

Roj: **STS 6063/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:6063**Id Cendoj: **28079120012011100969**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/06/2011**Nº de Recurso: **2311/2009**Nº de Resolución: **1169/2011**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por **EL ABOGADO DEL ESTADO** en representación de **LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA**, contra el auto dictado por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Badajoz** con sede en **Mérida**, con fecha **8 de julio de 2009**, en causa seguida por un delito contra la hacienda pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como partes recurridas **Miguel Ángel**, **Amador**, **Asunción**, **Basilio**, **Casiano y Cristobal** representados por la Procuradora Dña. Beatriz Sordo Gutiérrez, **Ezequias y Fructuoso** representados por la Procuradora Dª Marta Dolores Martínez Tripiana, **Hugo y Jeronimo** representados por la Procuradora Dña. Elena Gómez Vidal, **Marcial**, **Nazario y Porfirio** representados por la Procuradora D María Dorotea Soriano y **Santos** representados por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena, incoó Procedimiento Abreviado nº 46/2000, seguido por delito contra la Hacienda Pública, contra **Miguel Ángel**, **Amador**, **Asunción**, **Basilio**, **Casiano**, **Cristobal**, **Ezequias**, **Hugo**, **Fructuoso**, **Nazario**, **Porfirio**, **Santos**, **Jeronimo y Marcial**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección III, que con fecha 8 de Julio de 2009 en el rollo 9/2003, dictó auto que contiene los siguientes **Antecedentes de Hecho**:

"ÚNICO.- La presente causa se incoó por supuesto delito contra la Hacienda Pública, según actuaciones de diligencias previas nº 754/1994 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena. - Por el representante del Ministerio Fiscal se ha solicitado el sobreseimiento libre de las actuaciones al extinguirse la responsabilidad criminal de los acusados por causa de prescripción del delito. El Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se opone a esta pretensión y solicita la continuación del procedimiento por sus trámites. Las defensas de los acusados, responsables civiles y responsables civiles subsidiarios se han adherido a la petición del Ministerio Fiscal". (sic)

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

"PARTE DISPOSITIVA: Esta Sala acuerda : el sobreseimiento libre de la causa (art. 637.3º LECrim .) al haberse extinguido la responsabilidad criminal de los inculcados por prescripción del presunto delito que dio motivo a la formación de la causa, declarándose de oficio las costas del proceso y dejándose sin efecto cualquier medida cautelar acordada en su día". (sic)

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por el **Abogado del Estado**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el **Abogado del Estado** formalizó el recurso alegando un UNICO MOTIVO DE CASACION: Al amparo del art. 849.1º LECrim ., por infracción del art.132.2 del C.P .

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo se celebró la votación el día 15 de Diciembre de 2010, y atendida la solicitud mayoritaria de los cinco Magistrados que integraban la Sala designada para conocer del recurso de casación, se acordó no resolver el mismo hasta la celebración del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda, habiéndose celebrado dicho Pleno el 27 de abril de 2011.

SÉPTIMO.- Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo -tras la celebración del referido Pleno-, el día 19 de junio de 2011, bajo la Presidencia del primero de los indicados, habiéndose encargado de redactar la sentencia el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, al formular voto particular el Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia por no estar conforme con el voto de la mayoría.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la adecuada inteligencia de la cuestión suscitada en este recurso pasa por el recuerdo de los hitos procedimentales, a este respecto, más relevantes.

El Juzgado de Instrucción dictó auto de apertura de juicio oral el 14 de mayo de 2001.

En **18 de diciembre de 2001** ordena dar traslado a los imputados para formular calificación, sin que ordenara el traslado a la defensa de los responsables civiles.

El Juzgado de lo Penal, al recibir el procedimiento, en resolución de 15 de abril de 2002 se considera no competente, por estimar que debería serlo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o el Juzgado Central de lo Penal o, en último caso, la Audiencia de Badajoz. Ordena remitir las actuaciones a la Audiencia Nacional.

