

CUESTION COMPETENCIA núm.: 20947/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. 20424/2022

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

En Madrid, a 9 de junio de 2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 3 de noviembre de 2021 se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonios dimanantes de las Diligencias Previas 212/2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº

1 de Getafe, planteando cuestión de competencia negativa con la Fiscalía Europea (FEU Proc. 67/21). Por providencia de 10 de noviembre de 2021 se acordó formar rollo, designar Ponente al Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, y conferir traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 18 de noviembre de 2021, dictaminó en favor de atribuir la competencia a la Fiscalía Europea. Tras exponer los antecedentes procesales, recoger el marco normativo que rige estas cuestiones de competencia y subrayar que no hay divergencias en cuanto a los hechos objeto de investigación, que relata sucintamente, vierte los argumentos que entiende apoyan su posición, argumentos que pasamos a transcribir:

“El delito de fraude subvenciones a los presupuestos de la Unión Europea Hasta la aprobación de la LO 1/2019, de 20 de febrero, la protección del Código Penal de los intereses financieros de la Unión Europea era desarrollada siguiendo el esquema conceptual de ingresos y gastos fijado por el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995 y así:

- Si se trataba de subvenciones o ayudas europeas gestionadas directamente por las instituciones de la Unión Europea, eran de aplicación las previsiones contenidas en el art. 306 CP.
- Si eran directamente gestionadas por los Estados Miembros, las previsiones del art. 308 CP.

La citada Ley Orgánica 1/2019, en su exposición de motivos, justifica la modificación operada en esta materia: “Una de las primeras novedades que aporta la directiva es el aumento de la cuota defraudada para establecer la infracción penal contra la Hacienda de la Unión Europea, a cuyo efecto se han adaptado los correspondientes artículos. Igualmente, y para dar solución a problemas concursales que en la práctica se producían en la aplicación de los artículos 306 y 308, se ha optado por una regulación conjunta”.

De este modo, en 2019 el legislador reforma el art. 308 dedicado al fraude de subvenciones para incluir en su apartado primero la referencia a las ayudas procedentes de la Unión Europea. Unifica el fraude europeo y el fraude estatal y en ambos casos exige una intervención para cuando el perjuicio sea superior a 100.000 euros. Esto es, incrementa la intervención penal en relación con los fraudes estatales (hasta esa fecha con sanción sólo cuando se superaban los ciento veinte mil euros) y reduce la intervención penal en relación con los fraudes europeos (hasta 2019 posible mediante el art. 306 cuando se superaban los cincuenta mil euros). Y además permite, con una pena atenuada, intervenir cuando, sin alcanzar los cien mil euros, se supere la cantidad de diez mil, mientras que hasta ahora en los fraudes europeos era posible desde los cuatro mil (de nuevo reducción de la intervención

penal) y no era posible intervención alguna en relación con los fraudes estatales (con lo que aquí de nuevo se incrementa la intervención penal).

En consecuencia, los hechos ya relatados pueden ser constitutivos de un delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP (o en su caso, del art 306 CP, fraude a los presupuestos generales de la UE). La penalidad de ambos preceptos es similar en cuanto a la pena de prisión, multa y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Pero, además, el actual art. 308 resulta más favorable en tanto que contempla la posibilidad del reintegro: “Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”; e incluso contempla una atenuación en su apartado 8 que podrá alcanzar la rebaja en uno o dos grados de la pena si el reintegro se efectúa antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado.

Sumados ambos factores podemos concluir que el actual art. 308 del CP resulta más favorable que el art. 306 CP.

Momento de comisión del delito. La cuestión nuclear del presente informe es, por tanto, si los hechos que han dado lugar a la presente causa se cometen antes o después del 20 de noviembre de 2017.

A juicio del Fiscal los hechos se extienden hasta 2018. Varias razones, que han sido acertadamente expuestas por el Fiscal del Juzgado de Getafe en su completo y estudiado informe de 8 de octubre de 2021 interesando del Juzgado el planteamiento de la presente cuestión, abogan por dicha solución.

1º. Determinación de la cuota.

El art. 308.5 establece que “A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente”.

2º. Reintegro de la ayuda recibida.

El delito de fraude de subvenciones en los términos del artículo 308 del CP se comete hasta el momento de la recepción del último de los pagos de 6 de febrero de 2018, ya que en

aquel momento la empresa XXX recibe uno de los pagos de las cantidades procedentes de los fondos europeos.

Si el reintegro de dichas subvenciones se configura en el art. 308. 1º como un elemento negativo del tipo (“... salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6” reza el precepto) y si, además, para que surta efecto ha de ser de la totalidad de las cantidades recibidas, es claro que con anterioridad a 2018 no pudo el investigado o XXX haber procedido al reintegro. La última cantidad la recibe, y puede entonces reintegrar el total de lo subvencionado indebidamente, en fecha 2018, fecha en la que la Fiscalía Europea si era competente para conocer del delito.

3º. Consumación del delito.

En el fraude de subvenciones la jurisprudencia es clara acerca del momento consumativo. La consumación se produce cuando la cantidad queda a disposición del sujeto activo. No basta el acto administrativo de concesión. En ese sentido la STS 316/2017, de 3 de mayo, se plantea si “para colmar la exigencia típica de haber obtenido una subvención por más de 120.000 euros, ¿basta el acto administrativo de la concesión o es necesaria la efectiva percepción?”, resolviendo a favor de la exigencia para la consumación de la percepción de la cantidad.

