

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**

Referencia: NFJ064295

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 794/2016, de 24 de octubre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 171/2016

**SUMARIO:**

**Procedimientos de revisión en vía jurisdiccional. Procedimiento penal. Recurso de casación. Escrito de preparación. Contenido.** No es necesario mencionar en el escrito de preparación el precepto penal que se considera vulnerado, sino que basta con indicar la clase de recurso que se quiere formalizar. Y es que tal exigencia históricamente obedece a la finalidad de encauzar la forma de tramitar el recurso (remisión de unos u otros antecedentes); por eso ni se exige, ni tendría sentido alguno que se exigiese, esa mención. Basta con anunciar que se quiere formalizar uno o varios motivos a través del art. 849.1 LECrim para que el recurso esté correctamente preparado; es más, en rigor sobran en el escrito de preparación de los recurrentes las referencias a documentos de la causa que solo han de detallarse en el caso de utilizarse el art. 849.2 LECrim.

**Extinción de la responsabilidad criminal. Prescripción. Interrupción. Carácter interruptor del auto de admisión de querrela. Delitos contra la Hacienda pública.** En el supuesto de autos, el auto de admisión de la querrela se dicta -pese a su deficiente redacción-, sin matización alguna: por todos los hechos que se invocaban y contra todos los querellados. Pues bien, sería la decisión contraria -la inadmisión por alguno de los hechos o respecto de alguno de los querellados- la que exigiría un pronunciamiento expreso específico. Entender otra cosa es absurdo: autos de esa naturaleza son contextuales y no pueden ser analizados aisladamente al margen tanto de sus precedentes como de las resoluciones subsiguientes. Si se admite a trámite una querrela sin razonarse que se rechaza alguno de sus delitos o se considera infundada la implicación de alguno de los querellados, hay que entender que se admite sin matizaciones, más allá del mayor o menor cuidado o esmero que se haya puesto al mecanografiar los delitos utilizando fórmulas más o menos vagas, de las que no cabe deducir nada. En la resolución analizada se habla de hechos "denunciados" -lo que no era correcto en rigor-; y se dice "delito societario" cuando debiera haberse añadido, al menos, "y otros"; pero es disparatado deducir que el instructor no quiso admitir a trámite la querrela por los hechos presupuesto del delito contra la Hacienda Pública o que quien leyese en su momento ese auto pudiera albergar confusión alguna al respecto. Nadie al examinar el auto hubiera podido creer que el delito contra la Hacienda pública estaba rechazado *a limine*; su no mención expresa es omisión que a nadie confunde. En cambio, lo que sí es patente es que materialmente esa es una resolución judicial que decide que debe abrirse una investigación jurisdiccional contra determinadas personas por una serie de hechos entre los que están los que determinarían posteriormente la acusación por delito contra la Hacienda pública. Así las cosas, la prescripción quedó interrumpida: eran hechos determinados y contra personas determinadas.

**Excusas absolutorias. Delito de apropiación indebida.** No es posible en la fase preliminar del juicio archivar una causa por razones de fondo; es una decisión prematura e indebidamente anticipada: si está abierto el juicio oral, la Sala ha de resolver el fondo en sentencia salvo los casos limitados en que la ley autoriza a un pronunciamiento anticipado -artículos de previo pronunciamiento, fallecimiento, retirada de la acusación-. Así, no es procedente que como incidente previo se promueva una alegación destinada a demostrar la atipicidad del hecho para provocar un auto de sobreseimiento y tampoco una eventual excusa absolutoria justifica esa abrupta forma de abortar el trámite en un momento ya inidóneo para ello.

Por otro lado, sea cual sea la solución que se dé respecto a la compatibilidad de la excusa absolutoria con el delito de administración fraudulenta (hoy modalidad de la apropiación indebida) la eficacia del art. 268 jamás podrá alcanzar a esas modalidades falsarias.

**PRECEPTOS:**

RD de 14 de septiembre de 1882 (LECr), arts. 103, 639, 666, 786, 849 y 855.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 132, 268, 290, 305 y 393.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.

Ley 43/1995 (Ley IS), art. 142.

**PONENTE:***Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don JOAQUIN GIMENEZ GARCIA  
Don JUAN SAAVEDRA RUIZ  
Don LUCIANO VARELA CASTRO  
Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

## SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL , el Abogado del Estado en nombre de la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, y la acusación particular ÁREA DE SERVICIO SAN MARTÍN, S.L., contra el Auto de fecha cinco de noviembre de dos mil quince dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz por el que se decretó el sobreseimiento y archivó de la causa ; (Procedimiento Abreviado núm. 1/2013, Rollo de Sala núm. 2/2015) dimanante del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Badajoz por estimar la prescripción de la infracción criminal respecto al delito contra la Hacienda Pública objeto de acusación y apreciar la concurrencia de una excusa absolutoria respecto de otras infracciones; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia; siendo partes recurridas Hugo , TRANSPORTES DE MERCANCÍAS J. SÁNCHEZ MORALES S.L , EUROPEAN TRANSPORT S.L. y Paulino representados por el Procurador D. José Núñez Armendariz y D. Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de D. Luis Molero Pellón y D. Pedro M. González Perea.

## I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha cinco de noviembre de dos mil quince la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz dictó Auto conteniendo los siguientes ANTECEDENTES :

<<PRIMERO.- El día 6 de octubre de 2015, se dio comienzo a las sesiones del Juicio oral señalado en el Rollo y Procedimiento arriba indicados,

Al margen del planteamiento de cuestiones relacionadas con la prueba documental; en lo esencial, la representación letrada defensora de los acusados Paulino y Hugo , en el turno de intervención previa previsto en el artículo 793. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , planteó diversas cuestiones, entre las que destacaban: Inválida constitución de las Acusaciones Particulares al concurrir la imposibilidad de ejercer acciones penales entre parientes vinculada con la petición de sobreseimiento de la causa respecto a delito societario y apropiación indebida por concurrencia de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal ; prescripción del delito fiscal; y nulidad del auto de apertura del juicio oral por no abrirse el mismo contra Área de Servicio San Martín, habiéndolo solicitado por el Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, al considerarla responsable civil subsidiario, y no habérsela emplazado para la presentación de escrito de defensa entendiéndose procede la retroacción del procedimiento.