Tras plantearse **cuestión de competencia negativa, el Tribunal Supremo la resuelve** atribuyéndola al **Juzgado de lo Penal** que, en **26 de febrero de 2003** , **señala** día para comenzar las sesiones del juicio oral. Pero esta resolución es recurrida en reforma, que estima el Juzgado de lo Penal, que nuevamente se inhibe a favor, ahora, de la Audiencia de Badajoz, en resolución de 27 de marzo de 2003.

No obstante, el día 26 de marzo de 2003 había sido solicitada la nulidad de actuaciones por omitirse el traslado a los responsables civiles para emitir escrito de calificación. Y esa petición fue estimada por la **Audiencia en auto de 1 de septiembre de 2004** , que decidió: **a)** la nulidad de lo actuado con reposición del procedimiento al momento en que dicho traslado debió haber sido dado y **b)mantener las actuaciones no viciadas de nulidad** .

Hasta el **16 de diciembre de 2007** no se cumplimenta por el Juzgado de Instrucción lo ordenado por la Audiencia, dando **traslado de las actuaciones a los responsables civiles** para formular calificación provisional.

SEGUNDO.- La cuestión que suscita la resolución de la Audiencia Provincial recurrida ante nosotros es la de si concurren el presupuesto de paralización del procedimiento durante tiempo suficiente para que deba ser declarada extinguida la responsabilidad criminal de los imputados acusados.

La respuesta se hace depender de la determinación de los actos del procedimiento, ocurridos después del 18 de diciembre de 2001, a los que se les pueda atribuir efectos interruptivos de la prescripción.

Más exactamente, si la declaración de nulidad por auto de 1 de septiembre de 2004 , con orden de reposición al trámite dispuesto por resolución de diciembre de 2001, para dar traslado para calificación a los responsables civiles, da lugar a una situación equivalente a la de total inexistencia de dichas actuaciones posteriores a aquel momento. O si, por el contrario, pese a la reposición ordenada, los actos posteriores al momento al que se remite la reposición mantienen la efectividad interruptora de la prescripción.

Formulada la cuestión ante el Pleno no Jurisdiccional de la Sala, se adoptó, en la sesión del día 27 de abril de 2011 el acuerdo siguiente:

"que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento".

TERCERO.- La aplicación de lo acordado por el Pleno no jurisdiccional implica que las actuaciones nulas, aunque no produzcan el efecto de dejar subsistente lo que en ellos se ordena, en cuanto han existido



producen la irrevocable consecuencia de interrumpir el transcurso de tiempo con consecuencias extintivas de responsabilidad por prescripción.

El acuerdo plenario se acomoda a lo que ha sido la doctrina casi constante mantenida por el Tribunal Supremo.

Tal tesis encuentra su fundamento en el *sentido* de las expresiones usadas por el Código Penal cuando regula la producción de prescripción por paralización del procedimiento y la interrupción de esa prescripción en curso. En efecto el Código Penal establece que el tiempo de prescripción comenzará a correr de nuevo -tras ser interrumpida por la iniciación del procedimiento- cuando éste **se paralice**. No se corresponde con el sentido de las palabras equiparar actuación nula del procedimiento con paralización del procedimiento.

Anular una resolución puede implicar el decaimiento de los efectos establecidos por lo *decidido*, pero no implica privarle de todos los efectos derivados de su *existencia*. La nulidad, valga como ejemplo, de una resolución de prisión provisional no hace desaparecer las consecuencias de la privación de libertad que se haya sufrido por consecuencia de ella. Ni tal nulidad impide el devengo de derecho al pago de las costas ocasionadas por actos afectados por dicha nulidad.

La consecuencia interruptora de la prescripción, inherente a la **existencia** de un acto del procedimiento, es ajena a su **validez** y, por ello, aquella consecuencia subsiste si se declara su nulidad. En los sistemas que conciben la prescripción como causa de extinción de responsabilidad criminal de naturaleza material, y no meramente procesal, no recogen la norma que priva de trascendencia interruptora a los actos no válidos. Lo que sí hace el Código de Procedimiento francés, precisamente porque considera la prescripción como un instituto procesal.

CUARTO.- Pero es que, además, en el caso que juzgamos, no han sido declarados nulos **todos** los actos del procedimiento posteriores a la decisión de diciembre de 2001 que mandaba dar traslado de las actuaciones para calificar omitiendo a los responsables civiles.