En el caso de autos, la concesión de la ayuda se produce antes de noviembre de 2017, pero la cantidad no se recibe en su totalidad sino hasta 2018, efectivamente en tres pagos, en los años 2014, 2015 y 2018, todo ello constituye una unidad de acción, recepción de una ayuda, diferida en tres pagos, sin que el último de ellos pueda quedar fuera del delito, integrando igualmente el ilícito y sin que pertenezca únicamente a la fase de agotamiento del delito.

No cabría entender que cuando se recibe el último pago ya se había traspasado el umbral de 100.000 euros, pues eso no convierte en lícita la última cantidad indebidamente recibida.

En esta línea, la reciente STS 156/2021, de 24 de febrero, afirma en su FJ 5º: “Ello sin embargo no puede llevarnos a compartir lo argumentado por el recurrente por cuanto la desviación de fondos llevada a cabo por el mismo no se verificó en un único acto. Existieron varios actos de disposición sucesivos que fueron igualmente ilícitos al suponer un desvío de fondos no consentido. El hecho de superar los ciento veinte mil euros a partir de una de las disposiciones no convierte en lícitas las disposiciones sucesivas. Tampoco pertenecen éstas a la fase de agotamiento del delito”. Y sigue señalando la citada sentencia: “De aceptarse la tesis del recurrente no se hubiera cometido un delito de fraude de subvenciones sino varios. Si el delito se consuma el día que el sujeto activo ha destinado más de ciento veinte mil euros de la subvención o ayuda recibida a una finalidad distinta de la que debía destinarlo, las distintas desviaciones sucesivas que se vayan realizando y que alcancen nuevamente los 120.000 euros podrían constituir un nuevo delito de fraude de subvenciones. Por ello el acusado podría haber cometido, no uno, sino seis delitos o un delito continuado de fraude de subvenciones”.

Las tres sucesivas cantidades entregadas en nuestro caso constituyen un único delito de subvenciones, que se consuma en el momento final, febrero de 2018, coincidente con la recepción del último pago.

Cierto es que ha habido actos de ejecución anteriores (la solicitud de subvención, la concesión administrativa, los dos primeros pagos), pero es el último de ellos el que determina la fecha a la que habrá que atender para atribuir la competencia a la Fiscalía Europea de la totalidad del fraude.

4º. El *dies a quo* del cómputo para la prescripción del delito. En el caso de autos, la fecha que va a marcar el inicio del cómputo de la prescripción del delito es la del último pago recibido, el 6 de febrero de 2018. Es éste el último momento de la acción desplegada por el sujeto activo y marcará por tanto la fecha del plazo de la prescripción. En tal sentido se expresa el art. 132.1 CP.

Un entendimiento contrario nos llevaría a preguntarnos qué otro momento se podría defender para marcar el *dies a quo* de dicho instituto. Mantener que el delito se cometió antes de 2018, supondría fijar el plazo de prescripción del delito en momentos previos a la recepción por el autor del dinero procedente de los fondos europeos. Eso admitiría, por ejemplo, defender que el delito podría haber estado prescrito aun cuando los fondos se hubieran recibido en 2023, pues la actividad desplegada por el autor fue en los períodos de 2013 a 2017, obviando que la acción desplegada por el autor ha continuado, pues debe recibir y no reintegrar los fondos para poder estar en presencia del delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del CP.

En definitiva, no sería posible defender que se pueda haber cometido el delito de fraude subvenciones aún antes de haber recibido de forma efectiva el dinero. Como si el acto de concesión fuese lo determinante y no la recepción (sin reintegro) de los fondos europeos.

Sobre el principio de preferencia de la Fiscalía Europea. El Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, sienta unos principios de preferencia de la Fiscalía Europea frente a las autoridades judiciales nacionales, así afirma: “Las funciones de la Fiscalía Europea deben ser investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como los delitos que están indisolublemente vinculados con ellos.

Las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, debido a su dimensión y efectos, se pueden combatir mejor a escala de la Unión. La situación actual, en la que el ejercicio de la acción penal por infracciones contra dichos intereses recae exclusivamente en las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, no siempre es suficiente para lograr el mencionado objetivo. Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, intensificar la lucha contra infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión mediante la creación de la Fiscalía Europea, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros de la Unión Europea, debido a la

fragmentación de los procesos penales nacionales relativos a las infracciones contra dichos intereses, sino que pueden lograrse mejor a escala de la Unión, puesto que la Fiscalía Europea tendrá competencias para ejercer la acción penal por tales infracciones, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE.

La Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia siempre que esté en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal que las autoridades del Estado o Estados miembros correspondientes. Podría entenderse que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones, entre otros casos, cuando sea más eficaz dejar a la Fiscalía Europea investigar o ejercer la acción penal sobre el correspondiente delito debido a su carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda constituir una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas.

En tales casos, la Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia con la aprobación de las autoridades nacionales competentes del Estado o Estados miembros, cuando se haya causado perjuicio a otra víctima o víctimas”.

De la legislación europea se deduce, por tanto, un principio de preferencia de la Fiscalía Europea en busca de mayor eficacia para el interés protegido. En este caso nos encontraríamos entre la especialidad y los medios materiales y humanos de una Fiscalía supranacional, cuyo único objeto es la protección de los intereses financieros de la Unión, frente a un Juzgado mixto (civil y penal), que carece de especialidad y cuyos limitados recursos materiales y humanos se extienden a competencias civiles y penales en un amplio abanico que comprende tanto resolver un monitorio, conocer de un divorcio o enjuiciar delitos leves”.

