



Roj: **STS 5586/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5586**

Id Cendoj: **28079129912024100007**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **06/11/2024**

Nº de Recurso: **6573/2021**

Nº de Resolución: **974/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 5724/2021,**
STS 5586/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 974/2024

Fecha de sentencia: 06/11/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6573/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/05/2024

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AP Málaga

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MCH

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6573/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 974/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D.^a Susana Polo García
D.^a Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 6 de noviembre de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 6573/2021, interpuesto por la Abogacía del Estado, D. Virgilio, representado por la procuradora D.^a Sylvia Scott-Gelndonwyn Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Carlos Sáiz Díaz y D. Enrique Luzón Campos, D. Lucio representado por el procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Lain Corona y D. Alejandro Hernández del Castillo, y la mercantil Sunoptic.com Spain, SL representado por el procurador D. Luis Fernando Granados Bravo, bajo la dirección letrada de D. Santiago Gómez-Villares Pérez-Muñoz contra la sentencia n.º 291/2021 dictada el 3 de septiembre de 2021 y aclarada por auto de fecha 19 de octubre por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Marbella instruyó Procedimiento Abreviado número 27/19, por varios delitos contra la Hacienda Pública, contra Virgilio, Lucio, y la entidad Sunoptic.com Spain, SL; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya sección novena (Rollo P.A. núm. 1155/2020) dictó Sentencia número 291/2021 en fecha 3 de septiembre de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

PRIMERO.- El acusado Virgilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, es dueño y beneficiario último del grupo empresarial multinacional conocido en el tráfico mercantil como Sunoptic, que se dedica al comercio de gafas, monturas y productos ópticos en general. Dicho grupo tiene presencia en varios países, entre los que se encuentran España, Reino Unido, Polonia, Alemania, Bélgica, Canadá, Francia, Italia y Marruecos. En la mayor parte de ellos, el grupo cuenta con una sociedad mercantil de la nacionalidad correspondiente, que en el caso de España se denomina Sunoptic.com Spain, S.L. El dominio del grupo empresarial por parte de dicho acusado no lo ejerce mediante la titularidad directa de las participaciones sociales de las distintas mercantiles que lo integran, sino que la esconde mediante la interposición de otras sociedades que finalmente conducen a él. En concreto, el Sr. Virgilio detenta la propiedad del grupo a través de dos trust puestos a su disposición por profesionales fiduciarios, STM FIDECS TRUST y OM TRUST.

El primero tiene un carácter colectivo en la medida de que constituye una estructura integrada en el despacho STM GROUP PLC, que éste utiliza para canalizar los fondos de sus clientes, entre los que se encuentra dicho acusado.

Por su parte, OM TRUST (integrado en STM FIDECS TRUST) se constituyó en favor de los intereses particulares del Sr. Virgilio, y a él es donde acaban llegando los beneficios resultantes de la actividad desarrollada por el grupo Sunoptic, siendo sus beneficiarios el propio Virgilio y sus dos hijas, menores de edad.

Además de ser titular y beneficiario del grupo Sunoptic, el Sr. Virgilio se encarga directamente de su supervisión y coordinación.

SEGUNDO.- Organizativamente, el grupo Sunoptic se estructura en tres niveles.

En el primero se encuentra su matriz formal, que es la sociedad gibraltareña WWW.SUNOPTIC.COM (INTERNATIONAL), LTD, que en realidad carece de actividad económica.

En el segundo nivel se encuentran las sociedades principales, entre las destaca la británica WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD, y en el que, en determinados periodos de tiempo y, al menos hasta 2015, estaba la española.

Finalmente, en el tercer grupo se encuentran las subsidiarias, dependientes formalmente de la sociedad británica.

La española Sunoptic.com Spain, S.L. fue constituida el 12 de mayo de 1994, originariamente con un nombre distinto, ostentando el actual desde 1999.

Virgilio fue nombrado administrador único de la misma el día 23 de julio de 1997, hasta que por acuerdo de la Junta General de 1 de febrero de 2012 se aceptó su renuncia, nombrándose como tal al también acusado Lucio, mayor de edad y sin antecedentes penales.

El 100% del capital social de Sunoptic.com Spain, S.L. pertenece a la entidad británica del grupo, WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD, sociedad ésta que había sido constituida el 16 de abril de 1996 y en la actualidad está domiciliada en Londres, siendo su administrador el Sr. Lucio y ostentando el cargo de Secretary STM FIDECS LTD.

WWW.SUNOPTIC.COM INTERNATIONAL, LTD, tiene su domicilio social en Montagu Pavillion, 8-10 Queensway, Gibraltar, y pese a figurar formalmente como matriz del grupo, no desarrollaba actividad económica real alguna, careciendo de empleados, almacenes, oficinas o, en general, de una estructura adecuada para realizar las actuaciones inherentes a la gestión del grupo multinacional.

Dicho domicilio coincide con la sede del despacho STM GROUP PLC, entidad ésta para la que presta sus servicios profesionales el Sr. Lucio.

TERCERO.- La gibraltareña WWW.SUNOPTIC.COM (INTERNATIONAL) LTD es formalmente la compradora de las mercancías objeto del tráfico mercantil del grupo, que adquiere del mercado asiático (principalmente de China) los productos que luego son vendidos por el grupo SUNOPTIC.

Entre los años 2009 a 2014, la intervención de dicha sociedad se reducía a esta adquisición puramente formal, puesto que con posterioridad se limitaba a refacturar los productos formalmente adquiridos, emitiendo nuevas facturas a la británica WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD, las cuales reproducían la numeración de las originarias, la referencia de los productos y el número de unidades, si bien con ocasión de esta refacturación se multiplicaba por al menos el doble el precio de compra de los mismos.

Finalmente, WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD es la que asumía el papel de proveedora de mercancías para el resto de entidades del grupo.

Las mercancías adquiridas en ningún caso llegaban, pasaban o se despachaban en Gibraltar, sino que directamente se transportaban desde la fábrica correspondiente en China al Reino Unido (con alguna excepción de escasa cuantía en que se realizaron envíos a Canadá o Bélgica), y desde el Reino Unido se trasladaban a los restantes centros de distribución.

Ahora bien, merced a la refacturación al menos el doble de su precio de adquisición de la sociedad gibraltareña a la sociedad británica, se producía el efecto de residenciar en Gibraltar el previsible beneficio generado por la venta de los productos a los clientes finales, y como consecuencia de ello no se tributaba de forma efectiva por dicho beneficio, habida cuenta del régimen tributario que para las personas jurídicas establece la colonia británica.

Por su parte, las restantes sociedades repartidas por los distintos países en que opera el grupo (que sí realizaban una actividad económica real, pues disponían de empleados, almacenes, instalaciones, etc., y satisfacían los gastos propios), adquirirían las mercancías de la sociedad británica WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD, y no obtenían aparentemente beneficios al figurar como coste de las mercaderías que vendían

el doble de su valor real. Y los fondos obtenidos por su propia actividad se enviaban a una cuenta de WWW.SUNOPTIC.COM UK, LTD, y de ésta a las cuentas de Sunoptic en Gibraltar.

Como consecuencia de esta mecánica defraudatoria las sucursales del grupo presentan unos beneficios nulos o extraordinariamente exigüos, lo que determina una mínima tributación por el impuesto sobre beneficios.

En concreto, y por lo que se refiere a Sunoptic.com Spain, durante los ejercicios 2009 a 2014 solo satisfizo en concepto del Impuesto sobre Sociedades a suma de 717,32, todos en 2011, cuando debería haber pagado € las siguientes cantidades:

- 2009: 431.850,61 €
- 2010: 438.726,08 €
- 2011: 492.985,53 €
- 2012: 559.717,79 €
- 2013: 619.776,49 €
- 2014: 349.591,40 €

El mecanismo defraudatorio que se ha descrito había sido ideado y ejecutado por el dueño del grupo, el Sr. Virgilio, y por el también acusado Lucio, administrador de Sunptic.com Spain, S.L., con la específica finalidad de eludir el pago del Impuesto de Sociedades en nuestro país.

CUARTO.- Virgilio tiene reconocida la condición de residente fiscal en Suiza desde el 1 de diciembre de 2009, la cual obtuvo con arreglo a la Ley del país helvético con la intención de defraudar a la Hacienda española, pues en realidad, al menos entre 2010 y 2014, radicaba en España el núcleo de sus intereses vitales, ya que tenía su residencia habitual en la localidad de Benahabís (Málaga), concretamente en la DIRECCION000 de la DIRECCION001, tratándose de una vivienda de 1.160 m2 construidos sobre una parcela de 3.452 m2, la cual constituye el domicilio habitual de sus hijas, menores de edad, y de su pareja Julieta, viviendo también en ella el Sr. Virgilio gran parte del año.

Dicha vivienda es propiedad del Sr. Virgilio, quien la detenta a través de la sociedad patrimonial Bulay Spain, S.L. (NIF B92088822), que le pertenece.

Bulay Spain, S.L., además, ha sido titular de seis cuentas bancarias en Marbella, por las que transitaban fondos por importe de 1.042.100,16 € entre 2008 y 2014. También es o ha sido dueña de varios vehículos, concretamente un BMW X5 4.8 matrícula NUM000, un Mercedes CLK 320 matrícula NUM001 y un BMW 645 matrícula NUM002.

Dicho acusado también es dueño de otras sociedades patrimoniales domiciliadas en España, entre ellas las siguientes:

- Tixen Properties, S.L. (NIF B84584754), que es titular de cuatro cuentas bancarias en Marbella, por las que transitaban fondos por importe de 1.481.828,64 € entre 2008 y 2014, y dueña de un Rolls Royce Phantom matrícula NUM003, y de tres fincas (una de 3.941 metros cuadrados sin edificar en DIRECCION001, y dos en la DIRECCION002 de DIRECCION003, una de 1.010 metros cuadrados que cuenta con una casa de 495 metros cuadrados, y el 25% de otra de 315 metros cuadrados).

- Funnel Spain 2001, S.L. (NIF B92302231), que es titular de tres inmuebles adquiridos en 2008 en el Conjunto Capanes del Golf de Benahavis, tratándose de dos viviendas y un garaje (fincas registrales NUM004, NUM005 y NUM006), y de dos cuentas bancarias en DIRECCION004 por las que han transitado fondos por importe de 153.369,51 €.

- El 50% de Siever Spain 2000, S.L. (NIF B29170578), que es titular de 18 solares en Urbanización Atalaya Hill-Club (Benahavís) con un valor catastral de 2.013.054,27 €.

Por otro lado, el centro principal y la base de las actividades económicas del Sr. Virgilio se encontraba en España, pues aparte de ser dueño de las sociedades patrimoniales antes mencionadas, la dirección efectiva del grupo Sunoptic se ejercía desde nuestro país, en donde residían los directivos del grupo, en concreto su director general Constancio, su director financiero Cristobal, y su director comercial Elias, encontrándose aquí el mayor número de empleados del grupo.

Al encontrarse en España las personas con las que el Sr. Virgilio mantiene las relaciones familiares y personales más íntimas (sus hijas menores de edad y su compañera sentimental, madre de aquellas), y teniendo en nuestro país el núcleo de sus actividades e intereses económicos, estaba obligado a tributar a la Hacienda Pública estatal española por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por su renta

universal, lo que no hizo, eludiendo de manera consciente y voluntaria el pago de dicho impuesto, ascendiendo las cuotas dejadas de ingresar a las siguientes cantidades:

- 2010: 375.193,56 €
- 2011: 575.121,56 €
- 2012: 577.763,28 €
- 2013: 375.901,41 €
- 2014: 333.885,75 € "

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos a Virgilio , como autor criminalmente responsable de cinco delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del IRPF, ya definidos, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, además de al pago de cinco veinticuatroavas partes de las costas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular personada, a las siguientes penas:

a) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2010, UN (1) AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 375.193,56 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

b) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2011, UN (1) AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 575.121,56 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

c) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2012, UN (1) AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 577.763,28 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

d) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2013, UN (1) AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 375.901,41 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años. Y

e) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2014, UN (1) AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 333.885,75 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

Por vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a la Hacienda Pública en la cantidad defraudada en dichos cinco periodos impositivos, más los intereses tributarios previstos en el art. 26 de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

SEGUNDO.- Que debemos condenar y condenamos a Virgilio , como autor criminalmente responsable de seis delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades, ya definidos, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, además de al pago de seis veinticuatroavas partes de las costas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular personada, a las siguientes penas:

a) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2009, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 863.701,22 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

b) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2010, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 877.452,16 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

c) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2011, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 985.971,06 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

d) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2012, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.119.435,58 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

e) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2013, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.239.552,98 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años. Y

f) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2014, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 669.182,80 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 76 del Código Penal, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena impuesta al Sr. Virgilio no podrá exceder del triple del tiempo de más grave de las penas en que ha incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo.