### Segundo.

- El planteamiento de tales cuestiones de relevante alcance jurídico sustancial y procesal determinó que al finalizar dicho previo trámite, el Tribunal suspendiera el plenario al objeto de proceder a su estudio, deliberación y resolución, remitiendo la repuesta al dictado de la presente resolución, que se emite tras dicha deliberación y con criterio unánime>>.

2.- El citado Auto contenía la siguiente Parte Dispositiva:

<<Decretar el SOBRESEIMIENTO LIBRE Y ARCHIVO DE LA PRESENTE CAUSA , Rollo de Sala N° 2/2015, Procedimiento Abreviado N° 1/2013 dimanante del Juzgado de Instrucción N° 1 de Badajoz por haber de estimar la prescripción de la infracción criminal respecto al delito contra la Hacienda Pública objeto de acusación; y en aplicación del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Excusa Absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal , en cuanto al resto de delitos imputados que constituirían el objeto procesal penal de la misma .

Sin expresa imposición de las costas procesales causadas.

Contra esta resolución cabe RECURSO DE CASACIÓN, para ante la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial (Sección Primera), mediante escrito presentado en el término

improrrogable de CINCO DÍAS contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador>>.

4.- Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal , la AEAT y Área de Servicio San Martín, S.L, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de la excusa absolutoria del art. 268 CP . Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 132 CP al declarar prescrito el delito fiscal del art. 305 CP .

Motivos aducidos por el Abogado del Estado en representación de AEAT.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de los arts. 130.1.6 º y 132.2 Ley Orgánica 10/1995 , de 23 de noviembre CP.

Motivos aducidos en nombre de ÁREA DE SERVICIO SAN MARTÍN, S.L. (Acusación particular).

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim . por infracción de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción y a un proceso con todas las garantías. Motivo segundo .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 268 CP en relación con el art. 103 LECrim .

5.- La representación legal de Jesús Luis presentó escrito renunciando expresamente a formalizar el recurso anunciado.

6.- La representación legal de D. Paulino y Hugo se instruyeron de los recursos interpuestos interesando su inadmisión ; El Fiscal ha apoyado el único motivo del recurso de la Abogacía del Estado y el segundo motivo del recurso de la acusación particular ejercida en nombre de Área de Servicio San Martín S.L . interesando la desestimación del restante. La Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día trece de octubre de dos mil dieciséis.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Interponen recurso de casación contra el Auto de cinco de noviembre de 2015 el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado en nombre de la Agencia Estatal Tributaria y la acusación particular -entidad Área de Servicio San Martín S.L.-. Algunos de los motivos son coincidentes en cuanto a la pretensión y, en buena medida, en la argumentación que se arguye en apoyo de aquélla.

El Auto impugnado decreta el sobreseimiento libre resolviendo las cuestiones previas planteadas al inicio del juicio oral en la audiencia preliminar. El sentido de la decisión abortó la celebración del juicio al apreciarse, de un lado, la prescripción del delito contra la hacienda pública; y, de otro, estimarse concurrente una excusa absolutoria y falta de legitimación de las acusaciones no públicas. Ambos puntos son objeto de impugnación.

No plantea duda la accesibilidad a casación de tal resolución.

Alterando el orden de comenzamos por la cuestión de la prescripción del delito contra la Hacienda Pública. Antes se impone un breve excurso sobre la admisibilidad del recurso.

### Segundo.

En su escrito de impugnación los recurridos reclaman la inadmisión del recurso del Ministerio Público aduciendo que en el escrito de preparación no se señalaba el precepto penal infringido.

Como enseña la STS 863/2014, de 11 de diciembre , los óbices de admisibilidad específicos alegados y rechazados y que no se solapan con causales de desestimación por el fondo ( art. 885 LECrim ) merecen una respuesta específica cuyo ubi ha de ser la sentencia, pues no otro se les reserva en la tramitación legal de la casación ( art. 893 LECrim ). Toda alegación singularizable merece una respuesta expresa. No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo.

Hay que refrendar ahora la decisión tomada en su momento pues el defecto alegado para interesar la inadmisión no es tal.

No es necesario mencionar en el escrito de preparación el precepto penal que se considera vulnerado. Basta con indicar la clase de recurso que se quiere formalizar ( art. 855.1 LECrim ). Tal exigencia históricamente obedece a la finalidad de encauzar la forma de tramitar el recurso (remisión de unos u otros antecedentes). Por eso ni se exige, ni tendría sentido alguno que se exigiese, esa mención. Basta con anunciar que se quiere

formalizar uno o varios motivos a través del art. 849.1º LECrim para que el recurso esté correctamente preparado. Es más, en rigor sobran en el escrito de preparación de los recurrentes las referencias a documentos de la causa que solo han de detallarse en el caso de utilizarse el art. 849.2 LECrim .

### **Tercero.**

La Audiencia acogió el planteamiento de las defensas que consideraban prescrito el delito contra la hacienda pública del art. 305 CP . No hay duda alguna ni sobre el plazo, ni sobre el dies a quo . La controversia gira en torno a la capacidad de determinadas resoluciones para interrumpir el cómputo.

Unas premisas básicas acotan el territorio donde debemos debatir:

a) El art. 132 CP reformado en 2010 en esta materia es aplicable retroactivamente solo en lo más beneficioso. Empero, no sobra constatar que en alguna medida lo que se establece ahora expresamente en ciertos particulares ya regía con anterioridad según la interpretación de la norma efectuada por el TC ( art. 5.1 LOPJ ).

b) No es incorrecta la opción del Tribunal a quo de resolver anticipadamente en ese momento y mediante auto esta cuestión previa sobre prescripción. El art. 786.2 LECrim no prohíbe diferir la solución de las cuestiones promovidas a la sentencia. En algunos casos (proposición de nuevas pruebas) no es eso posible por definición. En otros, será lo más aconsejable (v.gr. cuando en la decisión final puede influir la prueba a practicar). En otros, por fin, corresponde al criterio prudencial del Tribunal pronunciarse previamente o esperar a la sentencia. Desde luego que la prescripción cuando constan ya todos los datos objetivos no supeditados a cuestiones probatorias discutidas, es materia que puede ser abordada preliminarmente como demuestra el régimen tradicional de los artículos de previo pronunciamiento ( arts. 666 y ss LECrim ).

c) El inicio del plazo de prescripción se sitúa en este caso el 25 de julio de 2000 ( art. 142 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades). El delito prescribiría el 25 de julio de 2005, siempre y cuando no se hubiese interrumpido legalmente la prescripción: hay que atender a la pena señalada entonces para tal delito (hasta cuatro años de prisión) que le confería la consideración de delito grave arrastrando al plazo de cinco años de prescripción (atendiendo a la legalidad vigente en el momento de comisión). Es el mismo plazo que rige en la actualidad.

d) El anterior art. 132 declaraba interrumpida la prescripción cuando el procedimiento se dirigiese contra el culpable ( art. 132.3 CP ), locución que dio lugar a una prolija y casuística jurisprudencia que en los últimos años de vigencia de tal escueta redacción se vio enriquecida y modulada con los criterios del TC.

e) Dice hoy el art. 132, aplicable en sus aspectos sustantivos en cuanto resulte favorable que la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta. Se añade una interpretación auténtica: se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

Queda así centrada la cuestión a dilucidar: si antes del 25 de julio de 2005 se produjo o no un acto interruptivo de la prescripción, es decir, una resolución de interposición judicial. La presentación de la querrela por sí sola no era ni es idónea para lograr ese efecto paralizador.

La cronología procesal está bien detallada en los diferentes escritos presentados. Alguno de ellos incluso, para hacer más fácil el análisis, reproduce las diferentes resoluciones ahorrando esfuerzos de consulta, lo que es digno de ser agradecido.

Veamos antes de su examen cuáles son las pautas jurisprudenciales que orientan a la hora de ventilar esta cuestión.

### **Cuarto.**

La exégesis ha de estar presidida por la jurisprudencia constitucional (vid. SSTC 51/2016, de 14 de marzo y 138/2016, de 18 de julio y ATC 186/2011, de 22 de diciembre que cita el Fiscal, aunque en último término tal auto acaba por considerar que constitucionalmente no pudo estimarse interrumpida la prescripción).

La norma hoy vigente es aplicable en todos sus aspectos sustantivos que sean más beneficiosos para el reo. Pero hay que advertir que tal disposición contiene en cierta medida también un matiz procesal. El nivel de motivación de la resolución judicial para que potencialmente encierre virtualidad interruptora de la prescripción ha de ser analizado desde una óptica diferente y con unos estándares no necesariamente idénticos si tal resolución se adoptó antes de la entrada en vigor de la reforma de 2010, en cuanto que ese es un aspecto más procesal que sustantivo. Lo relevante después de la reforma de 2010- y también antes según la doctrina constitucional- es el dictado de una resolución judicial que no sea de puro trámite, sino que encierre un contenido decisorio que suponga ese dirigir el procedimiento contra una persona determinada o determinable por unos hechos suficientemente identificados en sus coordenadas básicas y supuestamente delictivos. Eso es materialmente lo

que exige el actual art. 132 y lo que en definitiva venía a exigir la jurisprudencia constitucional interpretando el anterior art. 132.

La redacción del art. 132 emanada de la reforma de 2010 además de esa esencialidad o sustancialidad que ha de ser predicable de una resolución para que se le anude esa fuerza interruptora, introduce otra exigencia más formal o exterior: su necesaria motivación, aunque sea sucinta. Ese requisito adicional ha de proyectar toda su fuerza para las resoluciones dictadas ya bajo la vigencia de tal precepto (aunque con razonabilidad: la motivación por remisión o la que fluye naturalmente del contexto no quedan anatematizadas: no es idéntico ni muchísimo menos el estándar exigible a una decisión de condena que a un acto procesal que se limita a encauzar o dirigir una investigación). En ese concreto punto -más adjetivo que sustantivo- no puede extremarse la eficacia retroactiva de la reforma como ha puesto de manifiesto ya la jurisprudencia de esta Sala. Podríamos convenir que hipotéticamente y en abstracto es posible que alguna resolución que en la actualidad no superase las exigencias del actual art. 132 (una providencia, v. gr.), habiéndose dictado bajo la norma anterior sí encierre esa capacidad de bloquear el transcurso del plazo prescriptivo.

Es común a ambos escenarios normativos (antes y después de diciembre de 2010) un núcleo básico irrenunciable y exigible para todas las resoluciones, las recaída antes de la reforma y las de fecha posterior: que sean manifestación inequívoca de que el órgano judicial estima que debe investigarse a unas determinadas personas por esa concreta infracción cuyo plazo de prescripción se interrumpe en virtud de esa decisión. La exigencia de una cierta motivación externa que rodee la decisión es requisito añadido para las resoluciones dictadas después del 23 de diciembre de 2010.

#### **Quinto.**

Dice el ya citado ATC 186/2011 :

"En la STC195/2009 recordábamos que la doctrina constitucional al respecto ha rechazado que fuera respetuosa con los derechos fundamentales la interpretación del art. 132.2 del Código penal que considera dirigido el procedimiento contra el culpable y, consecuentemente, interrumpida la prescripción del delito, con la mera formulación de la denuncia o de la querrela sin que exista un acto de interposición judicial, pues sólo un acto de quien tiene encomendado el ejercicio del ius puniendi del Estado -esto es, del Juez-, puede considerarse como un acto de dirección del proceso contra el culpable. También recordábamos que "la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales no corresponde a este Tribunal, sino a la jurisdicción ordinaria y, particularmente, al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales ( art. 123 CE ). Por tanto nuestro enjuiciamiento de las decisiones en materia de prescripción en estos casos habrá de limitarse a analizar, en atención a las circunstancias de cada caso concreto, si existió algún acto de interposición judicial y si la valoración del mismo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como suficiente para considerar existente un procedimiento dirigido contra el culpable con virtualidad para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción es acorde con las exigencias de motivación reforzada anteriormente expuestas, en la medida en que se exteriorice un nexo de coherencia entre la decisión adoptada y el fundamento y fines de la institución" (FJ 4 in fine).

En nuestra Sentencia dejábamos constancia de que tras la interposición de la querrela criminal el Juzgado de Instrucción había acordado su inadmisión, decisión que fue anulada en apelación y que, tras el dictado de un nuevo auto de inadmisión por el Juzgado de Instrucción, fue nuevamente revocada en un segundo recurso de apelación, acordando la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el correspondiente Auto la admisión a trámite de la tan repetida querrela una vez que ya había transcurrido el plazo de prescripción del delito imputado. Ahora bien, dado que la admisión de la querrela -acto de inequívoca dirección judicial del proceso penal contra un sujeto concreto- se produjo una vez vencido el plazo de prescripción pero que existían otros actos de interposición judicial dictados antes del vencimiento del indicado plazo -los Autos de inadmisión de la querrela anulados o revocados en apelación- respecto de los cuales el Tribunal Supremo no había realizado una valoración suficiente acerca de su eficacia interruptiva de la prescripción , este Tribunal anuló la Sentencia del Tribunal Supremo a fin de que fueran "los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien acerca de la suficiencia o insuficiencia de los actos de interposición judicial producidos en el caso para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción " conforme al canon de motivación reforzado exigido por este Tribunal en estos casos".

Esta Sala se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre esa aplicación fragmentariamente retroactiva del nuevo art. 132 CP a resoluciones anteriores determinando en qué casos puede entenderse interrumpida la prescripción. Recurrentes y recurridos citan diversas resoluciones. Hay que insistir en que en la medida en que en buena parte la norma lo que hace es refrendar una interpretación que efectuó el TC sobre la normativa anterior no podría hablarse en rigor de retroactividad, sino de aplicación de la norma anterior según la interpretación derivada de la doctrina constitucional.

Básica es la STS 690/2014, de 22 de octubre :

"Conforme a la nueva regulación de la prescripción, lo esencial de cara a su interrupción es el acto judicial de dirección del procedimiento. Y se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (artículo 132.2.1ª).

La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que "entre las resoluciones previstas en este artículo", que tienen la virtualidad para interrumpir la prescripción o ratificar la suspensión producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia. Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrellado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta .

En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal, así lo afirma entre otras la STS 832/2013 de 24 de octubre ya citada...

... En definitiva lo que ha de entenderse por dirección del procedimiento no es un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino que basta con la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento.

Respecto a la necesidad de motivación de esa resolución que implique la dirección del procedimiento a los fines de tener por integradas las exigencias del artículo. 132.2. 1ª del CP . en su actual redacción, viene necesariamente delimitada por el momento procesal en el que se dicta esa resolución. Generalmente será la que dé comienzo a las investigaciones, por lo que solo contará como elementos de contraste con los que la correspondiente denuncia o querrela incorporen. De ahí que lo exigible es un juicio de verosimilitud sobre la apariencia delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado. Como dijo la STS 885/2012 de 12 de noviembre , no es posible "que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta."

Ni siquiera es necesaria una toma de postura respecto a la adecuada calificación jurídica de los hechos. Como recordó la STS 832/2013 lo que interrumpe la prescripción es la imputación de unos determinados hechos (debe entenderse los relatados en la denuncia o querrela), no la calificación formal de los mismos. Y esta interrupción operará respecto a cualquier calificación jurídica que se sustente sobre hechos que se imputan en la denuncia o querrela, a no ser que el Instructor, al admitir aquellas o incoar el procedimiento penal, excluya expresamente algún apartado fáctico, y siempre que el querrellado haya tenido conocimiento de la totalidad de los hechos que se le imputan.

En cualquier caso, aun cuando, como hemos dicho, la prescripción tiene un componente material que retrotrae la aplicación de lo dispuesto respecto a ella en los aspectos favorables al reo, no puede perderse de vista su aspecto procesal. De ahí que el estándar de motivación exigible respecto a las resoluciones que se hubieran dictado estando vigente una norma que no incidía en la concreta motivación del acto por el que se entendiera dirigido el procedimiento, lo que facultó incluso la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo que reconoció virtualidad a tales efectos a la presentación de una denuncia u querrela, o la del Tribunal Constitucional que exigió un "acto de interposición judicial" asimilado a la admisión de la denuncia o querrela, sea menos exigente que el requerido una vez en vigor las disposiciones de la LO 5/2010. Así lo reclama el principio de seguridad jurídica".

La sentencia acaba concluyendo que el auto de incoación de diligencias previas en virtud de una denuncia del Fiscal interrumpía la prescripción aunque fuese un auto estereotipado, en la medida en que quedaba integrado por la denuncia del Fiscal y la documentación que le acompañaba:

"Añadía en el mismo apartado que las características de esos hechos "hacen presumir la posible existencia de una infracción penal". Esa remisión a lo incorporado a través de la denuncia del Fiscal, sólo puede interpretarse como declaración de verosimilitud en relación al carácter delictivo de los mismos, siempre desde la óptica de una instrucción incipiente, pues en otro caso lo procedente hubiera sido el archivo o sobreseimiento total o parcial de las actuaciones.

Posteriormente el fundamento jurídico especifica "no estando determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos, ni las personas que en ellos hayan intervenido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , instruir diligencias previas y practicar aquellas esenciales encaminadas a efectuar tal determinación y, en su caso, el procedimiento a aplicar". Este texto reproduce una fórmula ritual que no desvirtúa la afirmación recogida en el antecedente de hecho respecto de la apariencia delictiva de los hechos denunciados. Su sentido es poner de relieve que hay que acometer una instrucción judicial

que permita la concreción de los hechos y de las personas presuntamente responsables de ellos. Es decir, que eran necesarias las actuaciones pertinentes para comprobar si lo que en principio fueron sospechas fundadas, suficientes para sustentar la imputación en ese momento, respecto a la existencia del delito fiscal objeto de las actuaciones y la intervención en él de los denunciados, se configuraban como auténticos indicios de criminalidad que justificaran el sometimiento de los mismos a enjuiciamiento.