TERCERO.- Por providencia de fecha 24 de enero de 2022 se acordó, siguiendo el orden de señalamientos establecido, fijar la audiencia del día 22 de febrero para deliberación y resolución, prologándose las deliberaciones hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Getafe (Madrid) incoó sus diligencias Previas 212/2021 el día 20 de abril de 2021 en virtud de querrela

interpuesta por el Ministerio Público contra YY, Director de XXX, por hechos que podrían ser constitutivos de un delito de fraude de subvenciones de la Unión Europea. Apuntaba una calificación alternativa (art. 308 CP o, en su caso, art. 306 del mismo cuerpo legal). La querella era fruto de una previa investigación de la Oficina Europea contra el Fraude (OLAF).

Los hechos objeto de investigación aparecen expuestos de forma tan sintética como precisa en el antecedente tercero del Decreto de devolución de la competencia de fecha 21 de septiembre de 2021 de la Fiscal Europea Delegada (folios 194 a 196: se ha mantenido en el rollo la paginación asignada por el órgano judicial de instancia). Son asumidos y transcritos abreviadamente, en lo nuclear, en el detallado y solvente informe presentado por el Fiscal en las propias diligencias previas fechado el 8 de octubre de 2021 (folios 198 y ss del rollo), texto del que se nutre en buena medida el dictamen del Fiscal del TS y al que se remite de forma expresa el Auto del Juzgado promoviendo la cuestión de competencia (folios 206 a 207).

La comparación de ambos textos -clónicos en el pasaje esencial- evidencia que sobre el objeto del proceso, como puntualiza el Fiscal en el informe evacuado ante esta sede, existe conformidad. No surgen discrepancias sobre lo fáctico, aunque la investigación todavía está en una fase embrionaria y hay que operar con indicios. Sobre los hechos no hay divergencias. Aparecen expuestos de esta forma:

El XXX, en fechas comprendidas entre el 1 de noviembre de 2013 y el 30 de abril de 2017 desarrolló el proyecto ZZZ financiado por la Unión Europea mediante aportaciones solicitadas por XXX (en fechas 10 de julio y 9 de noviembre de 2015 -¿?-) concretadas en los costes de personal de dos investigadores: MJ (53.540 euros) y XI (59.575 euros). Su real y efectiva participación así como su nivel de dedicación en el proyecto es puesta en duda por la OLAF.

XXX recibió los siguientes fondos europeos:

1.- Una prefinanciación de 90.381,20 euros, en fecha 8 de enero de 2014.

2.- Un pago de 27.809,60 euros en fecha 11 de septiembre de 2015.

3.- Un pago de 20.853,20 euros, el 6 de febrero de 2018.

SEGUNDO.- Sobre esos hechos, fijados de forma provisional, ha de construirse la decisión sobre la competencia.

No sobra recordar otra vez, como hace esta Sala con insistencia que llega a lo cansino, que, precisamente por ello, las decisiones en materia de competencia encierran una nota de provisionalidad. Se adoptan sobre una base indiciaria -no sobre pruebas-, lo que las somete a las vicisitudes de la investigación. Desechado de forma definitiva como consecuencia de las investigaciones; o de un reposicionamiento de las partes acusadoras; o de una decisión judicial, un elemento o una infracción que ha influido en la atribución de competencia, nada impide replantearla. Muestra de ello es la aclaración que el legislador se siente obligado a hacer en el párrafo final del art. 15 LECrim, en lo que constituye una derivación del principio de improrrogabilidad (art. 8 LECrim, que, aunque utilice el término *jurisdicción*, según convienen los procesalistas, se refiere más bien a la competencia, a diferencia del art. 9.6 LOPJ). El curso de la investigación podría hacer aflorar datos que varíen los términos de la cuestión.

En el estado actual de la investigación nos enfrentamos a un fraude a los presupuestos de la Unión por una cuantía que podría ascender a 139.043,8 euros, y que se enmarca temporalmente entre, al menos, el 8 de enero de 2014 y el 6 de febrero de 2018 (fecha del último pago).

Es ésta, también, una afirmación provisional susceptible de modulaciones al hilo de la investigación. No necesariamente ha de situarse el inicio del *iter criminis* en la fecha señalada como inicial (podría ser anterior: en el momento de las solicitudes, si se apreciase un dolo antecedente o se

falsearon las condiciones; o posterior si se acreditase que esa concreta cantidad fue correctamente invertida).

Sí parece, sin embargo, que no podemos de manera alguna desdeñar la última fecha -6 de febrero de 2008-. Sea cual sea la fórmula defraudatoria (obtención indebida o desvío de lo asignado del objeto para el que se reclamó), la percepción efectiva de los fondos forma parte del tipo de defraudación (ya hablemos del art. 306 -si es que no se le considera tácitamente derogado a partir de la reforma de 2019-; ya nos situemos en el ámbito del art. 308 CP, como parece más correcto, en principio y sin voluntad de prejuzgar). No aporta nada a los efectos que aquí interesan plantearnos si la cuantía es elemento del tipo -resultado- o condición objetiva de punibilidad. Tampoco es necesario anticipar un debate sobre la forma de calcular la cuantía -periodos o actividades- en lo que ha incidido la reforma de 2019 y podría surgir alguna discrepancia según manejemos el art. 306 ó el art. 308.