Por vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a la Hacienda Pública en la cantidad defraudada en dichos seis periodos impositivos, más los intereses tributarios previstos en el art. 26 de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

TERCERO.- Que debemos condenar y condenamos a Lucio, como autor criminalmente responsable de tres delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades, ya definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, además de al pago de tres veinticuatroavas partes de las costas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular personada, a las siguientes penas:

a) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2012, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.119.435,58 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

b) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2013, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 1.239.552,98 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años. Y

c) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2014, DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 669.182,80 €, con cinco meses de apremio personal caso de insolvencia, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.

Por vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a la Hacienda Pública, solidariamente con el Sr. Virgilio, en la cantidad defraudada en dichos tres periodos impositivos, más los intereses tributarios previstos en el art. 26 de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

CUARTO.- Que debemos condenar y condenamos a SUNOPTIC.COM SPAIN, S.L., como autora criminalmente responsable de seis delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades, ya definidos, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, además de al pago de cinco veinticuatroavas partes de las costas procesales causadas, incluidas en esta proporción las correspondientes a la acusación particular personada, a las siguientes penas:

- a) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2010, multa de 877.452,16 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.
- b) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2011, multa de 985.971,06 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.
- c) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2012, multa de 1.119.435,58 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años.
- d) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2013, multa de 1.239.552,98 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años. Y
- e) Por el correspondiente al ejercicio impositivo 2014, multa de 669.182,80 €, y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante tres años

Por vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a la Hacienda Pública, con carácter subsidiario a los anteriores acusados, en la cantidad defraudada en dichos seis periodos impositivos, más los intereses tributarios previstos en el art. 26 de la Ley General Tributaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 576 LEC.

QUINTO.- Que debemos absolver a Virgilio, Lucio y a SUNOPTIC.COM SPAIN, S.L. del resto de delitos que se les imputaban, declarando de oficio seis veinticuatroavas partes de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia."

3.- En fecha 19 de octubre de 2021, la Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"La Sala acuerda aclarar la sentencia Nº 291/21 de 3-09-21 en el sentido que se indica a continuación:

1.- En relación con lo interesado por la Representación Legal del SUNOPTIC.COM SPAIN S.L:

- En la página 2, en el apellido del Letrado defensor se hace constar D Santiago Gómez-Linares Pérez-Muñoz, cuando el nombre correcto es D. Santiago Gómez-Villares Pérez -Muñoz.

- En la página 18 se señala: "Respondiendo a tales alegaciones... realizaran las gestiones pertinentes sobre las operaciones presuntamente fraudulentas realizadas por los investigados, por si tales hechos fueran constitutivos de delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales..." cuando en debería de haberse escrito "contra la Hacienda pública".

2.- En relación con lo interesado por la Representación Legal del acusado Virgilio :

En la página 1, en el apellido del Letrado defensor se hace constar D Antonio Caba Sánchez, cuando el nombre correcto es D. D Antonio Caba Tena, haciéndose referencia también al error padecido en la página 18, ya reseñado.

3.- En relación con lo interesado por el ABOGADO DEL ESTADO:

- Respecto del importe de la multa por el Impuesto de Sociedades del año 2014, recogidos en los pronunciamientos Segundo, Tercero y Cuarto del Fallo, por mero error aritmético, se hace constar que se impone una multa de 669.182,80 €, cuando el duplo de la cuota (siendo ésta en realidad 349.591,40 €, tal y como se recoge en los Hechos Probados Tercero) resulta ser en realidad 699.182,40 €, siendo ésta la cantidad correcta que debe recogerse en la sentencia.

- También se hace constar en el Antecedente de Hecho Tercero (página 3): " Lucio sería responsable en idéntico concepto de los delitos de defraudación del Impuesto de Sociedades por los ejercicios 2013 y 2014, ambos inclusive" cuando debería de decirse: "...por los ejercicios 2012 a 2014, ambos inclusive"

4.- Se corrige de oficio el error detectado en el pronunciamiento Cuarto del Fallo, donde se dice que "Que debemos condenar y condenamos a SUNOPTIC.COM SPAIN, S.L., como autora criminalmente responsable de seis delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades" cuando debería haberse dicho "Que debemos condenar y condenamos a SUNOPTIC.COM SPAIN, S.L., como autora criminalmente responsable de cinco delitos contra la Hacienda Pública por defraudación del Impuesto de Sociedades".

No procede la aclaración solicitada por el Abogado del Estado, recogida en el Fundamento Séptimo de esta resolución, pudiendo ello ser resuelto mediante la interposición del correspondiente Recurso de Casación, que la parte puede plantear si lo estima oportuno, manteniéndose por tanto inalterables el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.

Esta resolución podrá recurrirse conjuntamente, en su caso, con la aclarada.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe."

4.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por el Abogado del Estado y las representaciones procesales de Virgilio, Lucio, y Sunoptic.com Spain, SL, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

5.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Abogado del Estado

Motivo único.- Por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim, por vulneración del artículo 132 en relación con el artículo 305 del Código Penal, en relación con el artículo 136 en relación con los artículos 26 y 27 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004.

Virgilio

Motivo primero.- Por infracción de precepto Constitucional (art. 24 CE) al amparo de los arts. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ. La sentencia se basa en pruebas nulas de pleno derecho al haber sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales, fuera del procedimiento penal, sin control ni autorización judicial y con vulneración de las garantías que rigen en la fase jurisdiccional, generando indefensión.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ, al apoyarse la sentencia en pruebas y diligencias nulas de pleno derecho al haber sido obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales: vulneración de la prohibición de investigaciones penales prospectivas y basadas en meras sospechas y no indicios delictivos.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional (art. 24, tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías), al amparo de los arts. 852 de la LECrim y del art. 5.4 de la LOPJ, vulneración por práctica de diligencias nulas de pleno derecho por vulneración del art. 324 LECrim. que establece los plazos de la instrucción y la admisión de diligencias nulas de pleno derecho.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo previsto en los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por infracción de los derechos fundamentales, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con interdicción de la arbitrariedad, garantizadas por el artículo 24 CE, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas de las que dispuso la Ilma. Sala de Instancia para declarar concurrentes los presupuestos fácticos de carácter objetivo del artículo 305 del Código Penal.

Al amparo del art. 849.1 De la LECrim: error de derecho en la aplicación del art. 305 del CP, en relación con el artículo 9.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al considerar al Sr. Virgilio residente fiscal en España.

Motivo quinto.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim: error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en Autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios: concretamente el Certificado de Residencia Fiscal del Sr. Virgilio, emitido en fecha 17 de marzo de 2016, por el Servicio Territorial de impuestos de la División Territorial del Cantón de Valais, rubricado por el Departamento Jurídico de la Cancillería del Estado, obrante al folio 935, traducido al folio 938, original al folio 1168 y 1170.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim, por vulneración de principio constitucional que ha generado indefensión. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías en su vertiente de ser informado correctamente los hechos objeto de

acusación en el idioma del procesado. Falta de traducción de documentos esenciales del procedimiento que genera indefensión y dificulta el ejercicio del derecho a la defensa.

Motivo séptimo.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim. por vulneración de derechos fundamentales (derecho a un procedimiento con todas las garantías), al haberse privado a mi representado de la posibilidad de beneficiarse de la medida de reducción de la pena prevista en el art. 305.6 del CP.

Motivo octavo.- Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 66.1.6ª CP. Insuficiente justificación de la pena impuesta a nuestro representado. Contradicción entre la fundamentación de la sentencia y el fallo.

Lucio

Motivo primero.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECrim y 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en relación con los artículos 9.3, 24.1 y 2, y 25.1 de la Constitución Española (CE), en tanto que consagran el principio de legalidad, el derecho de defensa, el principio acusatorio, y proscriben los procesos penales prospectivos.

Motivo segundo.- Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, por entender vulnerados los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías contenidos en el artículo 24.2, en relación con el artículo 9.3, ambos de la CE, por inexistencia de prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la indicada presunción de inocencia.

Motivo tercero.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECrim, por indebida aplicación de los artículos 305.1 del CP y 305 Bis. 1 c), en lo que se refiere al mecanismo de defraudación descrito en la sentencia y la existencia de empresa "artificio", sin actividad real, así como sobre el conocimiento que se atribuye a mi representado del supuesto sistema de refacturación.

Motivo cuarto.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECrim, por inaplicación del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, vigente entonces, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), que establece el procedimiento y método de valoración de las operaciones vinculadas o precios de transferencia.

Motivo quinto.- Se desiste de este motivo

Motivo sexto.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECrim, por indebida aplicación de los artículos 114, 115, 141 a) de la LGT, en relación las normas reguladoras de los procedimientos de inspección y comprobación contenidas en los artículos 134 y siguientes, y 145 y siguientes de la misma LGT.

Motivo séptimo.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECrim, por inaplicación del artículo 34.1 de la LGT, en particular, las letras a), e), f), l), m), ñ) y r), en relación con el artículo 99 de la propia LGT.

Motivo octavo.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 849 de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba en lo que concierne a la afirmación de que mi representado es director ejecutivo de STM Fidecs Trust, y de que es administrador de la mercantil británica www.sunoptic.com UK Ltd.

Sunoptic.com Spain, SL

Motivos primero, segundo, cuarto, sexto, y séptimo.- Idénticos a los del recurrente Lucio

Motivo tercero.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECrim, por indebida aplicación de los artículos 305.1 y 305 Bis.1.c) del Código Penal (CP), en lo que se refiere al mecanismo de defraudación descrito en la sentencia y la existencia de empresa "artificio", sin actividad real, así como sobre la relación comercial, que solo se trataba entre www.sunoptic.com UK, Ltd. y Sunoptic.com Spain, S.L.

Motivo quinto.- Se desiste de este motivo.

Motivo octavo.- Infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 849 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 31 bis.1ª) del Código Penal

6.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal apoya el recurso de la Abogacía del Estado y solicita la inadmisión del resto de recursos, impugnándolos subsidiariamente, al igual que el Abogado el Estado sobre los recursos de los otros recurrentes.

Por su parte los recurrentes condenados se adhieren respectivamente a los recursos por ellos presentados e impugnan el de la Abogacía del Estado.

La Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Evacuado el traslado conferido, y hecho el señalamiento para su deliberación y fallo el día 24 de abril, se suspende por providencia del día 16 de abril para su avocación a Pleno. Por providencia del 18 de abril se señala la celebración del Pleno los días 29 y 30 de mayo.

8.- En la deliberación por el Pleno de la Sala, el ponente designado en la causa, Excmo. Sr. D. Javier Hernández García disintió de la mayoría de la Sala, y junto con el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco formulan voto particular, que se incorpora a esta Sentencia, asumiendo la ponencia el Excmo. Sr. D. Eduardo Porres de Urbina, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Preliminar

Se ha recurrido en casación la sentencia número 291/2021, de 3 de septiembre de 2021, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en la que se condenó a los acusados Virgilio , Lucio y SUNOPTIC.COM SPAIN por la comisión de distintos delitos contra la Hacienda Pública, absolviéndoles del resto de delitos de la misma clase por los que habían sido acusados. El primer acusado fue condenado por la comisión de 11 delitos, el segundo de 3 delitos y la tercera por la comisión de seis delitos. La citada sentencia fue objeto de aclaración por auto de 19/10/21.

Contra la sentencia se han interpuesto recursos de casación por la Abogacía del Estado, y por los condenados Virgilio , Lucio y SUNOPTIC.COM SPAIN.

