D. Justino consultó al presidente ejecutivo, del que obtuvo la autorización y, por lo tanto, la orden de la ilícita contratación con todas sus consecuencias. No podía ser de otra manera, puesto que se trataba de investigar a D. Virgilio , vicepresidente primero del consejo de administración de REPSOL, la segunda persona más importante de la compañía después del presidente. Asimismo, en el oficio de Asuntos Internos del inicio de esta pieza, y más concretamente en la transcripción de las entrevistas que reflejan las anotaciones incautadas en las entradas y registros (folios 6 a 16 de las actuaciones), existen constantes menciones (folios 9 y 12) al Sr. Bernabe indicativas de su interés en la investigación, así como a su elevado nivel de preocupación y conocimiento y control directo de los hechos. El máximo perjudicado por el acuerdo SACYR-PEMEX era D. Bernabe , quien veía peligrar su liderazgo al frente de REPSOL y convocó un comité de gestión de crisis, pues para él resultaba perentorio que se rompiera el pacto y la única forma de alcanzar dicho objetivo era conseguir la destitución de la persona que lo había liderado, es decir, el Sr. Virgilio . Estos extremos se han visto confirmados por los documentos antes mencionados, DAM y DESIGN, de fechas 16 y 19 de septiembre de 2011. El primero de ellos señala que el Sr. Bernabe , al enterarse de la alianza SACYR-PEMEX, estableció un comité de crisis y mantuvo línea directa con el Sr. Eutimio . El segundo, evidencia que la investigación del Sr. Braulio comenzó con anterioridad, probablemente en el verano de 2011. El sobreseimiento se acuerda a pesar de las contradicciones



que el instructor advirtió en la declaración del Sr. Bernabe , ya que este último sostuvo al principio que la contratación de CENYT dependió exclusivamente de la voluntad del jefe de seguridad de REPSOL, Sr. Eutimio , y que él se enteró a través del Sr. Justino , pero luego reconoció haber planteado al Sr. Benedicto que sería bueno que las compañías que ambos presidían profundizaran más en el pacto SACYR-PEMEX, y que esto había provocado una situación excepcional, lo que determinó que, en contra de lo habitual, un jefe de área informara al secretario general de REPSOL, y luego este al presidente, de la contratación de CENYT. Por mucho que se haya repetido por parte de REPSOL que los trabajos del comisario Sr. Braulio resultaban inútiles o que tan solo aportaban informaciones disponibles en fuentes abiertas, se abonaron ingentes sumas de dinero a pesar de que en REPSOL se disponían de recursos humanos materiales para llevar a cabo labores de inteligencia. En cuanto a CAIXABANK y REPSOL, el auto no explica por qué se consideran eficaces los programas de cumplimiento normativo, cuando en el presente caso no lo fueron, ni se consideró por las citadas personas jurídicas la posibilidad de adaptarlos, no habiendo tenido el instructor, ni las partes acusadoras, acceso a los documentos que dan soporte al informe de KPMG. Lo actuado en fase de instrucción evidencia que, en realidad, en 2011, los programas de cumplimiento normativo de las personas jurídicas investigadas -de existir en ese momento- no eran eficaces, sino que tendían más bien a erigirse en lo que la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 acertó a catalogar como un pretendido seguro ante la responsabilidad penal. La declaración del Sr. Amadeo , actual gerente del área de Inteligencia e Investigaciones de REPSOL, y analista de la misma área en el momento de los hechos arroja sombras sobre la situación de la cuestión en 2011, pues no recordaba haber recibido una copia del modelo de prevención. En el caso de CAIXABANK, se está a la espera de la declaración testifical de la directora de auditoría interna Sra. Rocío , dado lo abstracto de las manifestaciones del representante designado por la entidad. La norma 87 (aportada por la compañía, como anexo 3 del *pendrive* obrante al f. 189) se incumplió en la medida en que no existió contrato escrito, el gasto no fue ratificado por la mesa de compras con carácter previo a la contratación ni consta que esta dispusiera de la correspondiente documentación. Los conceptos de las facturas, además, no describían los servicios encargados y prestados, sino que fueron manipulados a instancias de la entidad investigada (según indicó el Sr. Marino y corrobora el correo electrónico de 10 de mayo de 2012 incorporado como anexo 5 al mismo *pendrive*). En cuanto a REPSOL, el informe de su *chief compliance officer* reconoce que se acudió al procedimiento excepcional de adjudicación directa debido a (supuestas) razones de confidencialidad o especialización (que no se concretan ni acreditan) sin formalizar contrato por escrito y, asimismo, el informe de auditoría, control y riesgos de revisión del cumplimiento de la normativa corporativa en la autorización de determinados pagos realizados por la dirección de seguridad corporativa de fecha 27 de diciembre de 2019 también reconoce que se incumplió el nivel de firma requerido para la aprobación de los gastos y de la adjudicación de los servicios (debió autorizarse por la dirección corporativa de gestión patrimonial, al exceder de 30.000 euros, mas se fraccionaron las facturas por un mismo servicio), denunciando, por lo demás, la falta de participación de la función de compras y contrataciones en la adjudicación de los servicios (adjudicación directa a un proveedor ni siquiera calificado en el sistema operativo). De igual manera, se orilló que la unidad de compras debía gestionar las compras que se realizasen, con independencia de su naturaleza, además de haberse manipulado los conceptos de las facturas. En consecuencia, puede afirmarse que ninguna de las dos corporaciones ha acreditado tener controles eficaces para prevenir el cohecho ni mucho menos los delitos contra la intimidad, extremo sobre el que además no se han pronunciado al haberse negado a contestar a preguntas de la acusación particular recurrente. Tampoco consta la entrega a los empleados del programa de cumplimiento normativo, ni su accesibilidad por parte de los empleados, ni a quién debían acudir en caso de duda, como tampoco si, de hecho, acudían. Y, a raíz de lo ocurrido, no se ha tomado determinación alguna (revisiones, cambios, expedientes disciplinarios) por las entidades que admiten que no revisaron sus actuaciones hasta muchos años después de producidas, a raíz de las noticias que iban apareciendo en prensa. La propia decisión de externalizar excepcionalmente el servicio, cuando ambas compañías contaban con nutridos y robustos departamentos de seguridad e inteligencia, es indicativa de que poco importaba el programa de cumplimiento. Se acudió a CENYT, liderada por un alto funcionario policial, porque llegaba donde otros (incluidas las propias compañías) no podían llegar. C. La Procuradora de los Tribunales D.^a María Rosario , en nombre y representación del partido político *PODEMOS*: 1) Nulidad de actuaciones por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y a la igualdad ante la ley del art. 14, ambos de la Constitución española. El auto apelado se dicta sin dar traslado a la acusación recurrente de las peticiones de sobreseimiento y archivo de las personas jurídicas y de sus expresidentes y de determinados medios de prueba aportados por las defensas, tanto la documental complementaria del informe elaborado por la consultora KPMG aportado por REPSOL, como por la copiosa documentación que refiere el auto haber sido aportada por CAIXABANK. Se considera quebrantado el principio de igualdad de armas de las partes, y se solicita que se declare la nulidad de actuaciones, en aplicación de los artículos 238.3º y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por quebrantamiento del art. 276, en relación con el 26.2.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En virtud del art. 277 de este texto legal, de aplicación supletoria en el proceso penal, según su art. 4, el Letrado de la Administración de Justicia, no debería haber admitido los escritos y documentos de las defensas, al no