Un fraude de fondos de la Unión, que podría ascender a más de cien mil euros y perpetrado en un lapso de tiempo comprendido, en principio, entre 2014 y, al menos, febrero de 2018: desde el punto de vista penal estamos ante una única infracción aunque se haya desarrollado en un lapso de tiempo superior al año y aunque se hayan producido ingresos en fechas diferentes. No se detecta en ese periodo una incidencia que pueda representar lo que la jurisprudencia conoce como "ruptura jurídica". Estamos penalmente ante una única y misma infracción.

Sin entrar en mayores disquisiciones -que son posibles pero innecesarias ahora- podemos afirmar que los hechos no son disociables o escindibles procesalmente. Han de ser enjuiciados, y por tanto, investigados, unitariamente.

TERCERO.- La discrepancia entre ambos órganos -Fiscalía europea y Juzgado de Instrucción de Getafe- se concreta en un tema de derecho transitorio.

De conformidad con el art. 120, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo (en adelante, “Reglamento de la Fiscalía Europea” o, simplemente, Reglamento), la Fiscalía Europea es competente en relación con cualquier infracción de su competencia cometida después del 20 de noviembre de 2017, siempre que la investigación no estuviese finalizada con presentación de una acusación ante el correspondiente tribunal.

Queda así focalizada la cuestión en los términos en que aparece planteada. Tres tramos hay que recorrer para resolverla: dilucidar si estamos ante una infracción sobre la que ostente competencia la Fiscalía Europea **(i)**; indagar sobre los criterios a manejar para fijar la fecha de comisión verificando si puede considerarse cometida después del 20 de noviembre de 2017 **(ii)**; y, por fin, en su caso, aclarar qué régimen transitorio ha de regir para hechos no escindibles penalmente, desarrollados en un lapso temporal que abarca periodos tanto anteriores como posteriores a esa fecha clave **(iii)**.

Antes de sumergirnos en su análisis, conviene detenerse algo en temas más procedimentales. Lo aconseja lo novedoso de la materia.

CUARTO.- En efecto, la cuestión de competencia que nos ocupa presenta no pocas peculiaridades derivadas de los órganos en conflicto: un juzgado de instrucción frente a una Fiscalía. Y, además, frente a una Fiscalía supranacional. Esa situación es inédita en nuestro ordenamiento. Sin duda generará en el futuro nuevas controversias similares a ésta. Es consecuencia de la implantación de ese órgano de nueva planta -Fiscalía Europea-, con un procedimiento y unas normas singulares, incrustado en nuestro viejo sistema procesal, que obedece a premisas y estructuras muy distintas, cuya necesidad de reforma se ha convertido en idea tópica, tantas veces repetida y anunciada como fracasada.

Este asunto supone el *debut* ante esta Sala Segunda de ese novedoso actor del proceso penal en España y en concreto de su capacidad -extravagante hasta ahora en nuestro sistema- de discutir sobre competencia frente a un órgano judicial en pie de igualdad o, incluso, en una situación

aparente -y no solo aparente- de cierta supremacía según derivaría de la herramienta elegida por la legislación -derecho de avocación- para articular esas relaciones.

Lo novedoso del escenario invita a remontarnos por encima del asunto concreto concernido para fijar unas primeras pautas que puedan orientar en ulteriores cuestiones de competencia que inevitablemente surgirán, especialmente en los primeros años de rodaje de la nueva normativa, en buena medida rupturista por la necesidad de homologación con los modelos europeos.

Si en, nuestro sistema, hoy por hoy, la investigación sigue pivotando con todos los matices que se quiera, sobre el Juez de Instrucción, en los procedimientos competencia de la Fiscalía Europea la investigación es asumida por una Fiscalía supranacional, arrebatándolos no solo al Juez de Instrucción correspondiente, sino también a la Fiscalía Nacional. Eso arrastra de forma ineludible a un régimen de investigación sustancialmente distinto; una tramitación procesal con variaciones no menores; y, *the last but not the least*, en la mayoría de los casos, una alteración del órgano de enjuiciamiento en tanto los asuntos asumidos por la Fiscalía Europea, han de ser enjuiciados por la Audiencia Nacional conforme se deriva del art. 65.1 f) LOPJ: delitos atribuidos a la Fiscalía Europea... “*cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia*” (según reforma operada por el apartado cuatro de la disposición final segunda de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, que entró en vigor el 3 de julio de 2021). La decisión sobre competencia en estos asuntos comporta consecuencias procesales que sobrepasan las ordinarias. La trascendencia de la decisión es por ello superior. Supone no solo fijar el órgano que ha de investigar, sino también el modelo procesal que regirá la investigación (aún sin ignorar las facultades de investigación del Fiscal Nacional -art. 5 EOMF- que en todo caso son mas limitadas y no pueden sustituir totalmente la instrucción judicial). Puede alterar la competencia

objetiva haciendo entrar en juego a la Audiencia Nacional (o, en su caso, al Juzgado Central de lo Penal: art. 7 de la Ley orgánica 8/2021).