En primer lugar y por razones metodológicas daremos respuesta a los recursos de estos últimos, iniciando nuestro análisis por los motivos cuya estimación podría dar lugar a nulidad de actuaciones.

2. Motivo por infracción de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim , por la valoración de pruebas nulas de pleno derecho al haber sido obtenidas con infracción de derechos constitucionales

2.1 En el primer motivo del recurso interpuesto por el Sr. Virgilio se alega que la actividad investigadora llevada a cabo tanto por la AEAT como por la Fiscalía, antes de la incoación del presente proceso penal, se hizo mediante indagaciones que afectaban a derechos fundamentales del recurrente y sin autorización judicial.

Se alega que, presentada denuncia contra el Sr. Virgilio , la AEAT inició una investigación de dudoso ajuste a las normas legales que regulan la actividad de inspección. Esa investigación se prolongó durante tres años sin resultado alguno y sin que se determinara, ni siquiera de forma provisional, la cuota presuntamente defraudada. Ampliada la denuncia en fecha 09/04/2013 continuó la investigación remitiendo a la Fiscalía un informe/denuncia fechado el 17/09/2013. Por su parte, la Fiscalía Provincial de Málaga incoó las Diligencias de investigación penal número 388/2013 y, sin hacer mínima comprobación de los elementos objetivo del tipo penal de defraudación fiscal, ofició a la Guardia Civil para que investigaran los hechos. La Guardia Civil, sin control alguno, procedió a realizar una investigación prospectiva que se prolongó durante meses culminando con un informe fechado el 09/06/2014. En el curso de esa investigación se produjo la injerencia en derechos fundamentales del recurrente, sin autorización o control judicial. Se señalan como lesivas las siguientes actuaciones: (i) La realización de seguimientos sobre la familia del Sr. Virgilio , controlando sus desplazamientos, captando imágenes, incluida la hija menor e identificando a personas vinculadas con la familia como la niñera personal; (ii) Se realizaron requerimientos a las compañías aéreas para controlar las entradas y salidas del Sr. Virgilio del territorio nacional, destacando que posteriormente, en la investigación judicial, se llevaron a cabo diligencias semejantes como el requerimiento de información a entidades bancarias que contaron, ahora sí, con autorización judicial; (iii) Se recabó información sobre la escolarización de la hija menor del recurrente y (iv) Se le hicieron seguimientos así como a sus trabajadores, captando imágenes y comprobando sus horarios laborales, llegando a escuchar conversaciones entre el Sr. Virgilio y algunos de sus empleados.

Considera esta defensa que estas diligencias preprocesales lesionaron los derechos fundamentales de su cliente y son nulos, extendiéndose la nulidad a las diligencias posteriormente practicadas en fase de instrucción, porque todas ellas tuvieron su origen en las diligencias practicadas ilícitamente por la Guardia Civil.

2.2 En relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Agencia Tributaria, a partir de unas denuncias presentadas contra el Sr. Virgilio , lo único que afirma el recurso, sin mayor justificación, es que tenían un

dudoso encaje con las normas que rigen las actuaciones inspectoras. La única queja que se expresa es que tuvieron una duración de tres años sin resultado alguno.

Pues bien, la sentencia impugnada dio cumplida cuenta de esta cuestión, sin que frente a sus sólidos argumentos se hayan formulado alegaciones que desvirtúen o pongan en cuestión su corrección. En efecto, la citada resolución, distinguiendo entre las actividades de investigación y de inspección para las que se encuentra facultada la administración tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 141 g) y 145 de la Ley General Tributaria, describió las actuaciones llevadas a cabo para investigar los hechos denunciados, en el marco de las facultades reconocidas por la Ley. Señala la sentencia en sus párrafos más significativos los siguientes:

A partir de una segunda denuncia en la que se aportaba "más información más detallada sobre las empresas del Sr. Virgilio, las personas que actuarían en su nombre en la firma BDO en Gibraltar, que asumiría formalmente las funciones directivas del grupo, los ingresos obtenidos por el denunciado, la ubicación de la sede de Sunoptic Spain, S.L. en las oficinas de Plaza Abogados, la existencia de OM TRUST como titular de las Acciones de Sunoptic International, el procedimiento de adquisición en China de las gafas cuya venta es el objeto comercial del grupo y el procedimiento de facturación para conseguir que las empresas del grupo sitas en los distintos países no pagaran impuestos, la presunta participación en los hechos de Lucio, etc., información proporcionada por una persona que, aun siendo evidente que estaba enemistada con el Sr. Virgilio, pues ambos mantenían diversos litigios (por lo que debía ser contemplada con grandes reservas), procedía de una persona que en el pasado había mantenido relaciones económicas y societarias muy estrechas con aquel, debido a lo cual tenía un conocimiento privilegiado y de primera de mano de los negocios del mismo.

No es de extrañar, por ello, que la AEAT decidiera realizar determinadas comprobaciones con carácter previo a emprender actuaciones inspectoras o a formular denuncia ante el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción, lo cual, por otro lado, está previsto legalmente en el art. 114 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que establece que recibida denuncia en la que se ponga en conocimiento de la Administración tributaria hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias o tener trascendencia para la aplicación de los tributos, se remitirá al órgano competente para realizar las actuaciones que pudieran proceder si existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados y éstos son desconocidos para la Administración tributaria. Por su parte, el art. 115 de dicho texto legal establece, dentro de las potestades y funciones de comprobación e investigación que corresponden a la AEAT, la de "comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, negocios, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables".

La sentencia también describe las actuaciones practicadas:

"Con la información recabada, la AEAT procedió a analizar los riesgos fiscales detectados, precisando (en el apartado "metodología y limitaciones, folio 28 vuelto) que se recogían estimaciones basadas en datos indiciarios e indirectos, pero que se estiman suficientemente fundamentados y que constituían el techo de conocimiento al que en ese momento se podía llegar, en relación al IRPF del Sr. Virgilio y al impuesto de Sociedades de las mercantiles con él vinculadas, no pudiendo precisar las cantidades supuestamente defraudadas aunque, en base a los ingresos supuestamente obtenidos por aquel, su elevado nivel de vida e inversión, se consideraba que fácilmente podrían integrar el tipo delictivo definido en el art. 305 del Código Penal, proponiendo al Ministerio Fiscal (destinatario del informe) la realización de diversas acciones encaminadas a llegar a la certeza de que se ha cometido un fraude fiscal, para lo cual era preciso acreditar que el Sr. Virgilio era residente fiscal en España, desde donde controlaría y dirigiría una organización empresarial de carácter plurinacional que le proporcionaría importantes beneficios y si desde el despacho de Plaza Abogados en DIRECCION004 se estaban realizando determinadas maniobras de interposición personal necesarias para la comisión de los hechos denunciados.

En definitiva, la actividad llevada a cabo por la AEAT en esta fase pre procesal fue de carácter meramente investigativa, encaminada a obtener datos que pudieran otorgar veracidad, o no, a la denuncia formulada por el Sr. Ezequías, no dando lugar la misma a ningún acto administrativo que tuviera que ser puesto en conocimiento del denunciado, acudiendo la administración tributaria, para ello, a sus propias bases de datos oficiales y a la información abierta que cualquier usuario de internet puede obtener, no tratándose de una actuación inspectora que obligara a dar entrada a los principios de audiencia y contradicción. Y una vez que la AEAT concluyó que existían indicios de la posible comisión de un hecho delictivo, lo puso en conocimiento del Ministerio Fiscal por si éste consideraba oportuno incoar diligencias de investigación y llevar a cabo las actuaciones que estimara necesarias en orden a su acreditación".

A la vista de cuanto se acaba de exponer y coincidiendo con el criterio del tribunal de instancia, las actuaciones realizadas por la AEAT se enmarcaron en las funciones de investigación para las que está facultada por ley y no

fueron prospectivas porque tuvieron como origen distintas denuncias en las que se ofrecieron datos precisos que permitían presumir razonablemente la posible existencia de una grave infracción tributaria.

2.3 En cuanto a las diligencias de investigación realizadas por la Fiscalía de Málaga conviene recordar que esta clase de diligencias tiene su soporte legal en el artículo 773.2 de la LECrim y en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Se pueden incoar cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delito y su alcance se encuentra limitado en una doble dirección: De un lado, su duración no puede exceder de doce meses, debiendo concluir en todo caso cuando se tenga conocimiento de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos y, de otro lado, no pueden conllevar la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, salvo la detención preventiva.

En general, el Ministerio Fiscal está facultado para la práctica de cualquier diligencia de investigación que no precise de intervención judicial y ninguna de las diligencias practicadas se haya en esa situación. Por más que alguna de ellas pudiera suponer una ligera afectación de derechos fundamentales, no fueron limitativas de los mismos y no requerían autorización judicial. La realización de seguimientos, de reportajes fotográficos o la obtención de información de registros públicos o privados son diligencias que el Ministerio Fiscal puede realizar en el marco de su actividad investigadora, por lo que no apreciamos lesión alguna de derechos fundamentales que conduzca a declarar la nulidad de las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal.

Más en concreto y en relación con la obtención de datos en registros públicos y privados, que podrían suponer una afectación de datos de carácter personal y como acertadamente señala el Ministerio Público en su informe, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, vigente al tiempo de los hechos, permitía al Ministerio Fiscal la obtención de información de bases de datos sin necesidad de consentimiento del afectado, como así se reconoció en la sentencia de esta Sala número 986/2006, de 19 de junio.

A similar conclusión debe llegarse en relación con la realización de seguimientos o de reportajes fotográficos. En este tipo de diligencias se produce una leve afectación de la intimidad pero no es preciso para realizarlas autorización judicial. Lo viene haciendo la policía en el marco de sus diligencias de forma habitual sin necesidad de intervención de la autoridad judicial.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2013, se cita la STS de 06/05/1993 (recurso 2339/1991), en la que dijimos que en el desarrollo de las funciones de investigación del Ministerio Fiscal *"se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial...no están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Estas posibilidades tienen un límite, establecido en la misma sentencia: la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello, cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental"*.

Es cierto que esta Sala en la STS 980/2016, de 11 de enero de 2017, ha señalado que las investigaciones del Ministerio Fiscal no pueden ser ocasión o instrumento para despojar al ciudadano de sus garantías o derechos, entre los que se encuentra la toma de declaración del sospechoso, asistido de Letrado, quien podrá tomar conocimiento de las actuaciones (art. 5 EMF) y en este caso no se cumplió con esta exigencia. No obstante, la sentencia impugnada justificó esta omisión dada la naturaleza y contenido de las diligencias practicadas. Dice la sentencia:

"...el Ministerio Fiscal acordó en su decreto de 9 de octubre de 2013 (folio 31) que, revistiendo los hechos que se denunciaban por la AEAT la apariencia de delito, procedía oficiar oficio a la Guardia Civil para que los investigara. Es ese momento solo existían indicios en contra del Sr. Virgilio, y lo que hizo la unidad investigadora, conjuntamente con funcionarios de la AEAT, fue acopiar información (consultando registros públicos y efectuando algunas vigilancias sobre sus llegadas y salidas del aeropuerto) a fin de determinar si el

denunciado residía en España durante más de 183 días, o si radicaba en nuestro país el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, como exige el art. 9 de la Ley del IRPF para poder considerarlo contribuyente con residencia habitual en territorio español, y también sobre las empresas relacionadas con él, emitiéndose primero un informe provisional, y más tarde un "informe de judicialización", en el que ya los investigadores recogieron su parecer, en base a la información que obtuvieron sin necesidad de acudir a medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los afectados, que existían indicios de la comisión de varios delitos contra la Hacienda Pública.

Es decir, en supuesto concreto que nos ocupa las diligencias ordenadas por el Ministerio Fiscal estuvieron orientadas a obtener los datos y elementos de juicio necesarios para valorar si había motivos para formular denuncia contra el Sr. Virgilio o si, por el contrario, procedía el archivo de las diligencias, ostentando el denunciado en aquel momento, y hasta que se dictó el decreto de 26 de junio de 2014 (folio 2) la condición de mero sospechoso, pues antes de emitirse el "informe de judicialización" se desconocía si podía ser considerado contribuyente con residencia habitual en nuestro país.