Es cierto que dicha resolución no menciona de manera individualizada a los denunciados, pero en la medida que no excluye ninguno de los que incorporó el Fiscal a su denuncia, debe entenderse que el juicio de verosimilitud emitido lo fue respecto a todos ellos.

También es cierto que esa resolución no acordó tomar declaración a los denunciados ni ninguna otra diligencia de instrucción, pero el análisis de este extremo y, en general, de todo el contenido del auto, no puede sustraerse de la decisión que adopta: iniciar la investigación sobre unos hechos que verosimilmente aparentan ser delito y, determinar el órgano territorialmente competente. Por ello acuerda dar traslado al Fiscal para que emita informe sobre "la competencia territorial, y en su caso, interese práctica de prueba". De ello se deduce la intención del Instructor de proseguir el procedimiento, como así ocurrió en cuanto dispuso las dudas sobre su inicial competencia, que más avanzada la instrucción declinó.

En conclusión, el auto de 15 de junio de 1998 fue un acto idóneo para dirigir el procedimiento contra los denunciados y de prosecución del mismo en los términos que exige el art. 132.2.1, por lo que el mismo gozó de virtualidad para interrumpir la prescripción, en atención a lo cual el motivo se va a estimar".

La STS 832/2013, de 24 de octubre contempla una resolución semejante asignándole también efecto paralizante del plazo de prescripción.

"II.- La sentencia impugnada descarta razonadamente la prescripción señalando que: "La conclusión no puede ser la misma en relación con los acusados Clemente y Tania . La denuncia del Ministerio Fiscal formulada el 9 de junio de 1997 fue seguida, el 19 de junio de 1997, de su imputación judicial formal y de su declaración como imputados por los hechos a los que se extendía la denuncia, el 11 de julio de 1997.

Por si esto no fuera suficiente para considerar interrumpida la prescripción por el delito contra la Hacienda Pública y sus delitos instrumentales (falsedades), hemos de señalar que la querella que originariamente se formuló contra Clemente lo fue por los mismos hechos que han dado lugar a su acusación por el delito fiscal, querella que fue admitida en virtud de una resolución judicial motivada (Auto de 5 de agosto de 1993), que consideró típicos los hechos objeto de la querella y cuya tipicidad, así como la existencia de indicios, fue sancionada por el Auto de esta Audiencia Provincial de 4 de julio de 1994.

Pues bien, de la atenta lectura de la querella que fue admitida por el Juzgado de Instrucción y que se encuentra en el origen de este proceso no solo resulta la imputación formal de un delito de estafa, sino también del delito contra la Hacienda Pública, al que expresamente se refiere el querellante.

Así, tras describir las operaciones fraudulentas, se afirma en el escrito de querella: "Con esta operación resultaba... que Don Clemente actualizaba el valor de las acciones vendidas sin que su patrimonio personal sufriera plusvalía, es decir, "escamoteaba" la bonita cantidad de doscientos cuarenta millones de pesetas (240.000.000 pesetas) no abonando los impuestos correspondientes con lo que defraudaba fiscalmente al Ministerio de Hacienda".

En tales condiciones, es un argumento inconsistente sostener que en el origen del proceso seguido contra Clemente no se encuentra la imputación de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, por los mismos hechos por los que hoy se sostiene la acusación por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado y, por tanto, incluso reconociendo eficacia retroactiva al régimen legal de la prescripción establecido en el art. 132.2 del Código Penal (LO 5/2010), hemos de concluir estableciendo claramente que en lo que concierne al acusado Clemente el término de prescripción se habría interrumpido el 18 de noviembre de 1992 con la formulación de la querella, seguida de las siguientes actuaciones procesales: providencia de 17 de diciembre de 1992 del Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid remitiendo el escrito de querella al Juzgado Central de Instrucción número 3 para su acumulación al procedimiento seguido contra los administradores de Eurocapital; Auto de 22 de febrero de 1993 del Juzgado Central de Instrucción número 3 no aceptando la competencia para el conocimiento de la querella; Auto de 8 de marzo de 1993 del Juzgado de Instrucción de Madrid aceptando la competencia y mandando incoar Diligencias Previas; y Auto del mismo Juzgado de 5 de Agosto de 1993 admitiendo a trámite la querella.

Frente a esta correcta argumentación la parte recurrente se apoya en el voto particular formulado en la sentencia, que haciendo una interpretación muy particular, y manifiestamente errónea, de la reforma de la prescripción operada por la LO 5/2010 , de la jurisprudencia de esta Sala y de la doctrina del Tribunal Constitucional, considera, en síntesis, insuficiente para interrumpir la prescripción el auto de admisión de querella, e incoación del procedimiento penal contra el querellado por los hechos objeto de la misma, viniendo a exigir en cada caso un "auténtico auto de imputación formal", en el que el Juez instructor decida la continuación (no simplemente la iniciación) del procedimiento por hechos incardinables en un concreto delito, analice específicamente los indicios concurrentes para cada tipo delictivo que impute al querellado, y realice un juicio provisional de tipicidad en relación con los mismos. Lo que en la práctica remite la interrupción de la prescripción,

no ya a la presentación de la querella, ni siquiera al auto de admisión de la misma, sino a un auto posterior de continuación del procedimiento abreviado o, incluso, de apertura del juicio oral por unos tipos delictivos específicos.

III.- Una de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 5/2010 es la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La nueva norma hace una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Hasta la aprobación de dicha norma, el Tribunal Supremo entendía, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querella interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional se exigía algún "acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción (...) que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito" ( STC 59/2010, de 4 de octubre de 2010 ), lo que, como regla general, implicaba que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querella.