Muy al contrario la decisión de la Audiencia de Badajoz de 1 de septiembre de 2004 se cuidó de salvar la validez subsistente de los actos **no viciados de nulidad**.

La validez conservada de algunos actos, no afectados por la declaración de nulidad, mantener, con mayor razón, si cabe, la trascendencia de actividad procedimental incompatible con el decurso del plazo de prescripción. (Sentencias Tribunal Supremo 1050/1997 ; 438/2003 ; 263/2005).

Pues bien, entre tales actos se encuentran, por su carácter sustancial ajeno a cualquier consideración de inocuidad, en primer lugar los que constituyeron la **tramitación de la cuestión de competencia**. Y concretamente la resolución del propio Tribunal Supremo, no atribuyéndola a la Audiencia Nacional, que manda remitir la causa al Juzgado de lo Penal (febrero de 2003). A la que sigue la decisión del Juzgado de lo Penal, que, pese a la del Tribunal Supremo, manda **remitir las actuaciones para enjuiciamiento a la Audiencia de Badajoz** (febrero de 2003).

Y, en segundo lugar, la propia decisión que manda dar traslado a los responsables civiles para calificar, dictada por la Audiencia de Badajoz (en septiembre de 2004) es acto, no solamente de validez no cuestionable, sino que supone una efectiva actuación del procedimiento incompatible con el concepto de paralización. Por ello implican el cese del transcurso de tiempo hábil para determinar la extinción de responsabilidad penal.

Como tiene, según todos de manera pacífica, tal trascendencia de actividad procedimental, que impide valorar la situación como paralizada, la resolución que en 2007 cumplimenta lo ordenado por la Audiencia y lleva a cabo la orden de traslado de actuaciones para calificación a los responsables civiles.

QUINTO.- Por todo ello hemos de estimar el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, con el apoyo del Ministerio Fiscal, ordenado la continuación del procedimiento, ya que éste no estuvo paralizado por más de cinco años en ningún caso o periodo del mismo.

No obstante el efecto de dicha estimación no puede ir más allá que la de hacer cesar cualquier efecto de la resolución impugnada, correspondiendo a los órganos competentes en la instancia actuar en consecuencia.

Por la citada estimación declararemos de oficio las costas del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la **Abogacía del Estado** contra el auto de 8 de julio de 2009, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz



en las actuaciones de las que procede este rollo, dejándola sin efecto, por lo que deberá seguir su tramitación el procedimiento en el que dicha resolución ha sido dictada. Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquin Gimenez Garcia al que se adhiere el EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Jose Manuel Maza Martin, respecto de la Sentencia nº 1169/2010 de fecha 3 de Junio de 2011, recaída en el Recurso de Casación nº 2311/2009, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contra la Sentencia dictada por la Sección III de la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida, de fecha 8 de Julio de 2009 .

Por medio del presente Voto Particular, justifico mi opinión contraria a la sostenida en la sentencia de la mayoría que, en síntesis, sostiene que el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 1 de Septiembre de 2004 interrumpió la prescripción de la tramitación de la Sala.

Al expresar mi opinión disidente lo hago desde el hecho de que con el fin de resolver esta cuestión se llevó la misma a un Pleno no Jurisdiccional de la Sala, de acuerdo con la opinión mayoritaria de los Magistrados que formaron la Sala de enjuiciamiento.

Dicho Pleno, celebrado el 27 de Abril de 2011 tomó el Acuerdo siguiente:

"...Las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento....".

Lamento no poder compartir ni este criterio, ni su aplicación al caso concreto.

Primero.- Antes de exponer mi opinión es necesario efectuar una referencia a la argumentación del Tribunal a quo en el auto recurrido, así como referirse al *iter procesal de la causa* , y unido a ello, a la cronología de las actuaciones.