En suma, las diligencias que se llevaron a cabo por orden del Fiscal tuvieron una finalidad puramente instrumental en cuanto a que tenían por objeto obtener datos para decidir el trámite procesal subsiguiente, es decir, valorar si se debía instar una investigación e instrucción judicial, o si por el contrario se debía proceder a su archivo, optando el Fiscal por la primera de las alternativas.

Todas las diligencias que se llevaron a cabo (insistimos, consultando registros públicos, fuentes abiertas de internet y realizando algunas vigilancias en lugares públicos) no afectaron a los derechos fundamentales del denunciado, y solo cuando se emitió el informe de judicialización se supo que quizá había podido cometer varios delitos contra la Hacienda Pública, siendo éste el momento en el que se debía dar cumplimiento a los principios de defensa y contradicción a los que se refiere el art. 5 EOMF, si bien el Fiscal acordó denunciar los hechos a fin de que el enunziado, ya en sede judicial, pudiera contar con los derechos que la Ley otorga a las personas a las que se imputan hechos de esta naturaleza".

En consecuencia, tampoco las diligencias de investigación preprocesales del Ministerio Fiscal incurren en causa de nulidad por lesión de derechos fundamentales. Fueron actuaciones practicadas en el marco de los poderes de investigación atribuidos por ley al Ministerio Público.

El motivo se desestima.

3. Motivo por infracción de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, por infracción de los artículos 9.3, 24.1 y 25.1 CE, que consagran el principio de legalidad, el derecho de defensa, el principio acusatorio y proscriben los procesos prospectivos.

3.1 En el segundo motivo del recurso formalizado por el Sr. Virgilio y en el primer motivo de los recursos interpuestos por Lucio y SUNOPTIC.COM SPAIN se formula una queja común a la que vamos a dar también una respuesta conjunta.

Sa afirma en los distintos recursos que ha existido una investigación prospectiva con lesión del del derecho de defensa y del principio acusatorio.

En el recurso del Sr. Virgilio se alega que el Juzgado de Instrucción admitió a trámite la denuncia formulada por la Fiscalía y dictó el correspondiente auto de incoación de Diligencias Previas el 27/06/2014 a partir de una investigación previa prospectiva, desarrollando, a su vez, una actividad también prospectiva porque, pese a la investigación administrativa realizada, no existían indicios de criminalidad. A juicio de la defensa, debieron devolverse las actuaciones a la AEAT para que determinara al menos la cuota tributaria supuestamente defraudada o, en otro caso, debería haberse realizado un análisis crítico de la actuación llevada a cabo por la Fiscalía y acordar el archivo por su carácter prospectivo porque no había base para iniciar una investigación.

En los otros dos recursos la queja se centra en señalar que la investigación no debería versar sobre hechos diferentes y posteriores a los producidos al tiempo de presentación de la denuncia, en referencia a las liquidaciones de los impuestos de sociedades de los ejercicios 2013 y 2014, dado que los plazos de presentación de las autoliquidaciones de esos ejercicios vencieron respectivamente los días 25/07/14 y 25/07/14, es decir, con posterioridad a la fecha del auto de incoación.

Se argumenta que el Juzgado de Instrucción, antes incluso de dictar el auto de incoación, acordó el 09/06/14 que la Unidad de Apoyo Judicial de Auxilio de la AEAT junto con la Guardia Civil realizaran las gestiones pertinentes sobre las operaciones presuntamente fraudulentas de las personas objeto de investigación recabando de la Agencia Tributaria un informe que necesariamente había de tener como horizonte temporal las operaciones tributarias anteriores a la fecha de incoación, no a las posteriores. Sin embargo, no se procedió

de esa forma. La AEAT emitió informe el 8 de junio de 2018 incluyendo en él las liquidaciones de los ejercicios 2013 y 2014 lo que, a juicio de las defensas, constituye una investigación prospectiva.

3.2 El motivo no puede tener favorable acogida. En la STS 521/2015, de 13 de octubre, dijimos que la *notitia criminis* es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito (STC 169/90 y 32/94), por lo que se constituye en un presupuesto de procedibilidad en la medida que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos de fisonomía delictiva. Es cierto que el hecho objeto de investigación, con independencia de su complejidad, debe estar delimitado y que no es posible iniciar procesos penales para investigar en general a una persona o a un entero ámbito profesional o empresarial o un fenómeno social.

La *inquisitio generalis* no tiene legitimidad constitucional aun cuando se realice con metas de prevención delictiva. La reacción de la maquinaria del Estado frente a posibles hechos delictivos no debe ser pretexto para una actuación irreflexiva y desproporcionada, pues solo cabe seguir un proceso penal, incluso desde su fase inicial de investigación, cuando existan indicios de la comisión de una infracción penal, sin que quepa su utilización en ausencia de tales indicios. Como señala la doctrina, un Estado Constitucional repudia la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona, ya que genera persecuciones indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno.

Ahora bien, eso no significa que una investigación penal pueda quedar delimitada o circunscrita a los hechos que se describan en la denuncia o *notitia criminis* inicial. El uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión.

En la citada STS 521/2015, citada posteriormente en la STS 908/2021, de 24 de noviembre, señalamos que "la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24C.E. (SSTC 173/1987), 145/1988, 186/1990 y 41/1998). Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989 y 41/1998).

3.3 En este caso se presentaron varias denuncias contra el Sr. Virgilio ante la AEAT de Málaga y se hicieron determinadas comprobaciones por el organismo administrativo antes del inicio de un proceso de inspección o de formular denuncia ante la Fiscalía. Posteriormente se presentó la denuncia en la Fiscalía, incoándose las Diligencias de investigación 388/2013, oficiándose a la Guardia Civil para que realizara las oportunas comprobaciones de los hechos denunciados, a fin de determinar si el denunciado era residente fiscal en España y si en este país radicaba el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos. Finalmente la Fiscalía presentó la denuncia que dio lugar a la incoación de Diligencias Previas por auto de 27/06/2014.

Sobre la legalidad de las actuaciones realizadas por la AEAT y por la Fiscalía ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico anterior. Procede ahora determinar si la investigación judicial fue prospectiva, calificativo que se utiliza en los recursos para cuestionar que las actuaciones judiciales se extendieran a dos ejercicios fiscales (2013 y 2014) cuyo plazo para la presentación de las correspondientes liquidaciones no había vencido al tiempo de la incoación del proceso penal.

Como acabamos de señalar, el auto de incoación inicial no delimita los hechos susceptibles de investigación. Es factible que la investigación se extienda a hechos nuevos o a periodos temporales no contemplados inicialmente. Tratándose de un delito fiscal, que es una figura delictiva que con frecuencia se prolonga en el tiempo y que, en ocasiones, obedece a contextos y prácticas de tributación similares, entra dentro de lo razonable que la investigación trate de abarcar todos los ejercicios fiscales en los que se hayan podido llevar a cabo actuaciones fraudulentas. Nada de irregular o ilegal hay en esa forma de proceder. Lo que delimita el objeto de enjuiciamiento no es el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas sino el escrito de acusación.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

4. Motivo por infracción de derecho constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, por infracción de los artículos 9.3, 24.1 y 25.1 CE, que consagran el principio de legalidad, el derecho de defensa y el principio acusatorio por vulneración del plazo de instrucción previsto en el artículo 324 de la LECrim

4.1 En el tercer motivo del recurso formalizado por el Sr. Virgilio y en los primeros motivos de los otros dos recursos se censura la vulneración del plazo de instrucción establecido en el artículo 324 de la LECrim.

En el recurso del Sr. Virgilio se destaca que los informes de la AEAT, que han sido la prueba de cargo nuclear, fueron presentados una vez expirado el plazo de instrucción y también incurrió en esa deficiencia procesal la declaración del recurrente, que se estima nula por haber sido practicada de forma extemporánea. Se alega que no es admisible considerar que estos informes fueran encargados antes de la expiración del plazo toda vez que la orden judicial no era un mandato específico sino indeterminado que suponía la continuación de las actividades de investigación sin atender al plazo establecido en el artículo 324 de la LECrim.

En los recursos del Sr. Lucio y de SUNPOTIC.COM se construye su argumentación con apoyo en el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga número 266/2018, de 26/03/2018, que anuló el auto del Juzgado de Instrucción de 08/06/2017 por el que se acordó la prórroga del plazo de instrucción.

Se alega que con posterioridad a la finalización del meritado plazo, por diligencia de 05/06/2018, se incorporó un informe de la AEAT de 29/05/2018 y por auto de 20/06/2020 se modificó el objeto de investigación, acordando citar a los investigados Sr. Virgilio y Sr. Lucio, procediéndose también a la ratificación del aludido informe. Se expone que no es factible la práctica de nuevas diligencias, una vez finalizado el plazo de instrucción y tampoco la ampliación del objeto de investigación, y el incumplimiento de esa prohibición ha sido determinante para que se dictara el auto de conclusión de la fase de instrucción. Se concluye afirmando que "la necesidad de dar audiencia al investigado en la etapa de instrucción es una garantía básica de nuestro ordenamiento jurídico, que emana del derecho a la defensa, a la contradicción y a ser informado directamente por el Juez de los hechos que se le imputan. Esa garantía plasmada en doctrina y jurisprudencia, bajo el axioma de que nadie puede ser juzgado sin ser llamado a declarar por el juez de instrucción, está plenamente reconocida en la extensa y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) número 19/2000, de 31 de enero".

4.2 El adecuado entendimiento del objeto del presente recurso aconseja precisar algunas de las vicisitudes del procedimiento:

(i) Por auto de 02/12/2015 se dispuso hacer entrega de una copia de la documentación intervenida en las actuaciones y obtenida por volcado de la documentación intervenida en soporte informático o existente en las cajas de documentación intervenida en soporte papel, a la Unidad de Policía Judicial de la Guardia Civil y a la Unidad de Investigación de la Agencia Tributaria "al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos objeto de investigación"

(ii) En auto de 06/06/2016 se acordó la prórroga del plazo de instrucción por un periodo de 18 meses.

(iii) Mediante auto de 26/03/2018 de la Audiencia Provincial se declaró la nulidad del auto de prórroga de 06/06/2016, por haber sido acordada esa prórroga sin haber dado traslado a las partes para alegaciones.

(iv) Una vez anulada la prórroga y como consecuencia de la Disposición Transitoria de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que fijó un plazo para instrucción de 6 meses contado a partir de los dos meses de la entrada en vigor de dicha ley (05/12/2015), el plazo de instrucción de la presente causa finalizó el 05/06/2016.

(v) Con posterioridad a dicho plazo, en fecha 08/06/2017 se acordó dirigir Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar (folios 1232), ampliada mediante providencia de 06/11/2017, que fue incorporada a las actuaciones por providencia de 27/03/2018 (folio 1475).

(vi) En fecha 06/06/2018 (folio 1612) se incorporó un informe de la AEAT fechado el 30/05/2018, relativo al Sr. Constancio y en fecha 16/08/2018 (folio 1797), se incorporó un informe del mismo organismo de 01/08/2018, relativo a SINOPTIC.COM.

En el primer informe se hace alusión expresa (folio 1566) a que su elaboración ha tenido como soporte "el análisis de los documentos, tanto en formato papel como digital, obtenidos en los registros judiciales llevados a cabo el día 26/11/2015, de las Bases de Datos de la AEAT, de la documentación adicional requerida por el auxilio judicial a instancia del Juzgado Instructor, de los Registros Públicos y de otras fuentes de información abiertas, y del resultado de la Comisión internacional efectuada a las autoridades de Gibraltar".

En el segundo informe se hace alusión expresa (folio 1600 vuelto) a que "se ha elaborado en base al análisis de los documentos obtenidos en el registro judicial llevado a cabo el pasado día 26/11/2015, de las Bases de Datos de la AEAT, de documentación adicional requerida por el auxilio judicial a instancia del Juzgado Instructor, de Registros Públicos y de la consulta de fuentes de información abiertas".

(vii) Mediante auto de 20/06/2018 se acordó citar para declarar como investigados a Virgilio, Constancio, Cesar, Lucio y representante legal de SINOPTIC.COM.