Conviene adelantar que la singular fórmula del art. 65.1.f) LOPJ que sugiere una cierta discrecionalidad de la Fiscalía Europea que se impondría en todo caso (haría falta no solo una atribución legal competencial sino además una decisión no cuestionable de asumir ese concreto asunto, conforme a sus disposiciones internas: *haber decidido ejercer sus competencias*) no puede ser interpretada de esa forma. Se mantiene, ciertamente, algún espacio, aunque reducido, para decisiones no estrictamente regladas: la normativa atribuye a la Fiscalía Europea la posibilidad de ejercer o no ejercer su competencia respecto de algunos -solo algunos- asuntos, siempre de acuerdo con las orientaciones más generales que con una eficacia *ad intra* se fijan por tal órgano.

No sería de recibo un sistema en que se atribuyese como regla a la voluntad libérrima de un actor del proceso, por muy razonada y prudentemente que se ejerza, la capacidad de decidir por sí qué órgano va a ser el competente para el enjuiciamiento (lo que sería dudosamente compatible con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley -art. 24.2 CE), y quién y con arreglo a qué disposiciones va a dirigir la investigación (aunque este segundo aspecto es más relativizable). No sería compatible con nuestro ordenamiento procesal y constitucional, un mecanismo que dejase en manos de la Fiscalía, sin posibilidad de revisión jurisdiccional, la interpretación de todo el listado de competencias del art. 4 de la LO 9/2021; o del régimen transitorio, por aludir al punto foco de discrepancia. La asunción de la competencia o no por la Fiscalía Europea (art. 65 LOPJ), en lo que tiene de aspectos reglados, no puede sustraerse a una revisión jurisdiccional en cuanto implica una fijación del órgano competente para el enjuiciamiento.

Por eso no es suficiente constatar que la Fiscalía Europea no ha ejercido su *derecho de avocación*, en decisión que ha traspasado todos los filtros internos de la institución (según da detenida cuenta el Decreto de la Fiscalía Europea delegada), para que pueda darse por zanjada la cuestión. Una

hipotética máxima *Procuratoria locuta, causa finita*, a la que la lectura descontextualizada de algunos preceptos parecería conducir, no es admisible. Si fuese así, no quedaría espacio para los conflictos negativos de competencia y esas decisiones, con tanta trascendencia, escaparían a la premisa que con carácter general establece el art. 42.1 del Reglamento (UE) 2017/1939. No es de recibo en nuestro ordenamiento una exégesis que condujese a esa conclusión: salvo en algunos casos particulares, el criterio interpretativo de la Fiscalía Europea sobre competencia se impondría necesariamente -con las trascendentes consecuencias que acarrea- al conjunto de órganos jurisdiccionales nacionales y sin posibilidad de cuestionamiento ante un órgano jurisdiccional superior.

La normativa alumbrada para delimitar esas competencias es especialmente alambicada sinuosa y oscura. Es preciso en este primer acercamiento analizarla con cuidado; sin que *a priori* pudiera descartarse una consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de surgir alguna duda atinente a normativa europea (art. 42.2 del Reglamento (UE) 2017/1939).

QUINTO.- La ley nacional (LO, 8/2021, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 citado), ha residenciado en esta Sala Segunda la resolución de las cuestiones de competencia entre la Fiscalía europea y cualquier juzgado de instrucción (art. 9.2). El ámbito de esa disposición no puede quedar ceñido a las divergencias contempladas en el art. 25.6 del Reglamento. No se agotan en esos supuestos los posibles conflictos. Lo demuestra este asunto.

El trámite en nuestra legislación procesal prevé únicamente la audiencia del Ministerio Fiscal (el Fiscal nacional, obviamente, y en concreto la Fiscalía del Tribunal Supremo), a semejanza de lo previsto para cuestiones de competencia entre órganos judiciales nacionales (arts. 759 y 19 y siguientes de la Ley Procesal Penal). Antes, tal y como se hace en las cuestiones de competencia entre órganos judiciales -la Ley de Enjuiciamiento Criminal actúa como derecho supletorio: art. 2.2 y disposición final octava de la reseñada LO 8/2021-, se debe producir una comunicación entre los órganos discrepantes.

El Juzgado de Instrucción de Getafe, considerando que el asunto debía ser asumido por la Fiscalía Europea, se lo remitió previa resolución motivada (Auto de 12 de agosto de 2021). Por Decreto de fecha 21 de septiembre siguiente la Fiscalía Europea declinó la avocación, explicando que la decisión se había ajustado a la reglamentación interna, contando con el *plácet* de la correspondiente Sala Permanente de la Fiscalía Europea (arts. 10 y 27.6 del Reglamento (UE) 2017/1939), lo que, como se deduce de lo expuesto, no vincula inexorablemente a los órganos nacionales; y aduciendo, como razón material de fondo, que asumir esa competencia supondría una aplicación retroactiva que podría desencadenar una nulidad. Entiende que el fraude se produjo antes del 20 de noviembre de 2017 y eso les cierra la capacidad de avocar el asunto.

Ante el rechazo, el Juzgado ha promovido la cuestión de competencia de forma no del todo ortodoxa en tanto debiera haber elevado la correspondiente exposición manteniendo las diligencias en su poder y sin perjuicio de remitir los testimonios necesarios (art. 25.2 LECrim), en deficiencia de tramitación que conviene ahora obviar para no generar más retrasos de los ya provocados en esta Sala. No sobra en todo caso su reseña para llamar la atención sobre ello.

Se ha oído en esta sede al Fiscal del Tribunal Supremo que, conforme ha quedado expresado en los antecedentes, ha dictaminado en favor de atribuir la competencia a la Fiscalía Europea.