constar el traslado de las copias correspondientes a las partes personadas, siendo insubsanable el defecto, según la jurisprudencia. 2) Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la constitución española. Infracción de los arts. 641 y 779.1.1ª de la LECrim. Los sobreseimientos acordados en el auto apelado son prematuros y vulneran los derechos de las acusaciones a acceder a las pruebas y a su valoración. El auto recurrido basa el sobreseimiento acordado respecto a REPSOL en un informe de KPMG, presentado por la compañía investigada, que analiza el sistema de medidas implantado por esta en el ámbito de la prevención de delitos corporativos, cultura ética y cumplimiento normativo, sin examinar, porque no ha sido aportada, la documentación que sustenta el mencionado informe. La investigación ha determinado las siguientes vulnerabilidades en el sistema de cumplimiento normativo, que determinan su ineficiencia: - Carencia de soporte contractual o de pedido firmado por las partes acompañado de la oferta del proveedor. - Omisión del alta preceptiva de CENYT en el sistema de proveedores. - Descripción del servicio de CENYT diferente al prestado, con fines de ocultación al resto del personal de la compañía que estaba involucrado en los procesos de compras, pagos y contabilización. - Presunto quebranto de las normas que establecen el nivel de firma para el cual estaba habilitado por delegación el director de seguridad corporativa. - Fraccionamiento del precio del servicio para salvar las resistencias del techo de gasto de la dirección de seguridad. - Omisión de la participación de la función de compras en la gestión de compras relacionada con las cuatro facturas llevadas a cabo directamente por el Sr. Eutimio. - Incumplimiento de la debida autorización de la operación por un nivel superior debido a la falta de calificación del proveedor CENYT que encuadraba el supuesto en un nivel de autorización del gasto más restrictivo (hasta 30.000 euros). - Vulneración de la norma de previa autorización del pedido antes de la fecha de emisión de la factura. Respecto de CAIXABANK, el sobreseimiento se acuerda con apoyo en numerosa documentación, a la que el auto se refiere y de la cual no se ha dado traslado a la parte recurrente. Las vulnerabilidades del sistema de cumplimiento en este caso, puestas de manifiesto por la investigación, son las siguientes: - Carencia de soporte contractual o de pedido firmado por las partes acompañado de la oferta del proveedor. - Se da de alta en el sistema a un proveedor diferente al que aparece en la factura. - Descripción del servicio de CENYT diferente al prestado, con fines de ocultación al resto del personal de la compañía que estaba involucrado en los procesos de compras, pagos y contabilización. - El Sr. Secundino visa una de las facturas porque tiene problemas en el sistema. - Se prescinde de la autorización previa de los servicios jurídicos al tratarse de un contrato verbal. - Se prescinde de la intervención de la mesa de compras. - Los pocos entregables de los que consta su entrega no están en los archivos. En cuanto a Bernabe, se sobresee sin que haya aparecido hecho alguno de descargo desde que se dictó el auto de 14 de abril de 2021, en virtud de los indicios que, de acuerdo con esta resolución, entonces existían de su posible participación en la contratación y seguimiento a CENYT. Su declaración en calidad de investigado, practicada el 29 de abril siguiente, y las de los señores Justino y Eutimio, vienen a confirmar esos indicios. Todos ellos reconocen la movilización de la compañía por el pacto SACYR-PEMEX y el Sr. Bernabe admite que propuso al Sr. Benedicto que REPSOL y CAIXABANK compartiesen los gastos de los servicios de inteligencia de una compañía especializada. Consta igualmente el obsesivo interés del Sr. Bernabe en los detalles del asunto, pues, de otro modo, no se explicaría que fuera informado de todos los contratos y actuaciones con él relacionadas. En lo que atañe a Benedicto, igualmente se decreta el sobreseimiento, pese a subsistir los indicios existentes en el mencionado auto de 14 de abril de 2021, donde se acordó llamarle a declarar en condición de investigado. Su declaración del 29 de abril lo confirma, pues reconoce que fue informado por el presidente de REPSOL y que ambos acordaron que CAIXABANK y REPSOL compartiesen los costes del encargo a CENYT y la coordinación del proyecto. Admite también que el asunto le afectaba muchísimo y que dio orden a su director de seguridad, un comisario en excedencia contratado por su prestigio profesional, para que se uniera a la operación, siguiendo sus instrucciones. A juicio de la recurrente, carece de sentido que dos comisarios en excedencia, contratados por su reputación profesional por dos de las empresas más importantes de este país, que ostentan importantes responsabilidades en sus respectivas entidades por ser personal de alta confianza, después de recibir el encargo de sus presidentes, contraten, a espaldas de estos, con una empresa de inteligencia sin habilitación y presuntamente encarguen un servicio de espionaje ilícito, sin que los más interesados, dichos presidentes, muestren interés alguno por el resultado del servicio contratado.

3.º - Conferido el preceptivo traslado legal: A. La Procuradora de los Tribunales D.ª Virginia Aragón Segura, en nombre y representación de D. Virgilio, se adhirió al recurso del Ministerio Fiscal B. El Procurador de los Tribunales D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de D. Justo, impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de la representación procesal de D. Virgilio. C. La Procuradora de los Tribunales D.ª Felisa González Ruiz, en nombre y representación de D. Bernabe, impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de las representaciones procesales de D. Virgilio y PODEMOS. D. La Procuradora de los Tribunales D.ª María Belén Montalvo Soto, en nombre y representación de REPSOL S. A., impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de las representaciones procesales de D. Virgilio y PODEMOS. E. El Procurador de los Tribunales D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de D. Benedicto, impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de las representaciones procesales de D. Virgilio y PODEMOS. F. La Procuradora de los Tribunales D.ª Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de CAIXABANK S. A., impugnó los recursos del Ministerio Fiscal