(viii) Con posterioridad a las declaraciones se unió a autos una abundante prueba documental presentada por la defensa de Cesar (folios 1719-1792).

(ix) También con posterioridad se unió a autos una ampliación de la Comisión Rogatoria librada a Gibraltar derivada de las gestiones solicitadas en la citada Comisión (folios 1847-1856).

(x) La instrucción concluyó por auto de 15/03/2019 (folios 1900-1903) en el que se dispuso la continuación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado.

4.3 Según recordamos en STS 176/2023, de 13 de marzo, el artículo 324 de la LECrim, vigente al tiempo de los hechos, conforme a la redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, establecía un plazo máximo de instrucción de seis meses, que podía ser objeto de prórroga cuando la causa fuera declarada "compleja" a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. En tal caso el plazo inicial podía prorrogarse hasta los 18 meses, siendo posible otras prórrogas de igual plazo o inferior, también a instancia del Fiscal. Incluso cabía una prórroga adicional sin plazo preestablecido, previa solicitud de parte, si a juicio del Instructor existían razones que lo justificaran.

El precepto señalaba también que los plazos quedaban interrumpidos en supuestos de declaración de secreto y de sobreseimiento provisional, en cuyo caso, cuando se alzara el secreto o se procediera a la reapertura de las diligencias continuaría la investigación por el tiempo que restara hasta computar los plazos antes indicados.

Y también disponía la norma que *"las diligencias acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos"* (324.7) y que *"en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641"* (324.8).

Estos dos últimos apartados del precepto permiten concluir, de un lado, que las diligencias practicadas fuera de plazo no son válidas y, de otro, que finalizada la instrucción, en función de las diligencias que se hayan practicado hasta ese momento y sólo con ellas, se habrá de decidir si el proceso ha de continuar o si, en otro caso, procede acordar su sobreseimiento.

El artículo 324.7 de la LECrim no disponía de forma expresa que las diligencias practicadas fuera de plazo fueran inválidas, (prescripción que sí hace el precepto actualmente vigente -art. 324.3-) pero por razones de lógica elemental, si se fija un plazo para instruir y si precisa que son válidas las diligencias acordadas dentro de ese plazo, la conclusión obligada es que carecen de validez las diligencias acordadas fuera de plazo ya que, de lo contrario, el propio plazo carecería de finalidad alguna.

La invalidez de las diligencias de investigación practicadas fuera de plazo viene determinada porque, vencido el plazo, el juez de instrucción carece de competencia para seguir investigando (STS 605/2022, de 16 de junio). El establecimiento de ese plazo ha de tener necesariamente consecuencias jurídicas que se concretan en la invalidez de las diligencias practicadas extemporáneamente ya que la ley no establece ningún mecanismo de subsanación (STS 355/2021, de 27 de mayo).

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2015 es singularmente precisa sobre este particular. Señala que "...se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo su calificación inicial al órgano instructor. Se prevé la posibilidad de la prórroga de estos últimos a instancia del Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad ex artículo 124 de la Constitución, y en todo caso, oídas las partes personadas, y, para todos los supuestos, de una prórroga excepcional a instancia de cualquiera de las partes personadas y oídas las demás, con mucha flexibilidad, pero de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones".

En la STS 48/2022, de 20 de enero, declaramos que la invalidez de las diligencias extemporáneas es coincidente con lo dispuesto en el artículo 197 de la LECrim en el que se dispone que *"las resoluciones de Jueces, Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia, y las diligencias judiciales, se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas"* y con el artículo 202 del mismo texto legal en el que se preceptúa que *"serán improrrogables los términos judiciales cuando la ley no disponga expresamente lo contrario"*.

Sin embargo, la clase de invalidez de las diligencias practicadas fuera de plazo no es la nulidad radical o absoluta sino una invalidez limitada al momento procesal de su aportación, ya que nada impide que la información probatoria derivada de las diligencias practicadas fuera de plazo, pueda aportarse a juicio. Es decir, se trata de diligencias irregulares (STS 455/2021, de 27 de mayo).

En efecto, en la STS 836/2021, de 3 de noviembre, declaramos que "(...) lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente

de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTs 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo. La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso -vid. STC 97/2019-(...)"

Se señalaba, a título de ejemplo, que la aportación extemporánea de un documento impide la valoración de ese documento para decidir sobre la procedencia de la continuación del proceso conforme a lo que preceptúa el artículo 779.1.4 LECrim pero, de existir otros indicios suficientes para la prosecución del proceso, ningún obstáculo procesal había para aportar ese documento en el juicio, bien con el escrito de conclusiones bien en su trámite inicial. Decíamos en la sentencia citada que no había razón legal que impidiera que el contenido informativo de la diligencia practicada fuera de plazo pudiera "(...) ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes -vid. SSTC 303/93, 171/99, 259/2005, 216/2006, 197/2009- (...)"

La regla general de imposibilidad de practicar diligencias de investigación fuera de plazo tiene dos excepciones, una prevista en la ley y otra declarada por esta Sala.

En primer lugar, el artículo 324.7 aplicado y el actual artículo 324.2 de la LECrim disponen la validez de las diligencias aportadas fuera de plazo pero acordadas con anterioridad a la finalización del plazo.

En segundo lugar, en la STS605/2022, de 16 de junio, hemos declarado que pueden practicarse fuera de plazo las diligencias de instrucción que se deriven inescindiblemente de otras diligencias ya admitidas dentro de plazo. En la sentencia citada se había solicitado a un operador de Internet los datos de registro de una cuenta de correo así como las IP de las conexiones registradas por esa cuenta y, a raíz de la contestación ofrecida por el operador, se acordó, ya rebasado el plazo de instrucción, la remisión de la dirección de IP asociada a uno de los correos para proceder a la identificación de su titular. Se argumentó que no se trataba de una sucesión de diligencias de investigación funcionalmente diferenciadas sino de diligencias con una incuestionable conexión funcional, en la medida en que para conocer lo que evidenció la segunda de las diligencias la primera diligencia operaba como indefectible presupuesto.

4.4 En el caso que centra nuestra atención la cuestión a determinar es si es conforme a derecho la aportación de los informes periciales de la AEAT más de dos años después de finalizado el plazo de instrucción, así como la práctica fuera de plazo de un buen número de diligencias.

En una primera aproximación parecería que los informes periciales aportados por la AEAT fueron acordados por el Juzgado de Instrucción antes del vencimiento del plazo, mediante auto de 02/12/2015. En esa resolución se entregó la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil "al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos objeto de investigación".

Esa forma de ordenar la diligencia es sumamente abierta y genérica. La providencia no especifica en modo alguno ni el contenido del informe, ni el periodo temporal susceptible de análisis ni las personas objeto de investigación. La orden judicial se identifica mejor con una orden general para continuar y desarrollar la investigación, enmarcada en los poderes que el juez de instrucción tiene para investigar los hechos a través de la policía judicial, conforme a lo previsto en el artículo 777.1 de la LECrim, en el que se dispone que *"el juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competencia para el enjuiciamiento"*.

En principio y por más que sea una cuestión muy matizable en función de las concretas circunstancias de cada caso, finalizado el plazo de instrucción, las diligencias de investigación que se practiquen por orden judicial y que se enmarquen en esa clase de mandatos genéricos de investigación no pueden ser aportadas al procedimiento en ese momento procesal ya que el vencimiento del plazo afecta no sólo a las diligencias que practique directamente el Juez de Instrucción sino a las diligencias que lleve a cabo la Policía Judicial o cualquier otro organismo administrativo a consecuencia de una orden genérica de investigación. De lo contrario, bastaría una orden de ese tipo para neutralizar el plazo de instrucción y para aportar cualesquiera diligencias derivadas de indagaciones posteriores a la finalización del plazo y practicadas una vez rebasado ese límite temporal.

Por tanto, cuando el artículo 324 de la LECrim dispone que serán válidas *"las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o sus prórrogas"* se está refiriendo a diligencias concretas y suficientemente individualizadas.

En este caso podemos afirmar sin margen de duda que la remisión de la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil lo fue para que siguieran investigando. La forma abierta y genérica en que se dio la orden no sugiere que se ordenara la remisión de un informe con un contenido concreto y preciso, sino que se facultó a los destinatarios para que siguieran investigando y elaboraran su informe al final de sus indagaciones, y tan es así que los informes emitidos se nutrieron del análisis de las bases de datos existentes o de fuentes de información abiertas y, sobre todo, incorporaron (al menos el primer informe) la información contenida en la Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, librada el 08/06/2017 y su ampliación (27/03/2018), ordenada muchos meses después de finalizado el plazo de instrucción.

En consideración a lo expuesto, las diligencias practicadas fuera de plazo (Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, su ampliación, las declaraciones de los investigados y la documentación unida con posterioridad), son diligencias de investigación que no debieron ser tomadas en consideración para adoptar la resolución por la que se concluyó la instrucción y se acordó continuar el procedimiento por los trámites del Procedimiento Abreviado.

El plazo de instrucción es un término esencial y sólo las diligencias tempestivas pueden servir de fundamento al auto de prosecución del procedimiento. Lo contrario supone una violación de una norma procesal esencial que determina la nulidad del citado auto y supone también una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE.

Para que exista lesión de ese derecho no basta que se haya producido una vulneración de las normas procesales, es preciso también que se haya lesionado de forma real y efectiva el derecho de defensa, que se haya producido indefensión. No existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada. No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE. Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90, 106/93, 366/93).

En este caso entendemos producida esa indefensión en la medida en que la pretensión punitiva realizada por la acusación puede desbordar la realidad fáctica susceptible de enjuiciamiento, que viene predeterminada por los hechos incluidos en el auto de conclusión de la instrucción y que fueron perfilados valorando diligencias de investigación inválidas por haber sido practicadas fuera del plazo de instrucción previsto legalmente.

Consecuentemente y con estimación de los dos recursos a los que estamos dando contestación, procede acordar la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, a fin de que el Juzgado de Instrucción acuerde la resolución que proceda conforme a lo previsto en el artículo 324 de la LECrim, sin tomar en consideración las aludidas diligencias.

4.5 No obsta a lo anterior el hecho de que dos de los recurrentes no hayan interesado la nulidad de actuaciones sino su absolución y otro de los recurrentes lo que haya interesado es la nulidad del auto de apertura de juicio oral.

En las sentencias de casación el contenido de su fallo viene predeterminado por la ley, al margen de la petición que se formule. Si se estiman motivos por infracción de ley el fallo consistirá en la anulación de la sentencia impugnada y el dictado de la nueva sentencia que proceda (art. 902 LECrim). Si se estiman motivos por quebrantamiento de forma el fallo será la nulidad y la devolución de la causa al Tribunal del que proceda reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta (art. 901. Bis a LECrim). En caso de lesión de derechos fundamentales, como aquí ocurre, esta Sala ha de pronunciarse bien por la absolución, bien por la nulidad con devolución de las actuaciones al Tribunal del que proceda, cuando la lesión sea equiparable en sus efectos al quebrantamiento de forma, situación que es la que aquí concurre. La valoración de diligencias de investigación extemporáneas no conduce a la absolución, como se pretende en dos de los recursos, sino

a la nulidad de actuaciones a partir de la resolución en la que se haya producido la deficiencia determinante de nulidad.

Tampoco obsta a la declaración de nulidad el que el auto indebidamente conformado no fuera objeto de recurso invocando precisamente la causa de nulidad que ahora apreciamos.

Cuando se produce una infracción procesal determinante de nulidad de actuaciones durante la fase de instrucción, al margen de que se puedan utilizar los recursos ordinarios establecidos en la LECrim, cabe también su invocación en el trámite previsto en el artículo 786.2 de la LECrim, en el que expresamente la nulidad es una de las cuestiones que se pueden plantear.