Puede entenderse más o menos acertada la equiparación a estos efectos a las cuestiones de competencia entre órganos nacionales. Se margina en cierta medida a la Fiscalía Europea que solo informará en esa primera comunicación con el órgano judicial. La competencia es resuelta por la jurisdicción nacional, sin más intervención supranacional que la eventual derivada del planteamiento de una cuestión prejudicial (art. 42.2.c) del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre). Pero ese es el panorama normativo con que contamos, lo que, por otra parte, no deja de guardar coherencia con el mantenimiento de la jurisdicción penal en un ámbito

estrictamente interno y nacional, compatible con la atribución de competencias investigadoras y de ejercicio de la acción penal a un órgano supranacional.

SEXTO.- No hay dudas de que la infracción investigada materialmente entra en el ámbito de competencias de la Fiscalía Europea delegada. Es el art. 4 de la LO 8/2021 el que se encarga de establecer ese listado de atribuciones. En algunos casos, las fija de forma taxativa y rotunda. En otros la hace depender de determinadas condiciones, llegando a supeditar algunas a la decisión pautada de la Fiscalía Europea.

En lo que aquí nos interesa, dispone tal precepto:

“1. Los Fiscales europeos delegados son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea de conformidad con los artículos 4, 22, 23 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, con independencia de la concreta calificación jurídica que se otorgue a los mismos.

2. En particular, tendrán competencia para investigar y ejercer la acusación en relación con las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

a) De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 bis y 306...

b) De la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308. (...).”

Orillando ahora el atormentado debate sobre la coordinación de los arts. 306 y 308 tras la reforma de 2019, y su régimen intertemporal, a lo que dedica un extenso apartado el dictamen del Fiscal dando por supuesta la vigencia de ambos preceptos, es claro que materialmente, sea cual sea la tesis que manejemos de derecho penal sustantivo, y cualquiera que sea la decisión sobre la norma aplicable (posible retroactividad de la ley favorable), estamos ante una infracción incluida en el cuadro de competencias de la Fiscalía Europea.

La remisión a diversos preceptos del Reglamento, empero, obliga a manejar este otro producto legislativo de plena eficacia que introduce no pocos

matices y modulaciones y nos sitúa ante una sinuosa normativa, preñada de excepciones, aclaraciones y modulaciones no siempre diáfanas, como han señalado los especialistas, que, además, han intentado explicar esas complicadas reglas poniendo de manifiesto las diferentes líneas de fuerza e intereses nacionales enfrentados en la gestación de la norma.

Retomemos una idea ya mencionada recordando cómo la redacción del antes transcrito precepto de la LOPJ resulta un tanto desconcertante al incluir la apostilla "... *cuando aquella* -la Fiscalía Europea- *hubiera decidido ejercer su competencia*". Una aclaración así sorprendería en una delimitación de competencias entre órganos internos. Parece venir heredada de unas *formas de decir* muy presentes en el Reglamento. No puede deducirse de ese inciso ni que el listado de competencias del art. 4 de la Ley sea absolutamente disponible para la Fiscalía europea; ni que su parecer en la interpretación de ese listado haya de imponerse indefectiblemente a los órganos nacionales incluidos los jurisdiccionales.

SÉPTIMO.- El art. 22 del Reglamento, bajo el rubro "Competencia material de la Fiscalía Europea" dispone:

"1. La Fiscalía Europea será competente respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, con independencia de que el mismo comportamiento constitutivo de delito pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito con arreglo al Derecho nacional. En lo que respecta a los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371, tal como se haya transpuesto por la legislación nacional, la Fiscalía Europea solo será competente cuando las acciones u omisiones intencionadas definidas en dicha disposición tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de EUR".

(...)

El art. 24 dirá, por su parte,

1. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión y las autoridades de los Estados miembros que sean competentes con arreglo al Derecho nacional aplicable informarán a la Fiscalía Europea, sin dilación indebida, de todo comportamiento constitutivo de delito respecto del cual esta pueda ejercer su competencia de conformidad con el artículo 22 y con el artículo 25, apartados 2 y 3.

2. Cuando una autoridad judicial o policial de un Estado miembro inicie una investigación de un delito respecto del cual la Fiscalía Europea podría ejercer su competencia de conformidad con el artículo 22 y el artículo 25, apartados 2 y 3, o en caso de que, en cualquier momento tras el inicio de una investigación, la autoridad judicial o policial competente de un Estado miembro considere que una investigación se refiere a un delito de este tipo, dicha autoridad informará a la Fiscalía Europea sin dilación indebida para que esta pueda decidir si ejerce o no su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27.

En ese escenario nos situamos ahora. El órgano nacional, conforme a lo establecido en la norma, ha puesto en conocimiento de la Fiscalía europea hechos que se acoplan perfectamente a sus competencias con una fórmula quizás no ajustada de forma estricta a lo que establece la normativa (una inhibición a lo que seguramente le ha arrastrado la inercia y el mimetismo con las cuestiones de competencia tradicionales); y ésta ha decidido *no ejercer su derecho de avocación*, lo que, trasladado a los conceptos manejados en nuestra normativa procesal, equivale a rechazar la competencia, aunque somos conscientes de que esta equivalencia puede ser más controvertida.