La causa se inició en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena, por delito contra la Administración Pública contra los absueltos, siendo *fechas claves* para la resolución recurrida a los efectos concernidos que, como ya se ha dicho, apreció la prescripción del delito las siguientes:

a) *14 de Mayo de 2001* : Se dicta por el Juzgado Instructor auto de apertura de juicio oral. La causa se había iniciado en el año 1994.

b) *18 de Diciembre de 2001* : Providencia por la que se entrega la causa a los imputados, a fin de que formulen los escritos de defensa.

c) *15 de Abril de 2002* : Auto del Juzgado de lo Penal de Don Benito , por el que se declaró incompetente para el enjuiciamiento de la causa y remite la misma a la Audiencia Nacional, estimando que o bien ésta, o el Juzgado de lo Penal Central, o la Audiencia Provincial de Badajoz serían los competentes para el enjuiciamiento, acordando la remisión de la causa a la Audiencia Nacional.

d) *26 de Febrero de 2003* : El mismo Juzgado de lo Penal de Don Benito, dicta por éste auto por el que se tienen por evacuados los escritos de acusación y defensa y se señala día para el juicio. No se ha dictado auto que sustituye el de 26 de Febrero, declarado nulo por el de 27 de Marzo sobre el que recayó la nulidad acordada por auto de 1 de Septiembre de 2004 .

e) *27 de Marzo de 2003* : Auto del mismo Juzgado de lo Penal de Don Benito *por el que se deja sin efecto el auto de 26 de Febrero de 2003* y mantiene la *vigencia* del auto de 15 de Abril de 2002 del mismo Juzgado de Don Benito en donde se determinaba, como ya se ha dicho, que dicho Juzgado no era competente para el enjuiciamiento de la causa, sino que el Tribunal competente sería bien la Audiencia Nacional, el Juzgado de lo Penal Central o la Audiencia Provincial de Badajoz.

f) *1 de Septiembre de 2004* : Auto de la Sección III de la Audiencia Provincial de Badajoz que respondiendo a la petición de nulidad de actuaciones instada por los responsables civiles subsidiarios, acuerda la nulidad de actuaciones " *desde la providencia de 18 de Diciembre de 2001* " dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena, y acuerda retrotraer las actuaciones a esa fecha y que se de traslado de las actuaciones a los responsables civiles subsidiarios. Se dice en dicho auto que se mantienen las actuaciones no viciadas de nulidad.



g) *16 de Diciembre de 2007* : Proveído del Juzgado de Instrucción de Villanueva de la Serena en el que dando cumplimiento a lo acordado en el auto de 1 de Septiembre de 2004 , se da traslado de lo acordado en dicho auto a los responsables civiles subsidiarios.

El auto recurrido, toma como *dies a quo* , o inicial del cómputo para el plazo de la prescripción, el proveído de *18 de Diciembre de 2001* , y como *dies ad quem* o final el proveído de *16 de Diciembre de 2007* , verifica que han pasado con creces los cinco años de inactividad procesal plazo previsto en la Ley para el delito investigado, y en consecuencia acuerda la prescripción.

Hay que *rectificar un error material* sin mayor trascendencia:

El auto recurrido señala como *dies ad quem* el 16 de Diciembre de 2007 , y cita el folio 9224 de las actuaciones donde se encuentra el proveído concernido. *En realidad la fecha del mismo es el 16 de Febrero de 2007* . El error, como ya se ha dicho es intrascendente porque ha transcurrido, con creces, de los cinco años para la apreciación de la prescripción. En efecto desde el 18 de Diciembre de 2001 hasta el 16 de Febrero de 2007, existió una inactividad de seis años y dos meses aproximadamente.

Segundo.- Con estos datos y la consecuencia que de ellos extrajo el Tribunal *a quo* , paso a exponer las tesis impugnatorias del Sr. Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, que siendo idénticas en sus conclusiones tienen una argumentación diferente.

La argumentación del Sr. Abogado del Estado es que no existe prescripción porque el auto de 26 de Febrero de 2003 dictado por el Juzgado de lo Penal de Don Benito "*...aún afectado por nulidad de actuaciones acordada por el posterior auto de 1 de Septiembre de 2004 , puede tener eficacia interruptiva de la prescripción....*".

El argumento es insostenible, pues como reconoce el recurrente en el propio motivo, dicho auto quedó afectado por la nulidad decretada por el posterior auto de 1 de Septiembre de 2004 , que, recordamos, declaró la *retroacción* de las diligencias a la fecha del proveído de 18 de Diciembre de 2001, por tanto el auto de 26 de Febrero de 2003 es procesalmente inexistente.