y de las representaciones procesales de D. Virgilio y PODEMOS. 4.º - Remitidos por separado a esta Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional los testimonios de particulares confeccionados para la resolución de los tres recursos de apelación, se incoaron los rollos de Sala números 427/2021, 429/2021 y 432/2021, y, mediante diligencia de ordenación de fecha 17 de noviembre de 2021, para evitar dividir la continencia de la causa, se acordó la resolución conjunta y se designó ponente, según el turno establecido, al Magistrado D. Luis Miguel. 5.º - Mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2021, el referido magistrado comunicó su abstención por lo que, mediante providencia del mismo día, se acordó suspender la tramitación hasta la resolución del incidente por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que, por acuerdo de fecha 17 de diciembre de 2021, aprobó la abstención. 6.º - El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por acuerdo de fecha 17 de diciembre de 2021, aprobó la abstención y, mediante providencia de fecha 27 de diciembre de 2021, se acordó designación de nuevo ponente, conforme a las normas de reparto. Es ponente el Magistrado **Carlos Fraile Coloma**, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Sobreseimiento respecto de Bernabe. El Ministerio Fiscal y las representaciones procesales de Virgilio y del partido político PODEMOS impugnan el auto de fecha 29 de julio de 2021, dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 6, en el que se acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de Bernabe, así como de Benedicto, con arreglo a lo dispuesto en el art. 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y respecto de CAIXABANK S. A. y REPSOL S. A., al amparo del art. 641.1 de la LECrim., en relación con el art. 31 bis del Código Penal. Abordamos, en este primer ordinal, las impugnaciones referidas a la decisión de sobreseimiento adoptada respecto del Sr. Bernabe, dejando para los fundamentos sucesivos las que atañen al Sr. Benedicto y a las personas jurídicas CAIXABANK S. A. y REPSOL S. A. Al igual que ocurre respecto a las otras tres decisiones de sobreseer adoptadas en el auto recurrido, las impugnaciones presentadas contra la que ahora nos ocupa, en primer lugar, atacan la procedencia de adoptar el sobreseimiento por razones de orden procesal, basadas en obstáculos derivados de la forma de presentación de la previa solicitud, o en la oportunidad de la adopción de la decisión jurisdiccional o en sus consecuencias para los derechos de la persona investigada, o alegan falta de motivación suficiente de la resolución impugnada. En segundo lugar, las partes apelantes impugnan el sobreseimiento por motivos de fondo y enumeran los indicios que, a su juicio, la instrucción ha puesto de manifiesto, de la existencia de responsabilidad criminal en la conducta del investigado. Los motivos de impugnación del primer grupo son: el incumplimiento por la representación procesal del investigado, al presentar la solicitud de sobreseimiento, de lo dispuesto en el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la obligación de dar traslado a las demás partes de copia de los escritos y documentos, y por el Letrado de la Administración de Justicia, de la obligación, recogida en el art. 277 del mismo cuerpo legal, de no admitir la presentación de dichos escritos y documentos; la omisión por el Juzgado de un previo traslado a las partes acusadoras recurrentes, para alegaciones, antes de adoptar las decisiones de sobreseer; la existencia de diligencias de instrucción pendientes de acordar o practicar; la afectación del derecho de defensa del investigado al que el sobreseimiento atañe, como consecuencia de la pérdida de los derechos que le otorga tal condición, mientras se practican otras diligencias de instrucción, con la posibilidad de que posteriormente el sobreseimiento resulte revocado, y la falta de motivación del auto recurrido. El primero de los motivos es alegado por las representaciones del Sr. Virgilio y del partido político PODEMOS. Se afirma por los apelantes que la omisión de traslado previo, por los procuradores de los investigados, a los de las partes ahora recurrentes, de los escritos de solicitud de sobreseimiento y de los documentos que los acompañaban, exigido por el art. 276 de la LEC, y la no aplicación de la consecuencia prevista por el art. 277 del mismo cuerpo legal, preceptos que rigen en proceso penal, dado el carácter supletorio que, según su art. 4, dicha ley procesal civil tiene, respecto de las que regulan el proceso en los demás órdenes jurisdiccionales, constituyen una infracción de las normas esenciales del procedimiento, que les causa indefensión, y una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, reconocidos, respectivamente en los arts. 24.1 y 14 de la Constitución, que debe conducir, conforme a lo dispuesto en el art. 238.3º, en relación con el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la declaración de nulidad del auto recurrido. La representación procesal del Sr. Virgilio añade también que, por la misma razón, resultan infringidos los arts. 3 y 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima. En el caso del sobreseimiento del que ahora nos ocupamos, la alegación impugnatoria carece de recorrido. Como pone de manifiesto en su escrito de impugnación de los recursos de apelación la representación procesal del Sr. Bernabe, dicha parte dio traslado a los procuradores de las demás, incluyendo a las del Sr. Virgilio y PODEMOS, del escrito de solicitud de sobreseimiento y del único documento que con él aportaba. Obra en las actuaciones (acontecimiento 1052) el resguardo del sistema Lexnet, correspondiente al mensaje remitido por la procuradora del Sr. Bernabe a los procuradores de las demás partes, incluyendo a los del Sr. Virgilio y de PODEMOS, donde constan las referencias del escrito de solicitud y del acta notarial que se aportó



como prueba documental. Por lo tanto, el motivo se desestima. El segundo motivo de ese primer grupo se formula por la ausencia de un traslado para alegaciones a las partes, previo a la resolución sobre los sobreseimientos. Para las representaciones de PODEMOS y del Sr. Virgilio, esta omisión del Juzgado es causa de nulidad, conforme a los mismos preceptos citados en el apartado anterior. El Ministerio Fiscal aduce que, si bien no hay norma procesal que imponga la audiencia previa a las partes, su omisión quiebra el proceder habitual seguido por los Juzgados Centrales de Instrucción y también hasta la fecha en esta causa, resultando difícilmente comprensible en este caso pues el Ministerio Público desarrolló una investigación previa y viene impulsando sistemáticamente la investigación. De lo argumentado por el Ministerio Fiscal, se desprende claramente la improcedencia de la estimación del motivo. En efecto, no hay en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ninguna disposición que imponga al juez de instrucción la obligación de dar audiencia a las partes antes de acordar el sobreseimiento. Lo mismo ocurre con la mayoría de las decisiones que se adoptan en la fase de instrucción, con excepciones que, en general, vienen impuestas por el derecho de defensa y demás garantías de los investigados, sobre todo en materia de medidas cautelares. Esa omisión normativa no es sino una consecuencia natural de los principios de oficialidad e impulso de oficio y de celeridad que, sin dejar de ejercer su influencia a lo largo de todo el proceso, priman singularmente en dicha fase. Ello no es óbice para que se mantenga, con las modulaciones que impone la específica naturaleza de la fase de instrucción, la vigencia del principio de contradicción, que, en este supuesto, es indudable que -con las matizaciones que haremos posteriormente- se ha respetado para las partes acusadoras recurrentes, dado que, a través de los recursos correspondientes, han tenido oportunidad de expresar su criterio al instructor -si bien no han considerado oportuno acudir al recurso de reforma- y lo hacen ahora al formular el recurso de apelación. El tercer argumento de impugnación es la existencia de diligencias de instrucción pendientes de acordar o practicar. Aluden, en este apartado, el Ministerio Fiscal y la representación procesal del Sr. Virgilio a la denegación por auto de fecha 21 de julio de 2020 de las declaraciones de los jefes de cumplimiento normativo de REPSOL y CAIXABANK. Esta última parte recurrente y la representación de PODEMOS señalan que es necesario que preste declaración el autor del informe de KPMG, sobre cumplimiento normativo de REPSOL, aportado por esta compañía, puesto que se trata de una prueba documentada y no documental. Tampoco puede acogerse esta alegación. Mucho menos respecto del sobreseimiento sobre el que nos estamos en este momento pronunciando, dado que todas esas diligencias, de resultar necesarias, lo serían a los efectos de valorar los indicios de responsabilidad criminal en las personas jurídicas, pero son intrascendentes para establecer la del Sr. Bernabe. La cuarta de las alegaciones de impugnación comunes a todos los sobreseimientos la efectúa el Ministerio Fiscal. Entiende que el derecho de defensa de los investigados, respecto de los cuales se acuerda el sobreseimiento, puede resultar afectado, pues hay otros investigados respecto de los cuales no se sobresee, con lo que el procedimiento continúa y se llevan a cabo otras diligencias, sin la intervención de los que, por causa de los sobreseimientos, han dejado de ser investigados y que podrían verse perjudicados por dichas diligencias, si los sobreseimientos fuesen luego revocados. Plantea el Ministerio Fiscal un hipotético quebranto del derecho de defensa, en caso de que una ulterior revocación del sobreseimiento que, en modo alguno, puede impedir la decisión de sobreseer, la cual, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 779.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el ámbito del procedimiento abreviado, deberá adoptarse sin demora, una vez practicadas las diligencias pertinentes, si concurren los presupuestos de los en relación con los arts. 637 y 641 del mismo cuerpo legal. En todo caso, si se produjese la revocación, siempre sería eludible el eventual perjuicio, mediante la reproducción de la diligencia a la que no pudo concurrir el afectado, o la práctica, a instancia de este, de otras que resulten pertinentes, con la finalidad de contradecir los resultados de la realizada sin su concurrencia. Finalmente, alega la representación del Sr. Virgilio un quinto argumento común a todos los sobreseimientos: su falta de motivación, al considerar que el auto recurrido no explica las circunstancias que han cambiado desde que se decidió otorgar la condición de investigadas a las personas respecto de las cuales se acuerda el sobreseimiento, ni tampoco en los pocos días transcurridos desde que se prorrogó la instrucción. La Sala no puede compartir la valoración del recurrente. Tras la resolución que decidió llamarlo a declarar en calidad de investigado, se han practicado diligencias a las que el auto recurrido alude, argumentando sobre su insuficiencia, a juicio del instructor, para confirmar los indicios que llevaron a aquel llamamiento para prestar declaración. Lo mismo puede afirmarse sobre el auto de prórroga de la instrucción, dado que también se razona sobre la falta de virtualidad de las diligencias que, para el instructor, tienen las diligencias pendientes de practicar, con vistas a orientar una modificación de las conclusiones que determinan el sobreseimiento. Podrán no aceptarse estas conclusiones por la representación del recurrente, pero esto no implica que dicha parte no conozca las razones del sobreseimiento y que no tenga la posibilidad de contradecirlas por medio de los correspondientes recursos, como, de hecho, hace al formular el de apelación del que ahora nos ocupamos, lo que nos lleva a desestimar el motivo. Pasamos a examinar, finalmente, los motivos de oposición planteados por los recurrentes al sobreseimiento acordado respecto del Sr. Bernabe, por causa de los indicios de responsabilidad penal que aquellos aprecian en su conducta. Es preciso recordar previamente que la presente pieza separada se incoa a raíz del hallazgo en el registro de los domicilios de los investigados Braulio y Marino de documentación relativa al denominado proyecto "Wine", supuestamente