Junto a la previsión del núm. 2, el Reglamento introduce otra (apartado 3) que constituye la faz negativa de la anterior: la autoridad nacional conoce de un delito competencia de la Fiscalía europea pero considera que ésta “podría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, apartado 3, no ejercer su competencia”. En ese caso basta con informar a la Fiscalía europea de forma cumplida, proporcionándole los datos que hay que evaluar para esa decisión (entre otras cuestiones, una evaluación del perjuicio causado) (art. 24.3, 4 y, con algunos matices, 5 del art. 24).

El art. 25, varias veces aludido en los preceptos que hemos venido reseñando, disciplina el ejercicio por la Fiscalía de su propia competencia:

“1. La Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26, o bien decidiendo ejercer su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27. Cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito”.

A continuación, tanto en el referido art. 25, así como en el 27 (derecho de avocación) se establecen unas reglas complementarias que concretan el marco general de competencias:

a) Se excluyen los delitos en que el perjuicio para los intereses financieros de la Unión sea inferior a 10.000 euros (supuestos que en nuestro derecho solo serían encajables en el art. 306.2, olvidando ahora la problemática del desfase de esa norma) salvo que por su repercusión se haga aconsejable la intervención de la Fiscalía Europea o estén implicados agentes o funcionarios de la Unión o sus instituciones. Es claro que no es aplicable esta excepción al supuesto ahora analizado. El perjuicio está provisionalmente cifrado en más de cien mil euros.

b) También puede abstenerse de conocer la Fiscalía europea en caso de que se presente indisolublemente vinculado al delito de su competencia, otro u otros más graves no estrictamente instrumentales o cuando concurre otra víctima que ha sufrido un perjuicio superior al producido en los presupuestos de la Unión. Tampoco nos atañen ahora estas precisiones.

c) Por fin, el art. 27.8 del Reglamento (en combinación con el art. 34.3) abre otro portillo para extraer asuntos del ámbito de competencias de la Fiscalía Europea: delitos que causen o puedan causar perjuicios en cuantía inferior a cien mil euros siempre que no concurren factores -según orientaciones y pautas fijadas internamente en el seno de la Institución- que recomienden asumir la investigación. En el estado en que se encuentra la investigación, tampoco es previsión, de momento y hoy por hoy, aplicable a este asunto. En principio, el perjuicio rebasa ese monto. Indiciariamente estamos ante una cuantía defraudada superior a 100.000 euros, aunque es verdad que esa cuantificación (que se corresponde con el total abonado) puede experimentar variaciones. En ese hipotético caso el Reglamento prevé una cierta discrecionalidad, sometida a las orientaciones del Colegio de la Fiscalía, para no asumir la investigación; aunque no es baladí sobre tal punto la previsión del art. 34.5.

OCTAVO.- Importa resaltar, a modo de recapitulación, varias cuestiones.

Estamos materialmente ante una infracción que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea (delitos contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 PIF del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho Penal: *delito PIF*); más allá de los problemas que puede sugerir su concreta tipificación (art. 306 *versus* art. 308).

El Fiscal Europeo delegado puede autolimitar su competencia solo para investigar determinadas defraudaciones (inferiores a 100.000 euros y con sometimiento a las directrices generales). Está habilitado para rechazar la avocación de ciertos casos, cuya competencia le podría corresponder, en virtud de criterios propios, aunque sometido a unas reglas y control internos. No deja de suscitar esa reglamentación algunas incógnitas. Pero en general no tiene la última palabra para decidir qué asuntos están comprendidos en su ámbito de competencias y cuáles no tratándose de cuestiones regladas.

El asunto objeto de examen supone una defraudación que escapa por la cuantía de esos supuestos singulares. Está claramente incardinada en el art. 4 de la Ley Nacional sin que le afecten las previsiones moduladoras examinadas del Reglamento.

Penalmente es un hecho único, no fragmentable para el enjuiciamiento.

Es, por fin, una infracción no instantánea, sino desarrollada a lo largo de un periodo de tiempo cuyo hito inicial radicaría, eventualmente, aunque no con seguridad, en enero de 2014; y cuyo momento final situamos no antes de febrero de 2018 (es claro que con posterioridad se ha producido ya la aludida *ruptura jurídica*, que impide integrar en ese hecho único otros semejantes posteriores: al menos desde la incoación de las diligencias previas y, en este caso, incluso desde fechas anteriores: abril de 2019 o junio de 2020).

La cuestión que vienen a debatir los órganos en conflicto, sin aludir para nada al discurso desplegado en los fundamentos inmediatamente anteriores que, en todo caso, nos parecían obligados por las razones expuestas, es si estamos ante hechos sucedidos después del 20 de noviembre de 2017.

La razón que esgrime la Fiscalía europea para no asumir la investigación es exclusivamente esa: serían hechos que han de reputarse acaecidos con anterioridad en tanto comprende sucesos datados en fechas previas.

El Juzgado de Instrucción, por su parte, entiende que el delito ha de entenderse cometido después de esa fecha, en tanto hasta que no se produce el último ingreso no se puede considerar agotada la secuencia delictiva. De hecho, el plazo de prescripción no se inicia antes de esa fecha, lo que avalaría su tesis.

Este es el punto a resolver aquí y que determinará la decisión sobre competencia sin perjuicio de eventuales avatares futuros.