Más aún, como se dice en la resolución recurrida, *no se ha dictado resolución que sustituya lo acordado en el auto de 26 de Febrero de 2003* , y no se ha dictado, porque a continuación del auto de 27 de Marzo que declaró la nulidad del auto de 26 de Febrero, se dictó otro auto de nulidad: el de 1 de Septiembre de 2004 .

Se argumenta por el recurrente que como la nulidad acordada en el auto de 1 de Septiembre de 2004 lo fue porque se había causado indefensión a los responsables civiles subsidiarios al no haberles dado traslado de los escritos de acusación, en la medida que a los imputados *sí* se les había dado dicho traslado y habían efectuado el trámite, respecto de ellos no existiría indefensión alguna, ni por tanto la nulidad acordada podía desplegar efectos respecto de ellos. El argumento no es admisible porque, como se ha dicho, en las precitadas diligencias se dictaron *dos autos de nulidad*, uno, el de 27 de Marzo de 2003 que anula el de 26 de Febrero de 2003 y que deja en vigor el anterior de 15 de Abril de 2002 por el que se declaró incompetente al Juzgado de lo Penal de Don Benito y remitió la causa a la Audiencia Nacional, y el otro es del de 1 de Septiembre de 2004 que retrotrae la causa al momento del proveído de 18 de Diciembre de 2001. En esta situación la nulidad del auto de 26 de Febrero de 2003 , cuya validez sostiene el Sr. Abogado del Estado en su recurso, no puede ser admitido porque sobre su nulidad fue declarada por el auto de 27 de Marzo de 2003 , y después por el auto de 1 de Septiembre de 2004 .

Hay que recordar que la doctrina de la Sala en relación a las resoluciones judiciales con valor interruptivo se contienen, entre otras, en las SSTS de 5 de Enero de 1988 , 18 de Julio de 1993 , 10 de Marzo de 1993 , 8 de Julio de 1998 , y, más recientemente Auto de 20 de Mayo de 2004, 1146/2006 de 22 de Noviembre, 452/2007 de 28 de Mayo, 571/2010 de 4 de Junio y 975/2010 de 5 de Noviembre. Esta última sentencia concreta las resoluciones judiciales con valor interruptivo en *dos* :

a) Las practicadas *con fines de investigación procesal* y

b) Las que tienen *el valor de ordenar el procedimiento* , como son las relativas a la admisión o rechazo de pruebas, o señalamiento del juicio oral.

Rechazándose que tengan valor interruptivo las resoluciones judiciales referentes a expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitudes de pobreza, reposición de actuaciones o recordatorios de diligencias, entre otros.

Pues bien desde la doctrina expuesta, la tesis del recurrente de estimar que de la nulidad acordada en el auto de 1 de Septiembre de 2004 debe quedar excluido el auto de 26 de Febrero de 2003 no es admisible. La nulidad acordada en aquel auto, desplegó toda su eficacia sobre el auto de 26 de Febrero de 2003 , que, además, ya había sido declarado nulo por el auto de 27 de Marzo de 2003 . Más aún, hemos dicho antes, y ahora *reiteramos*



, ya el propio auto sometido al presente control casacional reconoce que todavía no se ha dictado resolución que sustituya la citada de 26 de Febrero de 2003 que tuvo por evacuados los escritos de acusación y defensa y señalamiento para juicio.

Tercero.- *La tesis del Ministerio Fiscal, que apoya el motivo sostiene en argumentos diferentes pero que conducen igualmente a su rechazo.*

En efecto, *se dice en su informe que la resolución que produciría la interrupción de la prescripción, sería, cabalmente el auto de 1 de Septiembre de 2004 porque tiene una naturaleza de ordenar el procedimiento, al permitir que las partes civiles acusadas puedan personarse y defenderse, ahora bien, se dice en el informe por el Sr. Fiscal que teniendo en cuenta el concreto ámbito de la nulidad que se orden en dicho auto de 1 de Septiembre de 2004 , se concluye por el Sr. Fiscal que el resto de actuaciones practicadas dentro del periodo afectado por la nulidad del auto, en cuanto que afectan a los responsables penales, deberían estimarse válidas, por lo que no procede --no procedería en su tesis-- sobre dimensionar los efectos de la nulidad en los términos acordados en la resolución recurrida, y en apoyo de su tesis cita la sentencia de esta Sala STS 263/2005 de 9 de Mayo , así como las de 14 de Abril de 1997, 18 de Julio de 1997, 31 de Julio de 1997, 1784/2000 y 483/2003.*

Un examen de la Jurisprudencia de esta Sala nos lleva al siguiente resultado:

1- *STS 1050/1997 de 18 de Julio , se refiere a la prescripción acordada en un auto de la instancia contra el que se recurre en casación, desestimándose el recurso porque frente a cinco imputados pasaron más de cinco años sin procedimiento, pero no respecto de otras cinco personas.*

De esta resolución retenemos el siguiente párrafo del f.jdco. tercero:

"...El que, como ponen de relieve los recurrentes, después, por auto de la Audiencia (folios 342 y 343), se declarara la nulidad de actuaciones por no haber sido imputados aquellos contra quienes se dirigía el procedimiento con violación de lo dispuesto en el art. 118 de la LECr ., no quiere decir que tales actuaciones fueran inexistentes. Tuvieron realidad en el procedimiento y por ello han de considerarse válidas a los efectos de interrumpir la posible prescripción. Para que la prescripción del delito pueda operar es necesario que el procedimiento penal no se haya iniciado antes del plazo de prescripción, o que, iniciado, quede después paralizado por ese mismo plazo. Entendemos que una declaración de nulidad de actuaciones a los efectos de que sea oído en calidad de imputado quien tenía que haberlo sido antes, concretamente desde que fue identificado como posible responsable criminal, no determina la inexistencia de esas actuaciones que, por más que pudieran estar procesalmente viciadas, no pueden considerarse radicalmente nulas, como si no se hubieran practicado. Su realización a lo largo del procedimiento constituye una serie de actos procesales que van interrumpiendo la posible prescripción a medida que se van ejecutando, sin que una resolución judicial posterior declarando la nulidad de actuaciones por falta de imputación judicial previa pueda tener relevancia para tales efectos de interrupción de la prescripción....".

2- *STS 438/2003 de 27 de Marzo , sienta con claridad la doctrina de que la nulidad de actuaciones no determina que se pueda computar como paralización del procedimiento el tiempo transcurrido en el periodo desde el que no se realizó la actuación procesal omitida determinante de la nulidad acordada.*

Del f.jdco. tercero retenemos el siguiente párrafo:

"...Y, en efecto, esta Sala tiene ya repetidamente declarado que, cuando se declara una nulidad de actuaciones por no haber sido formalmente imputadas personas contra las que se dirigía el procedimiento, ello no determina la inexistencia de las actuaciones realizadas y estimarlas como no ocurridas, pues el efecto de nulidad que de ellas se pronuncie, no alcanza a traspasar la realidad de su existencia hasta el punto de apreciar haberse producido una paralización del procedimiento y aunque su irregularidad obligue a su reiteración (sentencias de 14 de Abril y 31 de Julio de 1997). Más aún cuando, como aquí ocurre, la nulidad acordada es parcial por afectar solo a tres de las personas contra las que el procedimiento se dirigía, y siendo así que el procedimiento se continuó, practicándose diligencias de investigación con contenido sustancial....".

3- *STS 263/2005 de 1 de Marzo . En la sentencia que cita el Ministerio Fiscal en su informe, recordamos que la teoría de la misma es que:*

"...La declaración de nulidad de actuaciones (incluso aunque esta lo fuera de carácter absoluto y total con relación a un determinado periodo de actuaciones con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la falta) no sirve para privar de eficacia a las actuaciones de contenido sustancial....".

4- *Por su parte la STS nº 1580/2002 de 28 de Septiembre declara que cuando la "vuelta atrás" de la causa a consecuencia de la nulidad declarada, supone el transcurso de un tiempo superior al fijado en la Ley para la prescripción del delito, esta debe declararse . En este caso la vuelta atrás y el reinicio supuso el transcurso de once años, por lo que el delito estaba prescrito.*



De dicha resolución retenemos el siguiente párrafo relativo *al valor que deben dársele a las resoluciones judiciales declaradas nulas por el auto que así lo acuerde.*

"...Y todo ello, teniendo en cuenta que, si las actuaciones llevadas a cabo durante todos esos años fueron nulas, "nulas de pleno derecho" según la expresión literal del párrafo introductorio del propio artículo 238 de la LOPJ que el Recurso cita en su apoyo, y así hoy se declara y admite pacíficamente, su carácter de ineficaces ha de ser evidente y pleno, originando un paréntesis en el curso de la tramitación, que obligadamente abre el vacío de sus efectos, equivalente, en todo, a la inexistencia misma de actuación.

Por lo que sostener, como en algún momento pudiera haberse hecho, que esos trámites nulos, puesto que tuvieron en su momento existencia en la realidad procesal, debieran disponer de eficacia interruptiva del término previsto para la prescripción, supondría, en realidad, dotarles de una trascendental eficacia de la que, por su propio vicio y naturaleza inválida, deben carecer, a riesgo de incurrir, en caso contrario, en una gravísima contradicción a propósito del sentido y alcance que, tanto la referida nulidad de efectos como el instituto mismo de la prescripción, ostentan....".

La conclusión de esta sentencia es clara no puede darse ningún valor a esas actuaciones declaradas nulas.

En el presente caso , hay que recordar que el auto que acordó la nulidad, lo fue de fecha 1 de Septiembre de 2004 . Su parte dispositiva, textualmente, es como sigue –folio 9134 del Tomo XXXIV–:

"...Se decreta la nulidad de actuaciones desde la providencia de 18 de Diciembre de 2001, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Villanueva de la Serena, y se acuerda retrotraer las actuaciones a dicho momento a fin de que se de traslado de las actuaciones a los designados terceros responsables en los escritos de acusación para que en un plazo máximo de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. Manteniéndose las actuaciones no viciadas de nulidad".

Del examen de la jurisprudencia de esta Sala efectuado, se deriva que, si bien existe una opinión mayoritaria a estimar que en caso de nulidad de actuaciones, aquellas resoluciones de contenido sustancial que caen dentro del ámbito temporal de la nulidad acordada, no obstante, mantienen su vigencia cuando la causa de la nulidad no les afecta – SSTS 1050/1997 , 438/2003 y 263/2005 –, también existe una resolución que estima que a consecuencia de la nulidad acordada, todas las actuaciones que caigan dentro del periodo de la nulidad decretada carecen de toda virtualidad a los efectos de interrumpir la prescripción. En este sentido, STS 1580/2002 .

En esta situación hay que situar el Pleno no Jurisdiccional de 27 de Abril de 2011 que fijó doctrina en este tema en favor de la tesis mayoritaria de la jurisprudencia de la Sala.

En el caso de autos , existió un largo contencioso sobre el Tribunal competente para el enjuiciamiento, y luego cuando ya habían calificado las acusaciones y defensas y señalado día para juicio, se cayó en la cuenta de que no se había citado ni calificado por parte de los responsables civiles subsidiarios.

En esta situación fue cuando se declaró nulidad de actuaciones por auto de 1 de Septiembre de 2004 retrotrayendo las actuaciones al 18 de Diciembre de 2001 para que se entregaran los autos para calificación de todos los inculpados y responsables civiles subsidiarios que habían sido omitidos, y causa de la nulidad acordada.

La decisión de la Audiencia Provincial de Mérida fue la de considerar que en virtud de la nulidad acordada, fecha de retroacción –18 de Diciembre de 2001– y fecha del primer proveído de contenido sustancial y no inocuo –16 de Febrero de 2007–, el delito contra la Hacienda Pública estaba prescrito.

La sentencia de la mayoría sostiene que el auto de 1 de Septiembre de 2004 , cuya propia parte dispositiva *salva de la nulidad* que declara los actos que fueron válidos, debe estimarse válido, y de acuerdo con la opinión del Pleno no Jurisdiccional, declara que dicho auto interrumpió la prescripción.

Particularmente estimo que en las *concretas circunstancias* , ciertamente anómalas del caso, en el que existe un encadenamiento de *dos autos* de nulidad –el de 27 de Marzo de 2003, anulatorio exclusivamente del auto de 26 de Febrero de 2003 –, y el de 1 de Septiembre de 2004 que retrotrae el procedimiento al proveído de 18 de Diciembre de 2001 *estimo que el auto de 1 de Septiembre de 2004* , no tiene virtud interruptiva de la prescripción, aunque declare la parte dispositiva la validez de los actos no viciados de nulidad.

Cuarto.- Mi discrepancia con la tesis de la doctrina mayoritaria de la Sala la justifico porque sin perjuicio de reconocer que el auto de nulidad de 1 de Septiembre de 2004 , en su parte dispositiva contiene la cláusula *"...manteniéndose las actuaciones no viciadas de nulidad..."* , tal cláusula más próxima a una cláusula de estilo que a otra cosa sobre ser oscura e inconcreta, *no concreta* cuales sean en concreto esas resoluciones excluidas de la nulidad, cuando las resoluciones concernidas dentro del periodo temporal de la nulidad



acordada, --las resoluciones de 15 de Abril de 2002 , 26 de Febrero de 2003 y 27 de Marzo de 2003--, se refieren *todas a autos dictados por el Juzgado de lo Penal de D. Benito, y finalmente no ha sido el competente para conocer de la causa , sino que lo ha sido la Sección III de la Audiencia Provincial de Badajoz, que fue la que dictó el auto de sobreseimiento libre, recurrido en casación. Hay que tener en cuenta que la retrocesión de la causa se lleva hasta el proveído de 18 de Diciembre de 2001, fecha en que el Juez instructor del Juzgado de Instrucción de Villanueva de la Serena entrega la causa a todos los imputados para calificar, por lo que todas las actuaciones efectuadas ante el Juzgado de lo Penal de D. Benito son procesalmente inexistentes, habiendo existido un largo periodo de peregrinaje jurisdiccional en busca del Tribunal competente, que finalmente fue el de la Audiencia Provincial de Badajoz como se ha dicho.*

Por ello, discrepo desde las *concretas circunstancias del presente caso , del Acuerdo del Pleno citado y considero *tex abundantia* , que en sintonía con lo declarado en la STS 1580/2002 , sostener la validez de estos procesales incluidos dentro del ámbito temporal que quedó afectado por el auto que declaró la nulidad constituiría, en sus palabras "...una gravísima contradicción a propósito del sentido y alcance que, tanto la referida nulidad como el instituto de la prescripción ostentan...."*.

Enlazado con ello, y *como reflexión adicional* no hay que olvidar que una interpretación extensiva en favor de la interrupción de la prescripción, tiene, sin duda el carácter de una interpretación contra reo, y por tanto prohibida en el sistema penal. Es desde esta perspectiva que encuentra su razón de ser la exigencia de un contenido esencial, y por tanto excepcional, que debe exigirse en las resoluciones capaces de interrumpir la prescripción -- STS 98/2006 y las en ella citadas--.

Así las cosas el *dies a quo* o inicial del cómputo para la prescripción se sitúa en el *18 de Diciembre de 2001* , sin que pueda dársele valor interruptivo al auto de 1 de Septiembre de 2004 , y el *dies ad quem* en la primera resolución de contenido esencial que ordene el procedimiento enlazándolo con el proveído anterior.

Este dies ad quem está constituido por el proveído de *16 de Diciembre de 2007* en el que dando cumplimiento al auto de nulidad de 1 de Septiembre de 2004 , se da traslado por el Juzgado de Villanueva de la Serena de los responsables civiles subsidiarios.

En todo caso es *patente, a mi juicio y en contra de la opinión de la mayoría del Tribunal el transcurso con creces de los cinco años* que la Ley señala al delito contra la Hacienda Pública para la prescripción.

Como conclusión de lo expuesto, estimo que debió haberse mantenido la resolución recurrida y considerar prescrita la causa.

Fdo.: Joaquin Gimenez Garcia Jose Manuel Maza Martin

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.