A este respecto conviene recordar que el artículo 240 de la LOPJ dispone que la nulidad de actuaciones se hará valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate pero también "*por los demás medios que las leyes procesales establezcan*" y en el procedimiento abreviado el artículo 786.2 citado se regula una audiencia o trámite sanatorio de los vicios procesales que puedan obstar a la válida celebración del juicio, entre los que se encuentra la nulidad de actuaciones. Por esa razón esta Sala viene declarando que la pretensión de nulidad debe articularse de ordinario a través del trámite previsto en el mencionado artículo 786.2 (STS 712/2008, de 4 de noviembre). En la más reciente STS 153/2021, de 19 de febrero, se insiste en esta misma idea añadiendo que incluso cabe la posibilidad de que algunas de las cuestiones que cabe plantear en ese momento procesal puedan ser planteadas de oficio por el tribunal.

En consecuencia, con la estimación de los recursos procede declarar la nulidad de actuaciones, según acabamos de referir, sin que haya lugar a dar contestación a los restantes motivos de estos recursos, así como al recurso interpuesto por la Abogacía del Estado.

5. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales causadas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. **ESTIMAR parcialmente** los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Lucio y SUNOPTIC.COM SPAIN contra la sentencia número 291/2021, de 3 de septiembre de 2021, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, anulando y casando dicha sentencia.

2º DECLARAR la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, debiéndose dictar nueva resolución que acuerde lo procedente en derecho sin tomar en consideración las diligencias extemporáneas identificadas en el fundamento jurídico 2.2.4 de esta resolución.

3º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2024

Lamentamos sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Discrepamos tanto de la estimación del motivo formulado por las defensas, combatiendo el fundamento inculpativo de la decisión de prosecución del proceso en su día adoptada por el Juzgado Instructor, como de la consecuencia ordenada: la nulidad de actuaciones con retroacción al momento previo al dictado de dicha resolución.

Pasamos, de manera breve, a dar cuenta de las razones del disenso que ordenaremos en dos grupos. Uno, agrupando aquellas que cuestionan la consecuencia procesal anulatoria. Otro, integrado por las que, en nuestra opinión, cabe oponer al juicio de intempestividad de determinadas diligencias practicadas en la fase previa que, a la postre, sirve de fundamento a lo que se ordena.

Con el orden propuesto, dando prioridad a las razones con las que nos oponemos a la nulidad ordenada, lo que pretendemos es remarcar que, sin perjuicio de la mayor o menor fortaleza de las razones que sirven para identificar intempestividad instructora, la solución procesal alcanzada puede entrañar consecuencias

altamente disfuncionales sobre nuestro modelo procesal. Creemos que se establece un precedente que impacta gravemente en el "*ecosistema procesal*", alterando las distintas funciones a las que deben servir cada una de las fases del proceso y el sentido de las reglas, implícitas y explícitas, que cohesionan unas y otras, permitiendo obtener una respuesta razonable desde el respeto a las exigencias del proceso justo y equitativo.

§ Sobre la nulidad ordenada del auto de incoación de procedimiento abreviado y el efecto retroacción anudado

1. A nuestro parecer, la decisión adoptada, declarando la nulidad del auto de prosecución del procedimiento por los trámites de la fase preparatoria, ordenando la retroacción de actuaciones para que el juez de instrucción decida si con el material instructor disponible, descontadas o descartadas las diligencias de investigación que se califican de intempestivas, la decisión inculpatoria en su día acordada es sostenible, no solo carece de justificación normativa sino que, como anticipábamos, afecta a la *clave de bóveda* de nuestro modelo procesal, con graves y sistémicas consecuencias.

2. La decisión de la que discrepamos *implanta* una fórmula de inestabilidad en la conformación del objeto procesal, de condicionalidad, de imprevisibilidad que compromete nuclear y gravemente la función que se encomienda a los órganos judiciales encargados de las respectivas fases previas y preparatorias en los distintos modelos de procedimiento que se contemplan tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

3. No cuestionamos, obviamente, que la intempestividad en la práctica de diligencias instructoras puede impedir el aprovechamiento funcional de los resultados que arrojen para conformar la base indiciaria de la inculpación y ordenar, en consecuencia, la prosecución, ex artículo 779 LECrim, por los trámites preparatorios del juicio oral. Nos remitimos a la STS 836/21, de 3 de noviembre, en la que se precisa el alcance temporal del principio de adquisición procesal y a las posteriores sentencias de esta Sala que conforman la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

4. Lo que objetamos, contundentemente, es que la *intempestividad* de las diligencias practicadas pueda discutirse, como una suerte de gravamen inmune al desarrollo del proceso, en el acto del juicio oral, abriéndose la vía para que en la propia instancia o en el recurso que se interponga contra la sentencia pueda apreciarse y ordenarse, como consecuencia, la nulidad de la decisión de prosecución y, con efectos retroactivos, la inutilizabilidad a fines inculpatorios de dichas diligencias.

5. Si la intempestividad es un óbice de aprovechamiento de las diligencias instructoras para fundar la decisión inculpatoria de prosecución, el gravamen debe hacerse valer mediante los recursos previstos contra dicha decisión. De igual manera que debe hacerlo quien ha resultado inculpado si considera que el fundamento indiciario es débil, restan diligencias instructoras por practicar o no ha existido una previa y precisa información inculpatoria ex artículo 775 LECrim de los hechos punibles. O, igualmente, en el caso de las acusaciones, si consideran que el auto de prosecución cercena o reduce el objeto inculpatorio con efectos sobreseyes han de, en el procedimiento abreviado, recurrirlo, ya sea mediante el recurso de reforma o el de apelación, o, en el sumario ordinario, cuando el sobreseimiento ordenado por la Audiencia tenga naturaleza libre, mediante el correspondiente recurso de casación.

6. Las cuestiones y gravámenes que afectan a la conformación del objeto acusatorio deben, insistimos, resolverse y repararse por el tribunal competente en la fase procesal diseñada para ello. Este reparto secuencial de funciones es el que presta sentido a la propia idea de proceso, respondiendo, además, al principio de gradualidad que caracteriza un modelo acusatorio razonable.

7. Las decisiones de fijación, aun provisional, del objeto procesal en la fase previa cumplen un rol decisivo en la estructura del proceso acusatorio y, desde luego, los efectos que se derivan no pueden quedar al albur de las partes. No son resoluciones *claudicantes*. Lejos de ello, despliegan una firmeza funcionalmente orientada para que el juicio oral pueda desarrollarse. Una cosa es que el objeto del proceso delimitado en la fase previa pueda sufrir modificaciones no esenciales a las resultas de la prueba practicada en el juicio y otra muy diferente es que el juicio oral pueda convertirse en un espacio para discutir y decidir qué objeto procesal debería haber sido conformado en la fase previa.

8. El juicio oral, insistimos, no es el momento del proceso para delimitar novedosamente el objeto procesal, como si no hubiera habido una fase previa destinada precisamente a ello. Su función es muy distinta: consiste en decidir si la pretensión acusatoria que gira sobre el objeto procesal conformado según las reglas que lo disciplinan debe prosperar porque se prueben, más allá de toda duda razonable, los hechos acusatorios que lo integran.

9. Reiteramos. No puede ser función del tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, del que conozca del recurso contra la sentencia, decidir si la decisión inculpatoria que apertura la fase preparatoria era sólida, o no, por

intempestividad de las diligencias practicadas o debilidad de los indicios tomados en cuenta. Como tampoco pueden, ni uno ni otro, revertir decisiones sobreseyentes adoptadas en la fase previa o preparatoria de la mano de las acusaciones que busquen reintroducir en el juicio oral una pretensión acusatoria previamente descartada por el tribunal competente.

10. A nuestro parecer, solo cabe discutir en el juicio oral, en fase de audiencia preliminar del artículo 786.2 LECrim, cuestiones que afectan el objeto procesal delimitado por la parte acusadora con su escrito de calificación provisional cuando la defensa invoque que la acusación formulada supera fáctica o normativamente el objeto inculpatario delimitado en la correspondiente decisión prosecutoria o que los términos en los que la acusación se formula son tan imprecisos o abiertos que impiden conocer su alcance -vid. STJUE de 13 de junio de 2019, C-646/17 y auto de 14 de enero de 2021, UC y TD, C-769/19-. Y ello por una razón: porque las imprecisiones y excesos acusatorios no pueden ser objeto de control en la fase preparatoria, pues la decisión que ordena la apertura del juicio oral en el sumario ordinario es previa a la formulación de acusación y en el procedimiento abreviado es, por disposición legal, irrecurrible. Las exigencias derivadas del derecho de defensa y a un proceso justo y equitativo justifican esta excepción. Y que, como tal, presta toda consistencia a la regla general: las incidencias sobre fundabilidad indiciaria del objeto procesal deben resolverse en las fases diseñadas para ello y por los tribunales funcional y objetivamente competentes.

11. Lo que en el caso resulta particularmente evidente pues ninguno de los hoy recurrentes invocó como gravamen, en los recursos interpuestos contra el auto de incoación de procedimiento abreviado dictado por el juez de instrucción, la intempestividad de las diligencias instructoras en cuyos resultados se basó para apreciar racionalidad inculpatoria y ordenar la prosecución de la causa por los trámites preparatorios del juicio oral.

12. Los gravámenes que fundaron los respectivos recursos defensivos fueron los siguientes: con carácter principal, la insuficiencia de indicios para sostener, aun provisoriamente, que el Sr. Virgilio fuera residente fiscal en España al tiempo de los hechos justiciables delimitados en el auto recurrido; subsidiariamente, la atipicidad de estos; y, ultrasubsubsidiariamente, la propia clausura de la fase previa al considerar defensivamente necesaria la ratificación por parte de los peritos de la Agencia Tributaria del informe elaborado en el que se determinaba la cuota presuntamente defraudada. La decisión de la Audiencia Provincial estimó este último gravamen, ordenando la ratificación pretendida sin cuestionar, por tanto, ni los fundamentos inculpatorios de la decisión ni, desde luego, las condiciones temporales de adquisición de los indicios tomados en cuenta.

13. Las partes investigadas no invocaron intempestividad como específico gravamen frente al auto de prosecución lo que, en nuestra opinión, les impedía hacerlo valer como gravamen casacional por la vía intentada del artículo 852 LECrim. Sobre todo, si como esta Sala ha sostenido reiteradamente, convirtiéndose, también, en doctrina jurisprudencial, -vid. por todas, STS 836/2021, de 3 de noviembre- "*la infracción del principio de adquisición por transcurso del término esencial no es un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Por lo que no procede anularle el efecto de inutilizabilidad absoluta tanto objetiva -con relación a cualquier decisión a adoptar en el proceso- como subjetiva -respecto a cualquier persona concernida por la violación de derechos- de la información así obtenida, previsto en el artículo 11 LOPJ. Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.*"

14. Consideramos que ni el Tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, este Tribunal Supremo, conociendo del recurso de casación, son competentes para pronunciarse sobre la tempestividad de las diligencias instructoras. Por la sencilla, pero contundente razón de que al no combatirse el auto de prosecución por intempestividad en la obtención de los indicios que le prestan fundamento el afirmado gravamen se *extinguió*. Este no puede *sobrevivir* a la fase preparatoria del juicio donde debió revelarse y, en su caso, repararse, sin riesgo, como anticipábamos, de alterar toda la estructura de nuestro modelo procesal acusatorio. De ahí que los únicos tribunales competentes para reparar el afirmado gravamen por intempestividad sean el juzgado de instrucción, por la vía del recurso de reforma contra el auto de prosecución, y la Audiencia Provincial, de la mano del recurso de apelación contra dicha resolución.

15. La sentencia de la que discrepamos, al validar que se pueda "reabrir" en fase del juicio oral la cuestión relativa a las condiciones temporales de adquisición de las diligencias instructoras, *diluye*, dicho sea con el debido respeto, el sentido funcional de cada una de las fases del proceso. Convierte a la fase de juicio oral en una suerte de *instancia superior* que puede revisar y dejar sin efecto todas las decisiones adoptadas en las otras fases del proceso sin perjuicio de su naturaleza y de la función que cumplan en la estructura procesal.

16. Abriendo una vía para que el tribunal de enjuiciamiento pueda anular el auto de prosecución, por considerar que algunas de las diligencias instructoras practicadas fueron intempestivas, y ordenar, en consecuencia,

la retroacción de actuaciones para que el juez de instrucción dicte nueva resolución, "descontando" el valor inculpatario de dichas diligencias, se está provocando una grave alteración de las reglas estructurales que disciplinan la conformación del objeto del proceso y permiten, a la postre, la coonestación funcional entre las distintas fases procesales.

17. De consolidarse esta doctrina, no habría razón para que, incluso, en supuestos en los que el tribunal de la fase preparatoria hubiera descartado expresamente intempestividad de la mano del recurso planteado por la persona inculpada, el tribunal de enjuiciamiento pudiera, también, "revisar", incluso de oficio, dicha decisión, identificando infracción del principio de adquisición temporal y ordenar, como consecuencia, la nulidad del auto de prosecución con efecto retroacción. No tendría mucho sentido -desde la lógica que inspira la sentencia mayoritaria- que se admita la invocación de la intempestividad de las diligencias instructoras en el juicio oral o en el recurso que se interponga contra la sentencia sin haberse previamente combatido por dicha razón el auto de prosecución y, sin embargo, se inadmita cuando se invocó ante el tribunal competente y este la descartó en fase de preparación del juicio oral.

18. Pero no se limitan aquí los graves riesgos que, para el desarrollo racional del proceso penal, pueden derivarse de la sentencia de la que discrepamos. Si se admite, como acontece en el caso, (re)abrir en la fase del juicio oral la cuestión de los fundamentos inculpatarios de la decisión de prosecución por intempestividad, ¿ello significa que también podría (re)abrirse si la parte invoca debilidad indiciaria, hubiera o no recurrido por este motivo el auto que ordenó la continuación del procedimiento por los trámites preparatorios del juicio oral?

19. Y con relación a las acusaciones, si es posible que el tribunal de enjuiciamiento se erija en órgano de control de la prosecución del proceso inculpatario decidido en la fase previa, ordenando incluso la nulidad y la retroacción de actuaciones ¿ello significa que también podrán cuestionarse los fundamentos de las decisiones sobreyentes adoptadas en la fase previa o preparatoria que reduzcan el objeto del proceso, hayan sido o no objeto de recurso?

20. Es obvio que la sentencia mayoritaria no responde a estas cuestiones, pues no se han planteado expresamente. Pero ello no quiere decir que a la hora de evaluar la solidez de un argumento casacional deba prescindirse de su *fuerza expansiva*, de las consecuencias sistémicas que puede acarrear.

En resumen, a salvo las denuncias de extralimitación acusatoria del objeto del proceso o imprecisión en la delimitación del escrito de acusación no resulta asumible que pueda volver a discutirse en el juicio oral -o por la vía del recurso contra la sentencia que se dicte- la fundabilidad indiciaria de la decisión inculpatoria de prosecución sobre la que se ha conformado provisionalmente el propio objeto del proceso.

21. Los gravámenes de infundabilidad inculpatoria -ya sea por la afirmada intempestividad de las diligencias practicadas por superar el plazo temporal prevenido en el artículo 324 LECrim o por la debilidad indiciaria de los resultados obtenidos en la fase previa- deben hacerse valer mediante los recursos que puedan interponerse contra la decisión de prosecución adoptada. Lo contrario -reabrir o abrir el debate sobre la fundabilidad de la inculpación en la fase de juicio oral- supone introducir un factor de inestabilidad procesal difícilmente gobernable. Entre otras razones, porque supondría que no sea hasta el inicio del juicio oral -o, en su caso, hasta que se resuelva el último recurso devolutivo contra la sentencia- cuando se decida " *en firme*" sobre la fundabilidad, o no, de la acusación formulada, convirtiendo, así, la clausura de la fase previa en una secuencia procesal vaporosa, interina e inestable. Se trasladaría al *rincón de los trastos inútiles* a las fases previa y preparatoria y se ignoraría la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de instrucción y apelación en el control del fundamento inculpatario del objeto procesal conformado en aquellas.

22. Utilizando como símil el *teorema de Arquímedes*, de consolidarse la doctrina que se decanta de la sentencia mayoritaria, se vaciaría injustificadamente la fase previa del proceso, provocando un, también injustificado, *efecto comunicante* de (insólitas) funciones a la fase de juicio oral, con graves e imprevisibles costes.

23. El motivo, por tanto, fundado en la infracción del régimen de adquisición temporal de diligencias instructoras del artículo 324 LECrim, merecía una respuesta liminar desestimatoria.

§ Sobre la intempestividad de algunas de las diligencias practicadas

24. El fundamento nuclear de la decisión mayoritaria reside en la calificación como intempestivas de las diligencias ordenadas por el Juzgado de Instrucción tendentes a la comprobación de la compleja y prolongada en el tiempo trama defraudatoria trazada por los acusados y la determinación de las respectivas cuotas tributarias de los distintos impuestos dejadas de ingresar en la Hacienda Pública. En concreto, se considera que las diligencias ordenadas para recabar datos sobre la actividad de la mercantil SUNOPTIC en el territorio de Gibraltar, librando las correspondientes solicitudes de cooperación jurisdiccional a las autoridades de la Colonia, de 8 de junio de 2017 y 27 de marzo de 2018, la incorporación a la causa del informe elaborado por los técnicos, designados como peritos, de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de 29 de mayo

de 2018 y la posterior declaración inculpatoria de los investigados realizada el 24 de julio de 2018 deben considerarse diligencias intempestivas por haberse practicado fuera del plazo de instrucción. En este punto, la sentencia de la que discrepo rechaza expresamente que, a los efectos del artículo 324.7 LECrim, texto de 2015, tales diligencias se ordenaran antes de la finalización del plazo de instrucción o que puedan ser tenidas como funcionalmente vinculadas a las tempestivas. Plazo que la sentencia fija el seis de junio de 2016 - cuando, creemos, debería indicar 2017-, a consecuencia de la revocación del auto de prórroga de la instrucción ordenada por el auto de la Audiencia Provincial de 26 de marzo de 2018. La sentencia considera " *que en una primera aproximación parecería que los informes periciales aportados por la AEAT fueron acordados por el Juzgado de Instrucción antes del vencimiento del plazo, mediante auto de 02/12/2015. En esa resolución se entregó la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil "al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos objeto de investigación". Esa forma de ordenar la diligencia es sumamente abierta y genérica. La providencia no especifica en modo alguno ni el contenido del informe, ni el periodo temporal susceptible de análisis ni las personas objeto de investigación. La orden judicial se identifica mejor con una orden general para continuar y desarrollar la investigación, enmarcada en los poderes que el juez de instrucción tiene para investigar los hechos a través de la policía judicial, conforme a lo previsto en el artículo 777.1 de la LECrim, en el que se dispone que "el juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento"*".

25. No compartimos ni el fundamento ni la conclusión alcanzada. En nuestra opinión, las diligencias practicadas después del seis de junio de 2017 son tempestivas. Algunas, porque se ordenaron dentro del plazo de instrucción -antes de que la Audiencia revocara la prórroga ordenada por el Juzgado-. Otras, porque presentan una intensa relación de funcionalidad complementaria con las anteriores.

26. En cuanto a la tempestividad, precisar que lo que la Audiencia Provincial revoca, por haberse omitido el trámite de audiencia previa a las partes, es la segunda prórroga del plazo ordenada por auto del Juzgado Instructor de 8 de junio de 2017. Pero debe llamarse la atención de que el plazo de instrucción prorrogado ordenado por el auto previo de 6 de junio de 2016 no finaba el 6 de junio de 2017, sino el 15 de junio de 2017.

27. En efecto, si bien de conformidad a la Disposición Transitoria de la ley 41/2015 esa primera prórroga debía abarcar el periodo instructor ya *consumido* desde su entrada en vigor -6 de diciembre de 2015-, lo cierto es que tal como prevenía el propio artículo 324 3. a) LECrim, dicho plazo quedaba interrumpido cuando se acordara el secreto de las actuaciones y mientras este durase. Ello significa que, en el caso, al haberse ordenado el secreto de actuaciones el 27 de septiembre de 2014, el cómputo del plazo de instrucción introducido por la Ley 41/2015 quedó interrumpido hasta el 15 de diciembre de 2015, fecha en que se levantó. En consecuencia, el plazo de la primera prórroga terminó el 15 de junio de 2017, no el 6 de junio de 2017. Lo que resulta un dato muy significativo para identificar tempestividad.

28. Sentado lo anterior, compartimos con la sentencia de instancia que el informe elaborado por los peritos de la Agencia Tributaria, y aportado a las actuaciones el 29 de mayo de 2018, es la secuencia final de una diligencia de investigación ordenada tempestivamente y cuyo objeto era, precisamente, la determinación de las cuotas tributarias dejadas de ingresar tanto por el investigado Sr. Virgilio como por la mercantil SUNOPTIC.COM SPAIN S.L que gestionaban el mencionado Sr. Virgilio y el otro investigado Sr. Lucio. La diligencia se inicia con la providencia de fecha 9 de julio de 2015 mediante la que el juez ordena que se oficie a la AEAT para que se designe una unidad de auxilio a fin de que juntamente con la Unidad Orgánica de Policía Judicial practiquen las gestiones pertinentes sobre las operaciones presuntamente fraudulentas realizadas por los investigados, designándose al equipo NUM007 con sede en Málaga. Dicho equipo presentó distintos informes el 11 de noviembre de 2015 en los que se analizaban todas las evidencias hasta ese momento obtenidas y se identificaban datos significativos de la existencia de una actividad defraudatoria prolongada en el tiempo que podría haber dado lugar, por el importe defraudado, a la comisión de varios delitos contra la Hacienda Pública. A raíz de dicha información, se ordenó por el Juzgado Instructor, mediante auto de 25 de noviembre de 2015, la entrada y registro en varios domicilios, entre ellos, los de los recurrentes, donde se intervinieron distintos documentos y evidencias. Por auto de 2 de diciembre de 2015 se ordenó el clonado de dicha documentación y entrega a la Unidad de Investigación adscrita al Juzgado, " *al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos, objeto de investigación (sic)*". En cumplimiento de dicho mandato, a nuestro parecer suficientemente preciso atendido el contexto de producción, la Unidad de Investigación, dentro del periodo de instrucción, presentó distintos informes en fechas 21 de julio de 2016, 20 de octubre de 2016, 3 de marzo de 2017, 5 de junio de 2017 en los que, en términos muy detallados, se daba cuenta de los avances obtenidos y se revelaba, a su vez, la necesidad de práctica de otras diligencias. Entre estas, el análisis de los movimientos bancarios de los investigados y de la mercantil SUNOPTIC.COM en el territorio de Gibraltar. Lo que justificó que el Juzgado de Instrucción, dentro del periodo de investigación habilitado por el auto de 6 de junio de 2016 que por la previa situación de secreto sumarial se extendía hasta

el 15 de junio de 2017, ordenara librar el 8 de junio de 2017 solicitud de cooperación a las autoridades de la colonia británica en España. A cuyas resultas, y a instancia, otra vez, de la Unidad de Investigación de la AEAT, se ordenó por el Juzgado Instructor una nueva solicitud de cooperación en fecha 5 de noviembre de 2017 cuyos resultados permitió a dicha Unidad, en los términos que le fueron encomendados en el auto de 2 de diciembre de 2015, presentar en fecha 29 de mayo de 2018 el informe final en el que se describían las respectivas conductas presuntamente defraudatorias y se perfilaban con el necesario detalle las cuotas impositivas dejadas de ingresar en la Hacienda Pública por los obligados tributarios que estaban siendo investigados.

29. Es cierto que la Audiencia Provincial revocó el auto de prórroga del plazo de investigación de 8 de junio de 2017 -no, insistimos, el de 6 de junio de 2016 que, creemos, por un simple lapsus se menciona en la sentencia mayoritaria- por lo que desde dicha fecha no cabía ordenar diligencias de investigación novedosas. Pero, a nuestro parecer, ninguna de las practicadas a partir de esa fecha pueden calificarse como tales ni afirmarse que su aportación a la causa extravasara la finalidad de la norma contenida en el artículo 324 LECrim.

No, desde luego, los informes elaborados por la Unidad de Investigación, cuya elaboración ordenó el juez de instrucción, ni, tampoco, la diligencia consistente en llamar a declarar a los investigados y hoy recurrentes.

30. Con relación a los informes aportados, cabe establecer una clara secuencia procesal que arranca antes del 15 de junio de 2017. El informe final trae razón de ser de los previos *informes-avance* elaborados antes de dicha fecha en cumplimiento de la orden de investigación cursada por el juez de instrucción.

Disentimos rotundamente de la sentencia mayoritaria cuando secciona las actuaciones de investigación desarrolladas por los peritos designados por el Juzgado a propuesta de la AEAT. No nos enfrentamos a una sucesión de diligencias de investigación funcionalmente diferenciadas mediando paralizaciones injustificadas del procedimiento.

Creemos que todas ellas constituyeron un "continuum" de investigación para la determinación precisa de los hechos justiciables que arranca mucho antes de la fecha en la que debe considerarse clausurada la fase investigadora. Cabe trazar una relación de consecuencias necesarias entre todas las diligencias de informe que les presta unidad funcional, ajustándose, así, a lo originaria y tempestivamente ordenado por la autoridad judicial -vid. SSTs 52/2022, de 21 de enero; 605/2022, de 16 de junio-.

31. Cuando el juez de instrucción libró el 8 de junio de 2017 -dentro, insistimos, del periodo de investigación habilitado- una solicitud de cooperación a las autoridades británicas en el territorio de Gibraltar, no solo ordenó que se continuaran investigando los hechos justiciables, sino que validó, también, expresamente las previas diligencias practicadas tempestivamente y acotó el sentido y la finalidad de las pendientes. Y ello supone que el informe que antecede a la segunda solicitud de cooperación librada a las autoridades gibraltareñas deba también considerarse ajustado a la entonces regla del artículo 324.7 LECrim, pues su razón de ser se nutre, de manera exclusiva, de los datos previos tempestivamente aportados.

La consecuencia es clara: los datos obtenidos en Gibraltar podían ser aprovechados por el Juez de Instrucción, de la mano de los informes elaborados por los técnicos de la AEAT, para valorar el fundamento indiciario de la inculpación.

32. Y por lo que se refiere a la diligencia de declaración de los investigados ordenada por auto -no recurrido- de 20 de junio de 2018 y practicada el 24 de julio de 2018, tampoco identificamos intempestividad.

33. No es este voto particular el lugar oportuno para expresar la valoración que nos merece la regulación, tanto de 2015 como de 2020, de los plazos instructores contenida en el artículo 324 LECrim. Sí para destacar los muchos, graves y complejos problemas que tanto una como otra regulación han suscitado y a los que nos enfrentamos diariamente los tribunales.

Esta Sala ha tenido la oportunidad de abordar algunos de ellos como los relativos a la naturaleza de las diligencias intempestivas; su inutilizabilidad a efectos inculpatórios; su potencial aprovechamiento probatorio; la conexión funcional habilitante entre diligencias tempestivas y diligencias ordenadas transcurrido el plazo de investigación legal o judicialmente fijado; el régimen temporal de adquisición de diligencias instructoras en supuestos de conexión procesal o concursos delictivos; el arranque del cómputo en caso de que por razón de aforamiento corresponda investigar el hecho justiciable a este Tribunal Supremo.

También nos hemos pronunciado calificando de intempestiva la declaración inculpatória de la persona investigada una vez finalizado el plazo de investigación en un supuesto en el que había sido completamente preterida del proceso, siendo en dicho momento, sin cobertura procesal, cuando tomó conocimiento de la causa.

- 34.** Pero creemos que el caso que nos ocupa presenta marcadas singularidades que lo separan del precedente invocado en la sentencia mayoritaria.
- En el caso, los dos investigados, y hoy recurrentes, prestaron por primera vez declaración como inculpados el 26 de noviembre de 2015 siendo informados de los hechos nucleares de la inculpación si bien la causa se encontraba secreta. El 4 de diciembre de 2015 se personaron con abogado y procurador y desde que el secreto de actuaciones se levantó el 15 de diciembre de 2015 les fueron notificadas todas y cada una de las resoluciones acordadas, dándoseles igualmente traslado de los informes y actuaciones realizadas por la Unidad de Investigación a instancias del Juez de Instrucción. Los investigados recurrieron un buen número de resoluciones y aportaron, sin restricción, documentos en su defensa, llegando a proponer la práctica de diligencias instructoras como la ratificación del informe de la AEAT de 29 de mayo de 2018 por los técnicos que lo elaboraron.
- 35.** En este caso no puede mantenerse en modo alguno que los investigados sufrieron indefensión durante el desarrollo de la fase previa y que su llamada a la causa se convirtió en una suerte de remedio ineficaz por intempestivo.
- 36.** El juez de instrucción cuando llamó a los investigados en julio de 2018 cumplió con el deber de "actualizar" la información inculpatória ofrecida en su día en condiciones defensivas deficitarias por encontrarse la causa secreta. Mandato de información contenido en el artículo 775 LECrim y que, desde la reforma de 2015, no cabe obviar, también puede cumplirse por escrito dirigido al letrado de la persona investigada aun en supuestos "en los que se haya producido un cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados".
- 37.** Es obvio, a nuestro parecer, que la conexión entre los artículos 779 y 775, ambos, LECrim lo que obliga es a constatar, antes de ordenar la prosecución del proceso por los trámites preparatorios del juicio oral, que la persona investigada conoce los hechos por los que puede ser inculpada y ha tenido la posibilidad de defenderse de los mismos. Esta es la clave de bóveda destacada por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia sobre la que descansa el sistema de garantías inculpatórias en la fase previa -vid. SSTC 135/89, 186/90, 128/93, 152/93, 62/98-.
- 38.** De ahí que pueda sostenerse sólidamente que en la comparecencia ex artículo 775 LECrim de la persona investigada, titular del derecho a no declarar, se alzaprima la función garantizadora -de acceso y actualización a la información inculpatória- con relación a la indagatoria. Conclusión que también se decanta con claridad del ATC 5/2019, de 5 de enero. Lo que coliga, además, con la regla del artículo 400 LECrim que garantiza el derecho de la persona investigada a declarar cuantas veces *quisiese, si tuviera relación con la causa*. Insistimos. En nuestro modelo procesal es perfectamente posible disociar fines indagatorios y fines garantizadores en la llamada de la persona investigada al proceso.
- 39.** En el caso que nos ocupa, y como se apuntaba, el Juez instructor al llamar nuevamente a la causa a los que ya habían sido judicialmente inculcados y, además, tenían pleno conocimiento de su contenido y desarrollo, garantizó su derecho defensivo a la *actualización inculpatória* que previene el artículo 775 LECrim. En esa medida, la diligencia -consentida, además, por las partes- debe ser tenida, también, como derivada secuencialmente de las acordadas y practicadas dentro de plazo, por lo que, como afirmábamos en la STS 605/2022, antes citada, "ninguna vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías pudo producirse".
- 40.** Creemos indispensable ahondar en una lectura y aplicación teleológicamente orientada del artículo 324 LECrim. Ciertamente, el legislador ha establecido una regla que limita temporalmente la actividad indagatoria del Estado, pero esta no puede tornarse en una suerte de fórmula innominada de caducidad procesal con efectos sobre la pervivencia de la acción penal más intensos que los del sobreseimiento provisional. No es este -ni puede serlo- el sentido de la norma cuando el legislador ha advertido expresamente, tanto en la regulación de 2015 como en la de 2020, de que el mero transcurso del plazo de investigación no arrastra efectos sobreseyes.
- 41.** No creemos razonable que en supuestos en los que consten significativos indicios de criminalidad contra una persona determinada obtenidos tempestivamente la causa deba "archivarse" hasta la prescripción porque no resulte posible activar la fórmula del artículo 775 LECrim una vez finalizado el plazo de investigación.
- 42.** Cabría oponer a lo anterior que esa inculpación tardía impediría a la persona investigada defenderse por expiración del plazo del artículo 324 LECrim, por lo que se le causaría una grave indefensión. Pero creemos que el argumento es débil. Por una razón esencial: el principio de adquisición temporal es oponible a la acusación, no a la defensa. Limita la actividad indagatoria del Estado, no la correlativa actividad defensiva de la persona investigada.

Dos ejemplos pueden arrojar luz sobre lo que sostenemos. En efecto, no parecería compatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de defensa que la persona investigada se viera privada de proponer cualquier diligencia de alcance defensivo a raíz de los datos indiciarios que pudieran haberse abocado a la causa el último día del término establecido de investigación o mediante las diligencias ordenadas previamente y reportadas después de finalizado dicho plazo. O que, simplemente, se desactive el privilegio defensivo de la persona investigada contemplado en el artículo 400 LECrim -declarar ante el juez de instrucción "cuantas veces quisiese"- por el transcurso del plazo del artículo 324 LECrim y antes de que se cierre la fase previa por alguna de las resoluciones previstas en los artículos 622 y 779, ambos, LECrim.

43. Con ello lo que pretendemos sostener es que el sistema de plazos de instrucción debe cohonestarse razonablemente con el derecho constitucionalmente reconocido al ejercicio de la acción penal, por un lado, y, por otro, con el derecho de toda persona investigada a un juicio justo y equitativo. Creemos que su aplicación mecánica puede generar indeseables resultados materiales de impunidad, sin que, a cambio, se hayan garantizado o protegido derechos o intereses constitucionalmente valiosos.

44. Por todo lo expuesto, y a modo de conclusiones, consideramos que:

- La intempestividad de las diligencias instructoras debe discutirse en la fase previa. El gravamen puede y debe hacerse valer mediante la interposición de los recursos previstos en la ley contra la decisión de prosecución que adopte el Juzgado de Instrucción. De no hacerse o de rechazarse en reforma o apelación dicho gravamen, este no puede reproducirse en la fase del juicio oral. Ni el órgano de enjuiciamiento ni el que conozca del recurso contra la sentencia son competentes para decidir sobre la fundabilidad indiciaria de la decisión inculpatoria adoptada por el juez de instrucción que devino firme.
- Anular dicha decisión y retrotraer las actuaciones al momento anterior, como se ha decidido en este caso, supone una grave alteración de las reglas que disciplinan la conformación del objeto del proceso y cohonestan las distintas fases que lo integran. La solución alcanzada puede provocar graves y sistemáticas disfunciones.
- Por otro lado, no identificamos, en el caso, intempestividad en la profusa, razonable, continua y funcionalmente vinculada actividad investigadora desarrollada por el Juez de Instrucción. Tanto las actuaciones desarrolladas, por orden y bajo control del Juzgado de Instrucción, por la Unidad de Investigación de la AEAT como la llamada a la causa de los investigados a los efectos del artículo 775 LECrim, han de calificarse como actuaciones tempestivas. Ya sea porque las diligencias matrices se ordenaron antes de que finalizara el plazo de investigación, ya sea porque cabe trazar una intensa relación de funcionalidad derivada entre estas y las posteriores.
- En concreto, y con relación a la nueva llamada a la causa de los investigados cuando había concluido el plazo de investigación, la misma estaba perfectamente justificada y respetó teleológica y materialmente el régimen temporal del artículo 324 LECrim. No identificamos la mínima identidad con el asunto resuelto en la STS 176/23, de 13 de marzo que se invoca, como precedente, en la sentencia mayoritaria.
- El principio de adquisición temporal al que responde el artículo 324 LECrim es oponible a la acusación, no a la defensa. Limita la actividad indagatoria del Estado, no la correlativa actividad defensiva de la persona investigada.
- La aplicación mecánica de las reglas del artículo 324 LECrim puede generar indeseables resultados materiales de impunidad, sin que a cambio se hayan garantizado o protegido derechos o intereses constitucionalmente valiosos.

En consecuencia, deberían haberse desestimado todos los motivos que por infracción de precepto constitucional fueron invocados por los recurrentes. Y a los solos efectos informativos también procedía, a nuestro parecer, el rechazo de todos los otros motivos por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e infracción de ley sobre los que se sostenían las pretensiones absolutorias de los recurrentes.

La sentencia de instancia debería, por tanto, haber sido confirmada.

Este es nuestro voto particular que formulamos y que firmamos.

Andrés Palomo Del Arco Javier Hernández García