De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal ( art. 132.2.2ª CP ), dichos criterios se han refundido, ganándose en seguridad jurídica , en una norma que impone que la interposición de una querella o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses (o 2 meses para el caso de las faltas) desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, es decir se admita judicialmente la denuncia o querella (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Así, el nuevo precepto, en su epígrafe segundo, pone de manifiesto que "por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada.

La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo."

La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que "entre las resoluciones previstas en este artículo", que tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción producida por la presentación de la querella o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querella o denuncia. Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querellado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querella o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta.

En consecuencia, admitida judicialmente la querella, e incoada una causa penal contra el querellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal.

... La parte recurrente considera prescrito el delito fiscal objeto de condena por estimar que el auto de incoación de la querella no se refería de modo expreso a dicho tipo delictivo, y que la causa penal solo se incoó por delito de estafa. Argumenta la parte recurrente que en la querella no se imputaba formalmente al querellado un delito contra la Hacienda Pública, y en consecuencia la admisión de la querella solamente interrumpió la prescripción para el tipo delictivo concreto por el que se incoó el procedimiento.

Ahora bien, esta argumentación no puede ser acogida, pues no responde al contenido de la norma legal ni a nuestra doctrina jurisprudencial. Respecto de nuestra doctrina, de innecesaria cita por lo reiterada, es necesario recordar que el auto de incoación de unas diligencias previas, de admisión de una querella o incluso de transformación del procedimiento, no predetermina la calificación jurídica de los hechos por la que se finalmente se pueda formular acusación o dictar sentencia . Lo que delimita el procedimiento son los hechos objeto de imputación, no la calificación jurídica que se les atribuya por el querellante o por el auto de incoación del procedimiento.

Lo mismo sucede con la norma legal. La interrupción de la prescripción se produce, conforme al art 132 cuando se dicte resolución motivada (auto de admisión de la querella, en este caso) en la que se atribuya al querellado su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. En definitiva, es la imputación de unos determinados hechos (en el caso actual los relatados en la querella) lo que interrumpe la prescripción, no la calificación formal de los mismos.

Cabe, efectivamente, y la realidad lo acredita cada día, que los hechos objeto de un procedimiento penal puedan ser calificados como constitutivos de una pluralidad de tipos delictivos más o menos conexos (estafa, falsedad, delito fiscal, blanqueo, etc.), pero el dato de que una determinada calificación no se haya incluido formalmente por el querellante, o por el Instructor en el auto de incoación del procedimiento, no excluye la interrupción de la prescripción para todos los hechos que se imputan al querellado en la querella, con

independencia de su calificación final. A no ser que el Instructor, al admitir la querrela o incoar el procedimiento penal, excluya expresamente algún apartado fáctico, y siempre que el querrellado haya tenido conocimiento de la totalidad de los hechos que se le imputan.

... En consecuencia, no puede alegarse que los hechos constitutivos de un supuesto delito fiscal no figurasen entre los que fueron objeto de querrela. El auto de admisión de la misma, de 5 de agosto de 1993, aunque en su escueta fundamentación jurídica califica genéricamente los hechos como estafa, sin profundizar en otras calificaciones delictivas alternativas o concurrentes, como es práctica habitual de los Tribunales para evitar prejuzgar el resultado final del procedimiento, se refiere expresamente en su antecedente fáctico a la "relación circunstanciada de hechos" por los que se formula la querrela, y en la parte dispositiva se admite la querrela en sus propios términos, sin limitar o excluir ninguno de los hechos relacionados en la misma. En consecuencia, ha de estimarse que dicho auto tiene un efecto interruptivo de la prescripción para el conjunto de hechos objeto de la querrela, imputados específicamente a la persona del querrellado y que pudiesen ser constitutivos de delito o falta.

#### **Sexto.**

En el caso ahora examinado la cronología es la siguiente:

a) El 5 de octubre de 2004 fue presentada la querrela (fecha el 23 del mes anterior) con una larga relación de hechos entre los que se encontraban los relativos a un delito contra la Hacienda Pública, subsunción jurídico-penal que además se alegaba expresamente ( art. 305 CP ). Se dirigía contra los luego acusados y se mencionaba expresamente tanto el impuesto de Sociedades, como, entre otros, el ejercicio fiscal de 1999 (folios 18 y 27). Como es sabido, por sí mismo ese acto de parte no interrumpe la prescripción según entendió el Tribunal Constitucional, en entendimiento que a partir del 23 de diciembre de 2010 ha de ser revisado como consecuencia de una reforma legal: si en el plazo de seis meses la querrela es admitida a trámite se entenderá producida la interrupción precisamente en el momento de presentación de la querrela. En ese particular la reforma es perjudicial para el reo por lo que no sería retroactiva. Es indiferente esto en el asunto concreto: no estamos ante un problema de retrotraer el momento interruptivo a la fecha de presentación de la querrela, sino de existencia de una resolución judicial paralizadora antes del término prescriptivo.

b) No sirven a tales efectos ni el Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Badajoz (folio 378: 7 de octubre de 2004 ) que se limita a incoar genéricamente diligencias previas y a remitir para reparto a decanato: no hay decisión judicial más allá de advertir que no le corresponde el conocimiento del asunto en virtud de las normas de reparto por lo que ninguna otra decisión debe adoptar.

c) El 27 de octubre de 2004 el Juzgado de Instrucción nº 1 dicta auto de incoación de diligencias previas (folio 381) sin realizar una ponderación, siquiera implícita, de los delitos objeto de imputación. Se limita a requerir a la parte querellante antes de pronunciarse sobre la admisión a trámite de la querrela, para que explique por qué se hacía necesario desglosar documentos y proceder al archivo. Es obvio que si no se pronuncia sobre la admisibilidad de la querrela es porque no ha hecho una valoración todavía de los hechos ante la manifestación previa de la representación procesal de la querellante (vid. folio 384). No hay un pronunciamiento sobre la viabilidad de la querrela, y por tanto no hay interrupción del plazo de prescripción.

d) El 14 de enero de 2005 se dicta auto de admisión de la querrela, (folio 385) que inequívocamente, pese a su deficiente redacción (derivada de un comprensible uso y abuso de la versión moderna -archivo digitalizado-del vetusto impreso ), es tomada en consideración sin matización alguna: por todos los hechos que se invocaban y contra todos los querrellados. Sería la decisión contraria -la inadmisión por alguno de los hechos o respecto de alguno de los querrellados- la que exigiría un pronunciamiento expreso específico. Entender otra cosa es absurdo; tanto como lo sería concluir que tras una denuncia o un atestado seguidos del clásico auto- modelo de incoación de diligencias que la no mención de uno de los reseñados como denunciados en el atestado, o su alusión genérica y no nominatim, o la omisión de alguna de las posibles infracciones ("robo", en lugar de "robo y utilización ilegítima de vehículo de motor") implica una restricción del objeto del proceso. Autos de esa naturaleza son contextuales, como lo son los autos en los que se concede una intervención telefónica, o aquellos que acceden a una petición. No pueden ser analizados aisladamente al margen tanto de sus precedentes como de las resoluciones subsiguientes. Si se admite a trámite una querrela sin razonarse que se rechaza alguno de sus delitos o se considera infundada la implicación de alguno de los querrellados, hay que entender que se admite sin matizaciones, más allá del mayor o menor cuidado o esmero que se haya puesto al mecanografiar los delitos utilizando fórmulas más o menos vagas, de las que no cabe deducir nada. En la resolución ahora analizada se habla de hechos denunciados (lo que no era correcto en rigor); y se dice delito societario cuando debiera haberse añadido, al menos, " y otros ". Pero es disparatado deducir que el Instructor no quiso admitir a trámite la querrela por los hechos presupuesto del delito contra la Hacienda Pública o que quien leyese en su momento ese auto pudiera albergar confusión alguna al respecto. Nadie al examinar el auto hubiera podido creer que el delito contra la hacienda pública estaba rechazado a limine . Su no mención expresa es omisión que a nadie confunde (y que no despistó a los querrellados que en uno de sus iniciales escritos combatían específicamente esa investigación

por delito de defraudación tributaria con plena conciencia de que el procedimiento se dirigía contra ellos también por esa infracción).

Quizás después de la reforma de 2010 habría que matizar algo -tampoco en exceso- este razonamiento. No es momento de entretenerse en ello. Lo que es patente es que materialmente esa es una resolución judicial que decide que debe abrirse una investigación jurisdiccional contra determinadas personas por una serie de hechos entre los que están los que determinarían posteriormente la acusación por delito contra la hacienda pública. La prescripción quedó interrumpida. Eran hechos determinados; y contra personas determinadas. Es obvio que se iniciaba una investigación judicial frente a ellos. No mencionar esa infracción en el auto de admisión no es expresión de una decisión judicial contraria, sino simple omisión subsanable en cualquier momento ( art. 267 LOPJ ). ¡Claro que no es elogiable ni modélica esa redacción del auto!. Pero a esas deficiencias básicamente formales no cabe anudar tan relevantes consecuencias materiales. No es cuestión de comprobar si una palabra aparece mencionada o no, sino de constatar si un Juez decidió de forma mínimamente razonada que procedía abrir una investigación por los hechos relatados en la querrela en la medida en que, de ser ciertos, serían constitutivos de delito, y, además, se presentaba ante órgano competente ( art. 313 LECrim ). No se trataba de evaluar indicios: la ausencia de indicios no es causa legal, como regla general, de rechazo de una querrela que se promueve precisamente para buscar y recabar las posibles pruebas. Un auto de admisión de querrela no tiene en principio por qué ponderar pruebas que todavía no se han producido. Basta con constatar la fundabilidad y el carácter posiblemente delictivo de los hechos. La resolución de la Audiencia impugnada en casación pone el énfasis en la apariencia o en lo estrictamente formal, lo que no ha de ser el criterio decisor ni después de la reforma de 2010 ni mucho menos antes para testar la eficacia interruptiva de la prescripción. No es necesario que el auto de admisión de querrela razone la tipicidad de los hechos si es evidente y no plantea duda alguna. Como tampoco cabría tachar de inmotivado el auto de incoación de previas que tras el atestado no detalla los hechos, ni valora su tipicidad de forma expresa, o no llega a encajar la conducta en un concreto tipo penal (que puede ser obvio) sin que por ello quepa por lo general considerar que no interrumpe la prescripción. Cuanto menos en una querrela en que la llamada motivación por remisión puede tener más operatividad.

e) Bastaría con lo expuesto para concluir la procedencia de la estimación de los recursos. Pero hay más: actuaciones posteriores -también producidas antes de que transcurriese el plazo de prescripción- vienen a confirmar que tal auto admitió la querrela por el delito contra la Hacienda pública y que el Juzgado había comenzado materialmente a investigar esa infracción. Solo así se explica que se incoen diligencias previas por denuncia de la Agencia Tributaria (31 de mayo de 2005: folio 471) denuncia en la que se aludía de manera expresa al ejercicio de 1999 y que luego se uniesen a las diligencias incoadas previamente y se tuviese por personada a la Agencia Tributaria (31 de mayo y 2 y 8 de junio de 2005 -folio 633-).

Tachar de "estereotipado" un auto, no arrastra inevitablemente su incapacidad para interrumpir la prescripción. La connotación peyorativa que comporta ese calificativo no puede hacernos olvidar su sustancialidad -es reflejo de una decisión judicial adoptada reflexivamente por más que luego pueda haber plasmado de forma muy sucinta o despersonalizada como consecuencia de una burocratización del trabajo a veces inevitable-. Motivación suficiente no se identifica ni con extensión ni con originalidad. Decisiones obvias (incoar unas diligencias previas cuando alguien denuncia. que bajo amenaza de una navaja le han arrebatado dinero en la calle) no necesitan más motivación que una remisión a la denuncia. La motivación no implica razonar todo, hasta lo obvio. Si tras esa denuncia el auto estandarizado de incoación de diligencias previas se limita a referir que en virtud de lo relatado en la denuncia procede investigar tales hechos, sin citar la palabra "robo" y sin entretenerse en precisar por qué en un primer examen concurren todos y cada uno de los elementos de esa tipicidad no sería sostenible ni achacarle déficit de motivación (tiene la suficiente), ni considerar que la prescripción seguiría corriendo.

f) Ilustra y abunda en esa estimación observar el escrito de personación de los querrelados (folio 427 y de los ss.) en el que vierten alegaciones contra la admisión de la querrela por delito fiscal (28 de febrero de 2005 ); o los mandamientos remitidos el 19 de enero de 2005 (folios 385 y 388) en que se habla de delito societario y otros .

Son estimables estos motivos (único de la Abogacía del Estado y segundo del Ministerio Fiscal) .

### **Séptimo.**

La otra cuestión planteada se refiere a los supuestos delitos societarios y/o de apropiación indebida.

La Audiencia ha considerado que quedaban cubiertos por la excusa absolutoria del art. 268 CP acogiéndose a que los supuestos autores y víctimas (identificadas éstas a través del levantamiento del velo) estaban ligadas por los vínculos parentales que atraen tal causa de exclusión de la punibilidad.

El tema presenta aristas, matices y recovecos como demuestra el examen de sentencias de esta Sala que son invocadas por unos y por otros en defensa de sus respectivas posiciones.

Se solapan dos problemas diferentes. Uno de estricto derecho penal sustantivo -el ámbito de la excusa absolutoria- y otro procesal -qué alcance dar a las restricciones a la legitimación que se contienen en el art. 103 LECrim -.

No vamos a entrar al fondo de ellos para agotarlos. Habrán de ser resueltos en sentencia o, en su caso previamente, por la Audiencia. No debemos anticipar pronunciamientos en la medida en que el juicio ha de celebrarse.

Basta ahora con constatar:

a) Que no es posible en esa fase preliminar del juicio archivar una causa por razones de fondo, como demuestra el art. 639 LECrim . Es una decisión prematura e indebidamente anticipada como señala el Fiscal en su dictamen de casación. Si está abierto el juicio oral, la Sala ha de resolver el fondo en sentencia salvo los casos limitados en que la ley autoriza a un pronunciamiento anticipado (artículos de previo pronunciamiento, fallecimiento, retirada de la acusación). Es verdad que en alguna ocasión se ha podido admitir excepcionalmente otra posición. Pero el precedente invocado por la resolución y la defensa ( STS 361/2007, de 24 de abril ) no dice eso exactamente. Proclama, en efecto, que se puede apreciar la excusa absolutoria en la fase intermedia, pero siempre que el escenario procesal concreto lo permita por no existir procesamiento o acusación. Abierto el juicio oral no puede decretarse, v. gr., el sobreseimiento libre por atipicidad de los hechos, o por concurrencia de una eximente completa: se hace imprescindible celebrar el juicio sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia. Lo mismo que no sería procedente que como incidente previo se promueva una alegación destinada a demostrar la atipicidad del hecho para provocar un auto de sobreseimiento, tampoco una eventual excusa absolutoria justifica esa abrupta forma de abortar el trámite en un momento ya inidóneo para ello.

b) Ni el delito del art. 290 CP ni los delitos de falsedad de los arts. 393 y concordantes del CP son delitos estrictamente patrimoniales. Por ambos se está ejercitando la acusación en un caso por Ministerio Fiscal y la acusación particular (folios 4486 y ss y folios 4512 y 4489 y ss) y en otro solo por las acusaciones particulares. Por tanto sea cual sea la solución que se dé respecto a la compatibilidad de la excusa absolutoria con el delito de administración fraudulenta (hoy modalidad de la apropiación indebida) la eficacia del art. 268 jamás podrá alcanzar a esas modalidades falsarias (y así se deduce, como pone de manifiesto el atento estudio que el Fiscal hace de ella, de la STS 42/2006, de 27 de enero ó de la STS 634/2010, de 21 de octubre ).

c) En cuanto a la legitimación, hemos de dejar abierta la cuestión en la medida en que el auto no alcanza a deslindar con precisión entre el ámbito de la excusa absolutoria y las restricciones del art. 103 LECrim , espacios que no son coincidentes. Como tampoco tiene necesariamente que coincidir la solución que se dé a la eventual proyección de la doctrina del levantamiento del velo al art. 268 CP con la que se le confiera en relación al art. 103 LECrim . Han de dejarse abiertas ambas cuestiones para que sean resueltas por la Audiencia.

Lo relativo a la legitimación de los querellantes podrá abordarse en el trámite de cuestiones previas, si así se estima oportuno, o en el momento de dictar sentencia. Nótese que la decisión no cancelará el procedimiento pues también el Ministerio Fiscal formula acusación por esas infracciones. En cuanto al alcance del art. 268 CP será la sentencia el lugar idóneo para que el Tribunal a quo plasme su criterio, sin perjuicio de la posibilidad de recurso de casación donde podrá ser revisada esa decisión.

Por tanto procederá devolver las actuaciones tras la anulación del auto impugnado reponiendo las actuaciones al momento anterior y sin perjuicio de las decisiones a adoptar en tal momento por el Tribunal a quo sobre esas y otros temas pendientes (fundamentos de derecho noveno y décimo del auto) que no eran objeto de casación.

#### **Octavo.**

- Procede declarar de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim ) al haberse estimado los tres recursos.

### **III. FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.-DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL , contra el Auto de fecha cinco de noviembre de dos mil quince dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz , por estimación de los motivos primero y segundo de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

2.- DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre de la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, por estimación del motivo único de su recurso con declaración de las costas de oficio.

3.-DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la acusación particular ÁREA DE SERVICIO SAN MARTÍN, S.L., por estimación parcial de los motivos primero y segundo de su recurso con devolución del importe del depósito si éste se hubiese constituido.

4.-Devolver la causa al Tribunal de procedencia y reponer las actuaciones al momento previo al auto impugnado que se deja sin efecto.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Manuel Marchena Gomez Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Juan Saavedra Ruiz Joaquin Gimenez Garcia.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.