encargado en 2011 a CENYT, grupo empresarial del Sr. Braulio , quien en esas fechas era comisario en activo del Cuerpo Nacional de Policía, por Eutimio , director de seguridad corporativa de REPSOL S. A., y el subdirector de servicios de apoyo de la dirección de la misma compañía Aquilino , con la posterior adhesión del director del área de seguridad de CAIXABANK S. A. Justo , con objeto de que se investigase el pacto, alcanzado por SACYR VALLEHERMOSO S. A. y PEMEX (Petróleos Mexicanos), de sindicación de sus acciones de REPSOL S. A., que implicaba el control de un elevado porcentaje del capital social de esta última compañía. El auto recurrido acuerda el sobreseimiento respecto del Sr. Bernabe , presidente de REPSOL cuando acaecieron los hechos, al considerar que, más allá de alguna de las declaraciones realizadas durante la instrucción, no consta ningún documento o grabación que acredite, ni siquiera indiciariamente, que aquel tuviese participación en la contratación de CENYT, que fue realizada por el Sr. Eutimio y el Sr. Aquilino dentro del ámbito de sus funciones, no desprendiéndose tampoco de la documentación aportada por la compañía que el Sr. Bernabe tuviese obligación de supervisar o controlar la actuación del Sr. Eutimio , para lo cual existían órganos competentes. La argumentación del instructor, al poner de relieve la ausencia de documentos o grabaciones, parece sustentar el sobreseimiento en la carencia de pruebas directas. Pero no es la existencia de pruebas, y mucho menos de las de naturaleza directa, lo que determina el mantenimiento de una persona como investigada, son los indicios de la participación de dicha persona en la comisión de una infracción penal. La instrucción hasta ahora realizada en la presente pieza separada revela la existencia de indicios -que, en general, ninguna de las partes discute- de conductas delictivas calificables como delitos de cohecho y descubrimiento y revelación de secretos. De lo actuado se desprende indiciariamente que, en virtud del encargo, antes citado, realizado en 2011 por REPSOL, al que se adhirió posteriormente CAIXABANK, al grupo CENYT, liderado por el Sr. Braulio , comisario del Cuerpo Nacional de Policía, se realizaron por dicho grupo, a cambio de un precio, que fue abonado por las empresas comitentes, determinadas investigaciones sobre el ahora recurrente Sr. Virgilio , su esposa y personas vinculadas a SACYR, alguna de las cuales lo había sido con anterioridad a REPSOL, que incluyeron el acceso a datos sobre el tráfico de llamadas telefónicas y otras comunicaciones. Efectivamente, no hay ningún documento, escrito, sonoro o de imagen, que acredite directamente que el Sr. Bernabe , entonces presidente de REPSOL, efectuase u ordenase a otros efectuar el encargo al grupo empresarial del Sr. Braulio . Tampoco hay ninguno donde conste que el Sr. Bernabe supiese, cuando se realizó el encargo, que el Sr. Braulio era comisario en activo del Cuerpo Nacional de Policía, ni que fuese informado de esa circunstancia en un momento posterior. Y parece fuera de toda duda que, en el entramado organizativo de REPSOL, había áreas o departamentos de niveles inferiores a la presidencia y al órgano colegiado de administración, con poderes para llevar a cabo, de manera autónoma, la contratación de CENYT y abonar el precio de los servicios. Sin embargo, hay indicios de los que puede desprenderse -lo afirmamos con el carácter provisional que corresponde a esta fase procesal- que la iniciativa de llevar a cabo dicha contratación, así como de otras dirigidas a reaccionar contra el pacto SACYR-PEMEX, partió del Sr. Bernabe y que este fue informado con detalle de los resultados de las gestiones del grupo CENYT, alguno de los cuales conllevaba información difícilmente obtenible de no haber mediado la intervención de funcionarios públicos. Así, el Sr. Bernabe ha reconocido en su declaración como investigado la preocupación que le generó el pacto SACYR-PEMEX, al considerarlo altamente perjudicial para REPSOL, por implicar el acceso de la compañía mexicana a los derechos de una significativa parte del capital social de REPSOL, sin necesidad de acudir a una oferta pública de adquisición de acciones, impuesta por la normativa aplicable a las sociedades cotizadas, para operaciones que implican el control de determinados porcentajes de participación. La operación, por otro lado, según el Sr. Bernabe , conllevaba el acceso de PEMEX, potencial competidor de REPSOL, a tecnología de esta última, con valor estratégico. En la declaración, admite también que el equipo directivo de REPSOL acordó adoptar todas las medidas posibles para evitar que el pacto SACYR-PEMEX prosperase y que, entre otras, también estaba la de llevar a cabo acciones en el área de inteligencia corporativa. Una de estas acciones fue la contratación de CENYT por el director de seguridad corporativa de REPSOL S. A., Eutimio , comisario en excedencia del Cuerpo Nacional de Policía. El Sr. Bernabe viene a reconocer que sabía que tal contratación se había producido, al señalar que, al finalizar un consejo de administración de REPSOL, habló de ello con el Sr. Benedicto , miembro de dicho consejo en representación de CAIXABANK, accionista de REPSOL, y ambos coincidieron en la conveniencia de que ambas compañías colaborasen en la iniciativa. No admite el Sr. Bernabe que conociese que el Sr. Braulio fuese miembro del Cuerpo Nacional de Policía en activo, pero sí reconoce que estaba al tanto de la contratación de un servicio externo de seguridad. A pesar de que el Sr. Eutimio dice, al declarar como investigado, que él tenía capacidad en REPSOL para contratar de manera autónoma, dentro de la disponibilidad presupuestaria del departamento de seguridad que dirigía, y señala que la orden de investigar le vino dada por su superior jerárquico, el investigado Sr. Justino , secretario general de REPSOL y de su consejo de administración, a quien informaba de los avances de la investigación realizada por CENYT. Este último niega haber transmitido tal orden, pero sí admite que fue informado de la contratación y de sus resultados, admitiendo incluso la posibilidad de haber hablado de ellos con el Sr. Bernabe , si bien sostiene que ninguno de ellos fue relevante. No obstante, la declaración del Sr. Eutimio viene a confirmar los indicios, ya presentes en la declaración del Sr. Bernabe , como consecuencia del elevado riesgo que, para REPSOL, este detectó en el pacto SACYR-PEMEX, de



que la orden de investigar partió de la dirección y que esta estaba altamente interesada en recibir información de los resultados obtenidos por la empresa contratada. La recepción por el Sr. Bernabe de información directa sobre las gestiones de CENYT, proporcionada por el Sr. Eutimio, se desprende indiciariamente, asimismo, del documento denominado "Charla - 2.1.11", ocupado en el domicilio de Marino. Por lo tanto, hay indicios de que la orden de investigar pudo partir de la presidencia de REPSOL y de que el presidente pudo ser informado de sus resultados. También los hay de que la investigación pudo conllevar el acceso a ficheros informáticos con datos reservados sobre llamadas telefónicas y otras comunicaciones de diversas personas relacionadas con SACYR, pues estos datos fueron encontrados en las diligencias de entrada y registro practicadas en los domicilios de los investigados Sres. Braulio y Marino. Esto último es, a su vez, indicativo de la posible intervención en la obtención de esos datos de un funcionario público, lo que constituye un indicio del conocimiento por quienes contratan los servicios, los abonan, ordenan contratarlos o abonarlos, y reciben información de sus resultados, de la condición de funcionarios de los prestadores. Por todo lo expuesto, procede estimar los recursos de apelación y revocar el sobreseimiento acordado respecto del Sr. Bernabe.

SEGUNDO. - Sobreseimiento respecto de Benedicto. Este sobreseimiento se apoya en el auto recurrido, al igual que ocurre con el que atañe al presidente de REPSOL, en la consideración de que no consta ningún documento o grabación que aporte indicios de que el Sr. Benedicto, presidente de CAIXABANK en las fechas de los hechos, participase en la contratación de CENYT, que, después de una conversación entre los Sres. Bernabe y Benedicto, fue llevada a cabo, en lo que a CAIXABANK respecta, por el Sr. Justo, director del área de seguridad, dentro del ámbito de sus funciones, no constando tampoco que el Sr. Benedicto, después de la conversación citada, realizase un especial seguimiento de la contratación, ni que tuviese obligación de supervisarla o controlarla, pues en CAIXABANK existían órganos competentes para ello. Antes de entrar en estos argumentos de fondo, procede examinar brevemente los motivos de impugnación que las tres partes recurrentes extienden a los cuatro sobreseimientos. Son los siguientes: el incumplimiento por la representación procesal del investigado, al presentar la solicitud de sobreseimiento, de lo dispuesto en el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la obligación de dar traslado a las demás partes de copia de los escritos y documentos, y por el Letrado de la Administración de Justicia, de la aplicación, de la consecuencia prevista en el art. 277 del mismo cuerpo legal, de no admitir la presentación de dichos escritos y documentos; la omisión por el Juzgado de un previo traslado a las partes acusadoras recurrentes, para alegaciones, antes de adoptar las decisiones de sobreseer; la existencia de diligencias de instrucción pendientes de acordar o practicar; la afectación del derecho de defensa del investigado al que el sobreseimiento atañe, por la pérdida de los derechos que le otorga tal condición, mientras se practican otras diligencias de instrucción, con la posibilidad de que posteriormente el sobreseimiento resulte revocado, y la falta de motivación del auto recurrido. Como ya se dijo en el fundamento jurídico anterior, el primer motivo es alegado por las representaciones del Sr. Virgilio y del partido político PODEMOS. Señalan estos apelantes que la omisión de traslado previo, por los procuradores de los investigados, a los de las partes ahora recurrentes, de los escritos de solicitud de sobreseimiento y de los documentos que los acompañaban, exigido por el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la no aplicación de la consecuencia prevista por el art. 277 del mismo cuerpo legal - preceptos que rigen en proceso penal, dado el carácter supletorio que, según su art. 4, dicha ley procesal civil tiene, respecto de las que regulan el proceso en los demás órdenes jurisdiccionales - constituyen una infracción de las normas esenciales del procedimiento, que les causa indefensión, y una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, reconocidos, respectivamente en los arts. 24.1 y 14 de la Constitución, que debe conducir, conforme a lo dispuesto en el art. 238.3º, en relación con el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la declaración de nulidad del auto recurrido. La representación procesal del Sr. Virgilio añade también que, por la misma razón, resultan infringidos los arts. 3 y 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima. La omisión por el procurador del Sr. Benedicto, del traslado de copias de la solicitud de sobreseimiento, que efectivamente se ha producido en este caso, y la admisión a trámite de dicha solicitud, si bien constituyen un incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 276 y 277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden conllevar en el proceso penal, de manera genérica, y menos en el caso que ahora nos ocupa, ya que se trata de un sobreseimiento, la declaración de nulidad de actuaciones interesada por los dos recurrentes. El art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los actos procesales serán nulos de pleno derecho, entre otros casos, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Y el art. 240, apartados 1 y 2, del mismo cuerpo legal, dispone que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, y que, sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. A tenor de dichas disposiciones, la jurisprudencia viene



exigiendo, para la procedencia de una declaración de nulidad basada en la infracción de normas procesales, que se acredite un resultado de indefensión material, con menoscabo real de las facultades de alegar, probar y sostener pretensiones en igualdad de condiciones con las demás partes, que tales normas otorgan. Así, la STS 598/2021, de 7 de julio, se expresa en los siguientes términos: *«La mera infracción de normas o principios procesales no determina nunca la nulidad del acto judicial irregular, sino que, además, es necesario que como consecuencia de dicha infracción se haya producido a la parte una efectiva situación de indefensión, situación que en cuanto obstativa al valor del acto judicial de que se trate debería ser alegada y probada por la parte afectada. Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha afirmado que la indefensión relevante a los efectos del artículo 24 de la Constitución no coincide con el concepto de indefensión jurídico procesal. Para ello se requiere un perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. En este sentido se ha dicho que no basta con la simple indefensión formal, sino que es preciso que la deficiencia procesal provoque indefensión material, esto es, que se produzca o se haya podido razonablemente causar un perjuicio al afectado con limitación de sus facultades de alegación y prueba»*. En la misma línea, el ATS 479/2021, de 3 de junio, señala: *«Como recuerdan las SSTC 25/11 de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo : la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; sin menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Del mismo modo "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STS 631/2017, de 21 de septiembre)»*. En el presente caso, no procede declarar la nulidad pretendida, porque la admisión de la solicitud de sobreseimiento, pese a la previa omisión por el procurador de la parte solicitante, de dar traslado a las demás de las copias, no ha generado una efectiva indefensión material a las partes recurrentes. Es preciso insistir en lo ya afirmado en el fundamento jurídico anterior sobre los principios de oficialidad de la acción penal, celeridad e impulso de oficio que rigen en el ámbito procesal en que nos encontramos. Dentro del procedimiento abreviado, estos principios imponen al órgano jurisdiccional (art. 779.1) adoptar sin demora, entre otras decisiones, el sobreseimiento que corresponda si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal; que no aparece suficientemente justificada su perpetración, o que, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido. Estas decisiones no están condicionadas a la previa petición de parte, por lo que, evidentemente, su adopción sin esa petición no constituye una infracción procesal. Como el sobreseimiento puede acordarse de oficio, sin una solicitud precedente, tampoco cabe estimar que se genere indefensión a ninguna de las partes cuando esa misma decisión se produce previa petición de una parte, efectuada en un escrito que, con incumplimiento de una norma procesal, fue admitido a trámite sin previo traslado a las demás partes. A lo anterior podemos añadir que los recurrentes han tenido conocimiento en un momento posterior de esas solicitudes y posibilidad de contrarrestar sus argumentos, al igual que los del auto de sobreseimiento, mediante la impugnación de esta resolución, bien mediante un recurso de reforma, que no han considerado oportuno plantear, bien a través del de apelación que ahora nos ocupa. No podemos aceptar, por otro lado, que, por la omisión del procurador de dar traslado de la solicitud y por la no aplicación de la consecuencia de la inadmisión de aquella, resulten infringidos los arts. 3 y 11 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima. Estos preceptos consagran, entre otros, el derecho de las víctimas a la participación activa en el proceso penal, a ejercer la acción penal y a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación con objeto de aportar las pruebas y la información que estimen relevantes para el esclarecimiento de los hechos. Resulta incuestionable que todos esos derechos y garantías han sido suficientemente preservados en este proceso penal para los recurrentes, ya que están personados como partes acusadoras y no consta que hayan visto restringidas ninguna de las facultades inherentes a dicha condición. El resto de los motivos comunes (omisión de traslado a las partes acusadoras recurrentes, previo al sobreseimiento, para alegaciones; existencia de diligencias de instrucción pendientes de acordar o practicar; afectación del derecho de defensa del investigado mientras se practican otras diligencias de instrucción y falta de motivación del auto recurrido) debe ser igualmente desestimado, por las mismas razones ya expresadas en el fundamento jurídico precedente. En cuanto a la oposición al sobreseimiento por motivos de fondo, planteada por las partes apelantes, es preciso insistir en lo ya afirmado en el fundamento jurídico anterior sobre el plano puramente indiciario que debe sustentar las resoluciones de continuación y crisis anticipada del proceso. En ambas permanece incólume la presunción constitucional de inocencia. Lo que debe tenerse en cuenta no son pruebas, sino indicios, de la posible participación del interesado en la comisión de un ilícito penal. Ya hemos expresado que, en la presente pieza separada, se han descubierto indicios de conductas delictivas, susceptibles de calificación como delitos de cohecho y de descubrimiento y revelación de secretos, como consecuencia del encargo, realizado por empleados de REPSOL y CAIXABANK, tras un pacto de las compañías SACYR y PEMEX que podía tener una importante repercusión en el accionariado de REPSOL, a CENYT, grupo



empresarial del Sr. Braulio , comisario del Cuerpo Nacional de Policía en servicio activo, que pudo conllevar la realización por este grupo, a cambio de un precio abonado por REPSOL y CAIXABANK, de investigaciones sobre el hoy recurrente Sr. Virgilio , su esposa y personas vinculadas a SACYR, alguna de las cuales lo había sido con anterioridad a REPSOL, en el curso de las cuales pudo haberse accedido a datos sobre el tráfico de llamadas telefónicas y otras comunicaciones de esas personas. Como ocurre en el caso del Sr. Bernabe , no existen documentos escritos, sonoros o de imagen, que acrediten que el Sr. Benedicto , entonces presidente de CAIXABANK, efectuase u ordenase a otros efectuar el encargo a CENYT, o que supiese, antes del encargo, mientras se prestaron los servicios o fueron abonados, que el Sr. Braulio era comisario de policía en activo. No hay duda de que en esas fechas había personas y departamentos en CAIXABANK con competencia para contratar de modo autónomo ese tipo de servicios y también para el abono del precio correspondiente, sin que el Sr. Benedicto tuviese específicas obligaciones de control, más allá de las generales de la presidencia, no ejecutiva, que ostentaba. A pesar de todo ello, las diligencias previas ponen de manifiesto indicios que, a juicio de la Sala, obligan a continuar el procedimiento respecto del Sr. Benedicto e impiden una decisión como la adoptada por la resolución impugnada. El Sr. Benedicto ha reconocido en sus declaraciones el impacto que el acuerdo SACYR-PEMEX podía tener para CAIXABANK, en cuanto accionista de REPSOL, al afectar al poderse producir cambios en la composición de las mayorías de capital con acceso al control de esta última compañía. Buena prueba de ese interés es que el Sr. Benedicto admite que estuvo de acuerdo, al hablar con el Sr. Bernabe de este asunto, en que los departamentos de seguridad de sus respectivas compañías colaborasen en el asunto SACYR-PEMEX y que sus respectivos responsables se reuniesen para tratar con el grupo CENYT, con el que ya había contactado el director de seguridad de REPSOL. También ha reconocido el Sr. Benedicto , que transmitió la noticia de la contratación por REPSOL del grupo CENYT a Justo el director del área de seguridad de CAIXABANK, encomendándole que se reuniera con su homólogo en REPSOL para abordar el asunto. Finalmente, ha admitido que recibió información, directamente del Sr. Justo , sobre los resultados de las gestiones de CENYT. Las declaraciones del Sr. Justo confirman los extremos anteriores. Manifiesta este investigado que se enteró de la contratación por REPSOL del grupo CENYT a través de Secundino , director general de medios de CAIXABANK, quien le transmitió la orden de colaborar con su homólogo de REPSOL, y que, seguidamente, se unió a este en las reuniones mantenidas con el Sr. Braulio relacionadas con el encargo de realizar investigaciones relacionadas con el pacto SACYR-PEMEX y con la información de sus resultados, de lo cual daba cuenta al Sr. Benedicto en persona. Todo ello es corroborado por el Sr. Secundino en sus declaraciones, si bien son escasos sus recuerdos en cuanto a los detalles. Y, de la recepción por el Sr. Benedicto de información directa, proporcionada por Justo sobre el resultado de las gestiones del grupo CENYT hay también indicios en el documento denominado "Charla - 2.1.11", ocupado en el domicilio de Marino , ya mencionado en el fundamento jurídico primero. A los anteriores, debemos añadir los indicios relativos a que la investigación pudo conllevar el acceso a ficheros informáticos con datos reservados sobre llamadas telefónicas y otras comunicaciones de diversas personas relacionadas con SACYR, pues estos datos fueron encontrados en las diligencias de entrada y registro practicadas en los domicilios de los investigados Sres. Braulio y Marino . Ello indica la posible intervención de un funcionario público, lo que constituye un indicio del conocimiento por quienes contratan los servicios, los abonan, ordenan contratarlos o abonarlos, y por quienes son informados de los resultados, de la condición de funcionarios de los prestadores, lo que nos lleva a estimar los recursos y revocar el sobreseimiento acordado respecto del Sr. Benedicto .

TERCERO. - Sobreseimiento respecto de REPSOL S. A. El auto recurrido acuerda el sobreseimiento de las actuaciones respecto de esta persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31 bis del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente, al considerar que no ha resultado debidamente justificada la existencia de un incumplimiento grave por parte de la entidad de los deberes de control, vigilancia o supervisión de la actuación de sus empleados, y al haberse constatado la adopción y ejecución, antes de la comisión de los hechos presuntamente delictivos objeto de la presente causa, de un modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo. Según se expresa en el auto apelado, la referida conclusión se extrae en primer lugar, de la declaración prestada por la representante especialmente designada por la compañía investigada, según la cual, REPSOL tenía implantado desde 2005 un programa de cumplimiento normativo, con reglas anticorrupción y controles para evitar la contratación de un funcionario público, y que en la contratación de CENYT no se incumplió la normativa interna de la sociedad, dado que fue llevada a cabo por el jefe del área competente Sr. Eutimio , dejando constancia de ella en los archivos de la organización; y, en segundo lugar, del informe de la consultora KPMG sobre cumplimiento normativo de REPSOL, aportado por la representación procesal de esta última, que, sin embargo, no va acompañado de la documentación examinada para su elaboración. Como ocurre en los sobreseimientos acordados en el auto recurrido respecto de los Sres. Bernabe y Benedicto , los motivos de las impugnaciones formuladas contra los relativos a las personas jurídicas se dividen en dos grupos: uno, integrado motivos comunes, fundamentalmente de orden procesal, y otro, por motivos de fondo específicos de la persona a la que se refiere el sobreseimiento. A los motivos del primer grupo



ya se ha dado respuesta en los fundamentos jurídicos precedentes. Lo argumentado entonces lo damos por reproducido, con la particularidad, que también acontecía en el supuesto del Sr. Bernabe , de que la representación de REPSOL sí dio traslado a las demás partes del escrito de solicitud de sobreseimiento. La extensión de la motivación precedente al sobreseimiento de REPSOL tiene como excepción lo referido a los aspectos relativos a las diligencias que, según los apelantes, han sido omitidas, denegadas o solicitadas sin dar lugar a un pronunciamiento expreso, cuya práctica los recurrentes consideran necesaria, haciendo su ausencia improcedente la conclusión de la instrucción respecto de las personas a las que el sobreseimiento atañe. Estas alegaciones, por las razones que se dirán, han de ser objeto de respuesta específica en esta resolución. Los apelantes se oponen al sobreseimiento, por considerar que no se han practicado todas las diligencias requeridas para esclarecer de manera suficiente la responsabilidad criminal de REPSOL. Aluden concretamente a la declaración del responsable de cumplimiento normativo de dicha compañía Eleuterio , autor de un informe sobre la materia incorporado a las actuaciones. Los recurrentes estiman necesaria dicha declaración para valorar la eficacia de los controles y su grado de aplicación en el supuesto concreto. Señalan que la decisión sobre dicha diligencia, propuesta por la defensa de uno de los investigados y a la que el Ministerio Fiscal no formuló oposición, fue pospuesta por el Juzgado Central de Instrucción a la espera de la declaración del representante especialmente designado por REPSOL, diligencia esta última que ya se ha producido, sin que, por el contrario, se haya resuelto sobre la relativa al Sr. Eleuterio . También aluden los recurrentes a la necesidad de la declaración del autor del informe de cumplimiento normativo de la consultora KPMG, aportado por REPSOL, así como de la incorporación al procedimiento de la documentación que sustenta el informe. Además, la oposición de los recurrentes al sobreseimiento se articula por motivos de fondo, al estimar que, en relación con la contratación del grupo CENYT, efectuada por REPSOL, se dan los siguientes indicios de que no se aplicaron debidamente los controles del plan de prevención de delitos que esta última compañía había establecido en el año 2011: - La contratación de los años 2011 y 2012 constituyó una única operación, se fraccionó en tres encargos, ninguno superior a 100.000 €, lo que permitió que fuera aprobada por el investigado Sr. Eutimio sin intervención de otros niveles superiores - No figurando CENYT como proveedor autorizado, se omitió la preceptiva intervención de la unidad de compras para la realización del cuestionario de calificación. - Los servicios fueron prestados por CENYT DATA, pero en la nota de servicio se identifica a CENYT como proveedor y se abonan a CENYT las facturas. - No se celebró contrato ni se hizo pedido, firmado por las partes, acompañado de la oferta del proveedor con las condiciones del servicio. - La aprobación del pedido se hizo con posterioridad a la emisión de cada una de las facturas. - La descripción de los servicios en las facturas no corresponde a los realmente prestados. - La factura de 15 de diciembre de 2011 fue firmada por el investigado Sr. Eutimio , pero no consta su visto bueno en las de 2 de noviembre de 2011 y 16 de mayo de 2012. - En la contratación de 2014, no se tramitó la hoja de pedido previa a la adjudicación del encargo. Para la resolución de las cuestiones planteadas, hemos de recordar que, como acertadamente se pone de manifiesto en el auto recurrido, con cita de jurisprudencia que no es preciso reproducir ahora y a la que nos remitimos, la comisión de un delito de los expresamente previstos en el Código Penal como imputables a las personas jurídicas, en nombre o por cuenta de estas y en su beneficio directo o indirecto, por parte de alguna de las personas físicas señaladas en el art. 31 bis de dicho texto punitivo (representantes legales, personas autorizadas para tomar decisiones o con facultades de decisión y control, por un lado, y sometidas a la autoridad de los anteriores, por otro), es simplemente un presupuesto de la exigencia de responsabilidad penal a dichas personas jurídicas, siendo el fundamento de tal exigencia el incumplimiento por parte de estas de la obligación de adoptar, antes del delito cometido por las personas físicas, medidas idóneas de prevención, vigilancia y control de delitos de la misma naturaleza de aquel o que reduzcan de forma significativa el riesgo de su comisión. En el presente caso, ya hemos reflejado en los fundamentos jurídicos anteriores, los indicios existentes de la comisión por parte de al menos una persona con la más alta responsabilidad en REPSOL de hechos susceptibles de calificación como delitos para los que el Código Penal prevé la posibilidad de comisión por personas jurídicas. Hay, por lo tanto, base indiciaria suficiente de concurrencia del presupuesto para contemplar una posible exigencia de responsabilidad penal a REPSOL. El auto recurrido descarta que se dé el fundamento porque considera que REPSOL, antes de la comisión de los hechos presuntamente delictivos objeto de la presente causa, diseñó e implantó un modelo de prevención, sometido en su ejecución a la supervisión de un órgano autónomo, que resultó idóneo para evitar delitos como los que son objeto de la presente causa, o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Como se ha señalado, estas conclusiones se extraen de la declaración de la representante específicamente designada por REPSOL y de la documentación aportada, entre la que figura un informe de KPMG que, sin embargo, no ha sido acompañado de los documentos que lo sustentan, y un informe de un responsable del área de cumplimiento normativo de REPSOL. Sin embargo, asiste la razón a las acusaciones recurrentes cuando alegan que la instrucción no puede darse por finalizada, en lo que a la responsabilidad penal de REPSOL concierne, sin haber practicado dichas diligencias de declaración y sin haberse aportado la documentación de soporte del informe de KPMG, porque tales diligencias, teniendo relación con el objeto de la controversia -es decir, la determinación de si el modelo de prevención establecido por aquella compañía era adecuado para evitar la comisión de los delitos



que se atribuyen a personas físicas pertenecientes a su organización o para reducir de manera significativa el riesgo de que tales infracciones se cometieran-, son necesarias para un adecuado esclarecimiento -en el plano provisional e indiciario propio de esta fase procesal- de la posible responsabilidad penal de REPSOL, pudiendo determinar el sentido de la decisión que se adopte al respecto, sin que su práctica resulte imposible o suponga una demora relevante. Buena prueba de la necesidad de estas diligencias es que la defensa de REPSOL, basándose en los informes de cuyos autores solicitan los recurrentes la declaración, niega que los hechos alegados por estos como irregularidades en el proceso de contratación de CENYT, constituyan en alguno de los supuestos irregularidad alguna o que tengan relevancia, otros que sí pueden serlo, como indicios de deficiencias del sistema de prevención de delitos y de su control. A ello debe unirse lo ya señalado de la valoración de dichos informes en el auto recurrido y la alusión en dicha resolución a la falta de especificación por las acusaciones de deficiencias estructurales en el modelo de prevención, como base de la conclusión de la idoneidad de ese modelo y, por lo tanto, del sobreseimiento. Puesto que la consecuencia de la valoración de las diligencias de instrucción efectuada en la resolución recurrida es el cierre de la instrucción respecto de la persona jurídica investigada, lo que implica eliminar la posibilidad de ejercer contra aquella la acción penal para las acusaciones apelantes, y estas no han intervenido, o han tenido una limitada intervención en aquellas diligencias, el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes recurrentes constituye una razón más, añadida a la pertinencia, posibilidad y necesidad de las diligencias anteriormente mencionadas, para que deban estas practicarse, como paso previo a una evaluación del conjunto de lo actuado, con vistas a adoptar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, los recursos deben ser estimados y revocado sobreseimiento, a fin de que se practiquen las referidas diligencias.

CUARTO. - Sobreseimiento respecto de CAIXABANK S. A. Como sucede con REPSOL, el auto recurrido acuerda respecto de CAIXABANK el sobreseimiento de las actuaciones, con arreglo al art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 31 bis del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente, estimando que no ha resultado debidamente justificada la existencia de un incumplimiento grave por parte de la entidad de los deberes de control, vigilancia o supervisión de la actuación de sus empleados, y que se ha adoptado y aplicado, antes de la comisión de los hechos presuntamente delictivos objeto de la presente causa, un plan adecuado y eficaz de prevención, bajo la supervisión de un órgano autónomo. Se basa el auto apelado, por una parte, en la declaración prestada por el representante especialmente designado por CAIXABANK, quien manifestó que, desde 2011, la entidad contaba con un modelo de prevención de delitos, en constante actualización, con referencias a los delitos de cohecho y de descubrimiento y revelación de secretos, que incluía la creación de un canal de denuncias y un órgano autónomo de supervisión, así como numerosos controles y acciones formativas, y que, después de tener conocimiento de los hechos objeto de esta causa, la entidad había llevado a cabo una investigación interna y aportado toda la información relevante. También expresó que, en la contratación de CENYT, no se incumplió la normativa interna de la sociedad, dado que fue llevada a cabo de manera autónoma por el Sr. Justo, dentro de sus competencias como jefe del área de seguridad y contando con la cobertura presupuestaria necesaria para abonarlas directamente, estando prevista la posibilidad de contratación verbal y directa y habiéndose tramitado correctamente el acta de la proveedora. Los apelantes se oponen al sobreseimiento por los mismos motivos comunes al resto de los ya abordados y por razones de fondo, relativas a los indicios que, a su juicio, existen de responsabilidad penal en CAIXABANK. Los primeros deben ser desestimados con arreglo a lo ya argumentado respecto a los demás sobreseimientos. No obstante, más adelante nos detendremos en la alegación relativa a la necesidad de que, antes de decidir sobre la procedencia del sobreseimiento, preste declaración el responsable de cumplimiento normativo de cumplimiento de la compañía y se resuelva la impugnación del auto de fecha 21 de julio de 2021, confirmado por otro de fecha 20 de septiembre del mismo año, ambos del Juzgado Central de Instrucción n.º 6, por los que se denegaba la declaración de la responsable del área de auditoría interna Rocío. Los recurrentes estiman necesaria dicha declaración al encontrar indicios de incumplimientos relevantes de la normativa de la compañía en la contratación del grupo CENYT. Señalan los siguientes: - El contrato fue verbal. - No hay documento que acredite que los servicios jurídicos hubieran autorizado la contratación verbal. - No consta que el gasto fuera previamente ratificado por la mesa de compras, ni que esta recibiera documentación alguna sobre el encargo. - Los conceptos reflejados en las facturas no respondían a la realidad de los servicios prestados. - Dichos conceptos no eran fijados por el proveedor, sino por los contratantes. - El alta de CENYT como proveedor se produce al recibir la primera factura, el 2 de noviembre de 2011. - Se da de alta a un proveedor diferente del que figura en las facturas (CENYT y CENYT DATA). - No consta la necesaria verificación de los servicios prestados por CENYT, presupuesto indispensable para la aprobación del pago por el área de gestión financiera. La respuesta a las impugnaciones obliga a tener en cuenta los indicios existentes de la comisión por parte de al menos una persona con la más alta responsabilidad en CAIXABANK de hechos calificables como delitos susceptibles, según nuestro Código Penal, de ser imputables a las personas jurídicas y que ello constituye el presupuesto requerido para contemplar una posible exigencia de responsabilidad penal a la referida entidad. El sobreseimiento acordado

en el auto recurrido se basa en que, a juicio del instructor, no hay fundamento para ello porque, en virtud de lo declarado por el representante especialmente designado por la persona jurídica y de la documentación aportada por esta, se acredita que esta, antes de que los hechos de posible entidad delictiva fuesen cometidos por la persona o personas físicas de su organización, se había diseñado e implantado un modelo adecuado de prevención de infracciones de esa naturaleza. Sin embargo, sin perjuicio de la controversia existente respecto al alcance y valoración de alguno de los pasos del proceso de contratación que ahora nos ocupa, los extremos destacados por las acusaciones recurrentes revelan indicios de incumplimientos -en su momento, habrá de verse si son suficientes- de las normas de CAIXABANK, lo que, a su vez, podría ser revelador de deficiencias en el modelo de prevención, especialmente en los aspectos relacionados con el control. Por otro lado, además de en las razones ya expresadas, el auto recurrido basa el sobreseimiento en la falta de especificación por las acusaciones de los fallos estructurales en que aprecian en el modelo, lo que resulta plenamente coherente con las específicas reglas de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal, derivadas de las exigencias del principio de presunción de inocencia. Ahora bien, basándose el auto recurrido, para acordar el sobreseimiento, en una valoración del modelo de prevención de CAIXABANK que tiene como una de sus fuentes principales la declaración del representante designado por la compañía, es indudable la procedencia de la declaración testifical del responsable del área de cumplimiento normativo, interesada por las acusaciones recurrentes, ya que siendo una diligencia pertinente, por referirse a los hechos investigados, posible, sin que sea esperable que su práctica pueda demorar significativamente la tramitación, y con virtualidad para influir en la valoración del modelo de prevención, permite preservar el derecho a la tutela judicial efectiva de las apelantes, lo que, dada su posición de partes acusadoras, conlleva disponer de un acceso suficiente a las fuentes de prueba para que puedan especificar, con el debido fundamento, las quebras en el modelo referido, si es que estas hubiesen existido. En definitiva, la diligencia ha de ser practicada con carácter previo a una valoración del conjunto de lo actuado, con vistas a adoptar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que, sin abordar la procedencia de la declaración de la Sra. Rocío, al haber sido objeto de una impugnación autónoma, hemos de estimar las impugnaciones formuladas contra el sobreseimiento acordado respecto de CAIXABANK.

QUINTO. - No apreciándose temeridad o mala fe en la interposición de los recursos, procede declarar de oficio las costas de esta segunda instancia.

PARTE DISPOSITIVA

Se estiman los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la Procuradora de los Tribunales D.^a Virginia Aragón Segura, en nombre y representación de D. Virgilio, y la Procuradora de los Tribunales D.^a María Rosario, en nombre y representación del partido político PODEMOS, contra el auto de fecha 29 de julio de 2021, dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 en la causa arriba indicada, y se revoca dicha resolución, dejando sin efecto los sobreseimientos en ella acordados, a fin de que se practiquen las diligencias expresadas en los fundamentos jurídicos precedentes, con declaración de oficio de las costas de esta segunda instancia. Notifíquese este auto, contra el que no cabe recurso alguno, a las partes y al Ministerio Fiscal, y remítase copia testimoniada al Juzgado Central de Instrucción para su conocimiento, practicado lo cual procédase al archivo del rollo de Sala.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.