NOVENO.- La respuesta al interrogante ¿cuándo se ha cometido el delito?, es, en principio y desde un punto de vista naturalístico, fácil: a lo largo de un periodo de tiempo que se inició no después de enero de 2014 (fecha del primer ingreso) y finalizó no antes de febrero de 2018.

Desde el punto de vista jurídico, ¿cuándo ha de entenderse cometido el delito? O, mejor, ¿qué fecha de esa secuencia ha de tomarse en consideración cuando la ley anuda algún efecto al momento de comisión del delito?

La respuesta no es ni puede ser unívoca. Depende del plano en que nos movamos y de las consecuencias de la decisión. No es lo mismo decidir el momento de comisión del delito a efectos de aplicación de la ley en el tiempo (art. 7 CP), que a efectos de prescripción (art. 132.1 CP), que a efectos de competencia.

DÉCIMO.- En materia de competencia la solución viene condicionada por tratarse de materia procesal. Es un tema disponible para el legislador que, al disciplinar el régimen transitorio, puede optar (como ha hecho muchas veces: creación de la Audiencia Nacional; competencias que los Juzgados de lo Penal asumieron tras pasadas desde los juzgados de instrucción) por extender la renovada distribución a todos los asuntos pendientes, o solo a los no incoados en el momento de su entrada en vigor. Puede también tomar como referencia la fecha de comisión del delito.

La exigencia de *predeterminación* legal del juez invita a ser cauto al atribuir eficacia retroactiva a las modificaciones de competencia. El Tribunal Constitucional, no obstante, no ha encontrado obstáculo alguno para bendecir disposiciones transitorias, o interpretaciones judiciales, que proyectaban una modificación legal de la competencia objetiva de los órganos penales a hechos ya acaecidos al entrar en vigor la norma. El legislador dispone de una amplia libertad para establecer la regla que repute más ajustada a su propósito. El principio *tempus regit actum*, generalizado en el ámbito procesal y que llevaría a fijarnos en el momento de incoación del proceso, suele excluirse del campo de las modificaciones sobre competencia.

UNDÉCIMO.- Aquí la disposición transitoria siendo transparente en su dicción (solo hechos sucedidos después de la concreta fecha señalada 20 de noviembre de 2017), no resuelve el problema de los delitos no instantáneos (continuados, de hábito, permanentes, en varios actos de tracto sucesivo, que abarcan un periodo temporal -como el fraude de IVA u otros impuestos-) que se perpetran en un lapso de tiempo en el que queda comprendida la fecha de transición.

Sentada ya la inescindibilidad del hecho, hay que optar por alguna de las dos posiciones. No cabe una vía intermedia. *Tertium non datur*.

Nos inclinamos por considerar que los hechos quedan sometidos al nuevo régimen competencial no es decisionismo o voluntarismo. Militan argumentos en apoyo de esa decisión:

(i) En primer lugar por concordar con la solución que se daría al problema desde el punto de vista sustantivo (en lo que incide el Fiscal).

(ii) También por razones de conveniencia: la implantación de la Fiscalía europea pretende mejorar la situación de las investigaciones de esos fraudes: las dudas han de solventarse por la interpretación que permita su más pronta actuación.

(iii) Concurren también razones de coherencia interna. Cuando hay hechos indisolublemente vinculados a los atribuidos a la Fiscalía Europea la ley parte de la preferencia de su competencia, que solo cede excepcionalmente -arts. 22 y 25 del Reglamento-. El problema allí resuelto, en alguna manera es análogo al aquí examinado: hechos inescindibles que en parte son cronológicamente competencia de la Fiscalía europea, lo que debe arrastrar a los anteriores.

(iv) Ha de valorarse la continuidad con la interpretación que se ha impuesto en anteriores modificaciones legislativas. La Ley del Jurado contenía una previsión similar para su aplicación en el tiempo -disposición transitoria única de la Ley Orgánica 5/1995-. Se convino de forma pacífica -vid Circular 3/1995, de 27 de diciembre de la Fiscalía General del Estado- el enjuiciamiento por el jurado de los hechos delictivos que, aún pudiendo haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, seguían cometiéndose con posterioridad al 24 de noviembre de 1995 fecha en que entró en vigor la ley.

(v) Finalmente hay un argumento de interpretación literal. Podemos hablar de hechos sucedidos después del 17 de noviembre de 2017: no puede negarse la competencia de la Fiscalía Europea para investigarlos, aunque ello atraiga conductas acaecidas anteriormente, pero inescindibles. Las normas transitorias (art. 120.2 del Reglamento y Disposición Transitoria Única de la Ley Nacional) están formuladas en sentido afirmativo. No excluyen de la competencia de la FE los delitos cometidos antes del 20 de noviembre de

2017; sino que le atribuyen competencia para conocer de los delitos cometidos a partir de su entrada en vigor. El presunto delito aquí analizado ha sido cometido, en parte, después de su entrada en vigor. Si la Ley se refiriese a los delitos íntegramente cometidos después de esa fecha; o excluyese tajantemente los delitos cometidos con anterioridad, sería distinto. El matiz es sutil -muy sutil, si se quiere- pero no desdeñable. Se ha optado no por excluir los delitos anteriores, sino por incluir los posteriores. La consecuencia será atribuir la competencia a la Fiscalía Europea.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Dirimir la cuestión de competencia planteada asignando la competencia para la investigación a la Fiscalía europea.

Comuníquese esta decisión a la Fiscal Delegada Europea y al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Getafe.

Esta resolución es firme.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco