

Roj: **STS 1213/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1213**Id Cendoj: **28079120012017100247**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/03/2017**Nº de Recurso: **1825/2016**Nº de Resolución: **226/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación **1825/2016**, interpuesto por D. Casiano y otros, representados por el procurador D. Gonzalo Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, bajo la dirección letrada de D. Gregorio Díaz Méndez y por la entidad CAIXABANK (actual denominación de Hipotecaixa, S.A.) representada por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Miguel Capuz Soler, contra el auto de fecha 28 de marzo de 2016 ratificado por el auto de fecha 12 de julio de 2016, dictados por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª Rollo 14/2015). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, D. Imanol representado por el Procurador D. Antonio Rodríguez Muñoz y bajo la dirección letrada de D. José Luis Ortiz León; la entidad mercantil AMALFI representada por la procuradora Dª. María Jesús González Díez y bajo la dirección letrada de D. Antonio Francisco Mesa Dorta; D. Carlos Francisco representado por la procuradora Dª. María Villegas Ruiz y bajo la dirección letrada de Dª. Sandra María Rodríguez Vázquez y Dª. Mónica representada por la procuradora Dª. Elisa María García Bustamante y bajo la dirección letrada de Dª. Ana del Pozo Jiménez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de La Orotava, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 90/2002 contra D. Imanol, Dª. Mónica, D. Eugenio, Dª. Candelaria y D. Carlos Francisco, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª, rollo 14/2015) que, con fecha 28 de marzo de 2016, dictó auto que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

«Primero.- Mediante decreto de fecha 15 de diciembre de 2015, a la vista de las solicitudes presentadas por varias de las defensas en el sentido de que fuera declarada la prescripción de los hechos objeto de este procedimiento, se acordó convocar a todas las partes a una vista (arg. art. 786.2 en relación con el art. 666.3') con el objeto de resolver sobre la cuestión.

Segundo.- En la vista, que se celebró con asistencia del Ministerio Fiscal, acusación particular y todas las defensas, no se realizó objeción alguna por ninguna de las partes.

Tercero.- Por las defensas de los acusados se plantearon las siguientes cuestiones previas: la prescripción de los hechos objeto del procedimiento (alegada por todas las defensas, por los demandados de responsabilidad civil y por el Ministerio Fiscal); la falta de legitimación de la acusación particular, alegada por las direcciones técnicas de la Sra. Mónica, Sr. Eugenio, Sra. Candelaria, Sr. Carlos Francisco y las entidades Hipotecaixa y Amalfi Inmobiliaria; y la falta de legitimación pasiva como tercero responsable civil alegada por la entidad Hipotecaixa.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en el citado auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva:



«Estimamos la cuestión previa de prescripción alegada por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales del Sr. Imanol , Sra. Mónica , Sr. Eugenio , Sra. Candelaria , Sr. Carlos Francisco , Hipotecaixa, S.A., y Amlafi Inmobiliaria, S.A; declaramos prescritos los hechos objeto de este procedimiento y, en consecuencia, acordamos su sobreseimiento libre.

Desestimamos el resto de cuestiones previas alegadas por las partes. Se declaran de oficio las costas.»

TERCERO.- Por la representación de D. Casiano y otros se interpuso recurso contra el referido auto de fecha 28 de marzo de 2016 . Por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, se dictó auto en fecha 12 de julio de 2016 , que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

«Desestimamos el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal de Casiano y otros contra el auto de fecha 28 de marzo de 2016 .»

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes D. Casiano y otros se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por considerar infringido el artículo 238, párrafo 3 de la LOPJ , para la nulidad de los actos judiciales, en relación con los artículos 240 y 242 de la LOPJ debiendo aplicarse el principio de actuaciones que este artículo establece y que se complementa con la subsanación de los requisitos legalmente exigidos.

2º.- Se interpone por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim por considerar infringido el artículo 118 LECrim , toda vez que se declara la nulidad de actuaciones, por no haber sido imputados aquellos contra quienes se dirige el procedimiento.

3º.- Con amparo en el artículo 849.2 LECrim , se alega infracción de ley por inadecuada interpretación de los preceptos legales ya citados en el motivo anterior, especialmente porque entendemos que existe infracción de las reglas de la lógica y de las normas de ponderación de la prueba documental obrante en las actuaciones, especialmente a la hora de valorar las pruebas obrantes en las actuaciones, que demuestran la equivocación de las resoluciones recurridas.

4º.- Con amparo en el artículo 849.2 LECrim , se alega interpretación inadecuada de la doctrina y preceptos que rigen la cosa juzgada.

5º.- Por infracción de precepto constitucional con amparo en el artículo 852 LECrim y artículo 5.4º de la LOPJ , por infracción del artículo 24 CE , por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues con la resolución del Auto de fecha 28 de marzo de 2016 , se produce una resolución extemporánea del problema de la prescripción, no permitiendo que el procedimiento pueda seguir adelante lesionando los derechos de los querellantes.

6º.- Con amparo en el artículo 852 LECrim y el artículo 5.4º LOPJ , por violación manifiesta de los artículos 24 y 25 C.E .

SEXTO.- El recurso interpuesto por la representación de la mercantil CAIXABANK se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 CE (inciso derecho a ser informado de la acusación, a un proceso con todas las garantías y derecho a la defensa) y 25.1 CE en relación con los artículos 110 y 276 LECrim .

2º.- Por vulneración artículo 24.1 y 24.2 CE (inciso a ser informado de la acusación, a un proceso con todas las garantías y derecho a la defensa) y 25.1 CE en relación con el artículo 110 LECrim al no haber acreditado los actuales querellantes ser herederos del Sr. Apolonio .

3º.- Por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 (inciso a ser informado de la acusación, a un proceso con todas las garantías y derecho a la defensa) y 25.1 CE en relación con los artículos 108 , 110 , 112 y 650 LECrim al no haber solicitado la acusación particular la apertura de juicio oral respecto de Hipotecaixa.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 16 de marzo de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, al resolver las cuestiones previas planteadas en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 14/2015 seguido en la misma, por auto de 28 de marzo de 2016 declaró prescritos los delitos objeto de enjuiciamiento por los que venían acusados Dª. Candelaria , D. Eugenio , D. Carlos Francisco , Dª. Mónica , D. Imanol , y como responsables civiles las entidades Hipotecaixa y Amlafi inmobiliaria SA, y acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones. El mismo auto desestimó el resto de las cuestiones previas que habían sido planteadas.

Por D. Casiano y otros, acusadores particulares en la causa, se interpuso recurso de casación, al que se adhirió el Fiscal. También formuló recurso Hipotecaixa (actualmente Caixabank).

SEGUNDO.- Con carácter previo hemos de dar respuesta a petición de inadmisión que han planteado todas las partes que se han opuesto al recurso, en cuanto que interpuesto contra el auto que desestimó otro anterior de súplica y por ello excluido de la casación.

El recurso procedente contra el auto de fecha 28 de marzo 2016 por el que la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tenerife acordó el sobreseimiento libre por prescripción, era el recurso de casación y no el de súplica. Sin embargo la interposición de éste vino inducida por una serie de errores del órgano judicial.

El auto de 28 de marzo en su versión inicial proclamó su firmeza. Este error provocó la reacción de la acusación particular personada, que interpuso recurso de reforma y subsidiaria apelación contra él. Posteriormente este auto fue aclarado. Se hizo constar por parte del Letrado de la Administración de Justicia que quedaba sujeto a recursos de súplica y/o casación. En consonancia con ello, se tuvo por adaptado el recurso que había sido interpuesto a ese diseño y se admitió a trámite la impugnación presentada como recurso de súplica. Recurso que fue resuelto por el auto de fecha 12 de julio de 2016 , que abrió la vía al de casación que ahora nos ocupa.

En realidad la resolución objeto de impugnación es la que acordó la prescripción y consecuente sobreseimiento libre en el trámite de cuestiones previas del artículo 786.2 LECrim , en un procedimiento cuya competencia para el enjuiciamiento venía atribuida a la Audiencia Provincial. Una resolución excluida del régimen general de recursos que el artículo 236 LECrim diseña para los autos dictados por los Tribunales de lo criminal, y que en equivalencia con el esquema de impugnación al que estaría sometida la sentencia que en su caso hubiera de dictarse sobre el fondo, es recurrible directamente en casación (artículo 848 LECrim). Así lo ha admitido esta Sala (lo afirmaron expresamente, entre otras, las SSTS 1294/2011 de 21 de noviembre o la 760/2014 de 20 noviembre), y las partes en este recursos no lo objetan.

Ahora bien, en los casos en que es el órgano judicial al que compete la interpretación de la norma quien yerra en la indicación o advertencia de los recursos procedentes con la resolución de que se trate, el error en que a consecuencia de ello haya podido incurrir la parte ha de considerarse excusable, en cuanto que inducido por la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial (otras SSTC 93/1983 , 172/1985 , 107/1987, de 25 de junio ; 67/1994 de 28 de febrero ; 65/2002 de 11 de marzo ; 79/2004 de 5 de mayo ; 241/2006 de 20 de julio ; 30/2009 de 26 de enero ; 55/2012 de 29 de marzo). De acuerdo con tal doctrina constitucional ha entendido esta Sala en supuestos en los que al recurso de casación había precedido el de súplica, que si bien ambos medios de impugnación son incompatibles por expresa dicción legal, si el recurrente atendió las indicaciones que sobre el régimen de recursos de la resolución le proporcionó el órgano jurisdiccional, la eventual causa de inadmisibilidad, sin perjuicio de dejar constancia de ella, ha de dejarse pasar por alto (SSTS 1079/2012 de 3 de enero de 2013 ; 740/2014 de 6 de noviembre o 154/2015 de 17 de marzo).

TERCERO.- Centrándonos ya en el recurso interpuesto por D. Casiano y otros, que actúan en la causa como acusación particular, el primer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar infracción de los artículos 238, párrafo 3 , 240 y 242 LOPJ , por efectuar respecto a los mismos en relación a la nulidad de actuaciones una interpretación contraria al principio de conservación de actos procesales.

El segundo motivo, por la misma vía, denuncia como infringido el artículo 118 LECrim , por no reconocer la resolución recurrida valor a las declaraciones que en concepto de imputados y con instrucción de los derechos que tal precepto condensa, prestaron los posteriormente acusados durante la instrucción de la causa, así como los actos de defensa que desde ese momento desarrollaron.

Como tercer motivo, con apoyo formal en el artículo 849.2 de la LECrim , se denuncia por ilógica y contraria a las pautas jurisprudencialmente marcadas, la interpretación de los distintos documentos que conforman la causa desde la perspectiva de su virtualidad para interrumpir la prescripción. Por la misma vía el motivo siguiente sostiene que la resolución recurrida infringe la excepción de cosa juzgada, en cuanto que en la causa se han producido hasta siete pronunciamientos que rechazaron previamente la prescripción que ahora se aprecia.

El quinto motivo, con invocación de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ , denuncia infracción del artículo 24 CE por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, derivada de la extemporaneidad del pronunciamiento sobre la prescripción, que impidió la celebración del juicio. El sexto y último motivo, por el mismo cauce formal,



reproduce la alegación en relación a la cosa juzgada, que en esta ocasión enfoca como vulneración de los artículos 24 y 25 CE .

Tienen razón las partes que han intervenido en este recurso cuando resaltan que el recurrente no ha alegado expresamente la indebida aplicación del artículo 114 CP de 1973 , ahora 131 y 132 del vigente, por parte del auto recurrido. Sin embargo, a través de los distintos motivos planteados ha delimitado claramente el objeto de la impugnación, que en su lógica inteligencia se proyecta sobre una inadecuada aplicación por parte de la Sala de instancia de los preceptos penales que regulan la prescripción de los delitos objeto de enjuiciamiento en la presente causa y así han sido rebatidos por parte de los acusados y responsables civiles que se han opuesto a sus pretensiones. Por lo que desde esa óptica global, prescindiendo de rigurosos formalismos vamos, a abordar la cuestión que ha sido sometida a nuestra consideración.

CUARTO .- La Sala sentenciadora considera, a partir de una aplicación en bloque de las normas que conforman los textos de 1973 y 1995, que el plazo de prescripción de los delitos de estafa y falsedad objeto de enjuiciamiento en la causa es de cinco años, pronunciamiento que en esta alzada no ha sido cuestionado.

Lleva razón el auto recurrido cuando afirma que el régimen de cómputo e interrupción de la prescripción regulado en el art. 114 CP de 1973 , resulta coincidente con el que establece el artículo 132 CP de 1995 . Si bien es cierto que ese régimen ha resultado profundamente matizado con la nueva redacción introducida por la LO 5/2010, pero las consideraciones relativas a la interpretación de cuándo debe entenderse dirigido el procedimiento contra el culpable derivaban ya de una interpretación de la redacción original ajustada a los principios constitucionales (STC 63/2005 de 14 de marzo).

Una de las novedades que introdujo la LO 5/2010 fue la relativa al momento en que debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción. La entonces nueva norma hizo una regulación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

En los años inmediatamente precedentes a la aprobación de dicha norma, el Tribunal Supremo había entendido, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querrela contra personas concretas interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional era necesario algún «acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción (...) que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito» (STC 59/2010 de 4 de octubre de 2010). La postura del Tribunal Constitucional implicaba, como regla general, que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querrela.

De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal (artículo. 132.2.2ª CP), dichos criterios se han refundido en una norma, según la cual, la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, siempre y cuando en el plazo de 6 meses (o 2 meses para el caso de las faltas que tras la LO 1/2015 ha desaparecido al suprimirse tal tipo de infracciones del ordenamiento penal) desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta. Es decir, se produzca ese «acto de interposición judicial», generalmente la admisión judicial de la denuncia o querrela (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

QUINTO.- En definitiva lo esencial de cara a la interrupción es el acto judicial de dirección del procedimiento, y también lo era según la legislación vigente a la fecha de los hechos: la «prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» (artículo 114 párrafo 2º CP 1973).

A partir de la reforma operada por la LO 5/2010 el legislador puso fin a las diferencias interpretativas surgidas en torno a qué debía considerarse como dirección del procedimiento, y especificó que se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (artículo 132.2.1ª).

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



En consecuencia, admitida judicialmente la querrela e incoada una causa penal contra el querrellado por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal. Así lo han afirmado entre otras las SSTS 832/2013 de 24 de octubre o 690/2014 de 22 de octubre .

Ahora bien, no solo gozan de esa cualidad los autos que admiten a trámite una denuncia o querrela a los que se refiere el artículo 132 CP en otros apartados, sino otras resoluciones judiciales diversas que por su propia naturaleza exigen una ponderación de los motivos que permiten sostener que se ha cometido un hecho delictivo y atribuir a una persona determinada participación en el mismo. En este sentido, la STS 885/2012 de 12 de noviembre , que afirmó que resoluciones tales como el auto de intervención telefónica, el que autoriza un registro domiciliario, o el que ordena una detención, entre otros, son actos judiciales potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado o que va a serlo.

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

Respecto a la necesidad de motivación de esa resolución que implique la dirección del procedimiento a los fines de tener por integradas las exigencias del artículo 132.2.1ª CP en su actual redacción, viene necesariamente delimitada por el momento procesal en el que se dicta esa resolución. Generalmente será la que dé comienzo a las investigaciones, por lo que solo contará como elementos de contraste con los que la correspondiente denuncia o querrela incorporen. De ahí que lo exigible es un juicio de verosimilitud sobre la apariencia delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado. Como dijo la STS 885/2012 de 12 de noviembre , no es posible «que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta».

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

En cualquier caso, aun cuando la prescripción tiene un componente material que retrotrae la aplicación de lo dispuesto respecto a ella en los aspectos favorables al reo, no puede perderse de vista su aspecto procesal. De ahí que, como enfatizaba la STS 690/2014 de 22 de octubre , en relación a un auto que acordaba la iniciación de diligencias penales a raíz de una denuncia presentada por el Fiscal «el estándar de motivación exigible respecto a las resoluciones que se hubieran dictado estando vigente una norma que no incidía en la concreta motivación del acto por el que se entendiera dirigido el procedimiento, lo que facultó incluso la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo que reconoció virtualidad a tales efectos a la presentación de una denuncia o querrela, o la del Tribunal Constitucional que exigió un "acto de interposición judicial" asimilado a la admisión de la denuncia o querrela, sea menos exigente que el requerido una vez en vigor los disposiciones de la LO 5/2010».

SEXTO.- En el presente caso y en cuanto a la determinación del *dies a quo* del cómputo de la prescripción hay dos fechas relevantes según las acusaciones. De un lado, el día el día 27 de mayo de 1987, fecha de la escritura de compraventa de los inmuebles, en lo que afecta a los delitos de estafa y falsedad que se atribuyen a quienes intervinieron como compradores y vendedores en la operación o actuaron concertados con los mismos (las acusadas Sras. Candelaria y Mónica , y los acusados Sres. Carlos Francisco y Eugenio). De otro, el 7 de septiembre del mismo año, fecha de la escritura de constitución de hipoteca de la que trae causa la acusación que se sostiene contra el acusado D. Imanol , respeto a este último.

Las actuaciones se iniciaron, en lo que afecta a los cuatro primeros, en virtud de la querrela presentada el día 31 de julio de 1987 y admitida por auto de la misma fecha (folio 223). Esta resolución identificó a los querrellados, acotó los hechos que habían de ser objeto de la investigación, por referencia a los que se relataban en la querrela, que son los mismos en los que se basa la acusación en relación a lo hasta ese momento sucedido, e hizo una inicial calificación de los mismos como constitutivos de delitos de estafa y falsedad en documento público. En definitiva una valoración respecto a la existencia de unos hechos con apariencia delictiva y la



conurrencia de motivos que permitían atribuir a los querellados intervención en los mismos. En atención a todo ello se acordó la iniciación de la instrucción y ordenó que se recibiera declaración a los querellados. Es decir, un auto con virtualidad sobrada para interrumpir la prescripción. A partir del mismo, y a través del auxilio de los juzgados donde cada uno de ellos tenía su residencia, se les tomó declaración en concepto de imputados, con instrucción de sus derechos, entre otros querellados, a D. Carlos Francisco , a D. Eugenio y a D^a. Candelaria el día 12 de abril de 1989 (folios 324, 325 y 326 tomo II). Más costó la declaración de la querellada D^a. Mónica , que finalmente y tras dictarse auto de detención, se le recibió el 4 de enero de 1991 (folio 483 del tomo IV), también en concepto de imputada y con instrucción de sus derechos.

En lo que afecta a D. Imanol , se presentó ampliación de la querella con base fáctica en la carga hipotecaria constituida por escritura de 7 de septiembre de 1987. Inicialmente esta querella fue rechazada por el Juzgado de Instrucción, sin embargo, recurrida tal denegación, el mismo órgano judicial estimó el recurso de reforma y ordenó su admisión por auto de fecha 16 de julio de 1990. Este auto acotó los hechos que se le atribuían en relación a los relatados en la querella, en los que apreció apariencia delictiva como constitutivos de delitos de estafa y falsedad, por lo que ordenó ampliar el procedimiento también contra aquél. Es decir, fue un auto por el que, de manera motivada, se acordó dirigir el procedimiento contra el mismo, en consecuencia idóneo para interrumpir la prescripción. En el folio 877 del tomo V (blanco) obra la declaración en concepto de imputado de D. Imanol el día 5 de junio de 1992, de quien existía una previa declaración como testigo del día 31 de marzo de 1989 (que es la única que se menciona en el Auto recurrido).

De conformidad con las reglas de la prescripción del delito, para poder apreciar esta circunstancia de extinción de la responsabilidad exigible a los acusados, es necesario el transcurso de un plazo, en nuestro caso de cinco años sin realizar ningún acto material interruptivo del cómputo. Y dicho lapso temporal no transcurrió en el presente supuesto, dado que tras dictarse los autos de admisión a trámite de la querella interpuesta el 31 de julio de 1987 y el 16 julio de 1990, que interrumpieron la prescripción, se llevaron a cabo una serie de actuaciones judiciales encaminadas a la averiguación de los hechos contra los querellados que se hallan identificados, a través de su toma de declaración judicial. Y todas las declaraciones en concepto de imputados de los querellados se llevan a cabo durante los años 1989, 1991 y 1992, antes de cinco años desde la admisión a trámite de la respectiva querella, e incluso desde que ocurrieran los hechos que a cada uno de ellos afectan.

Tras las declaraciones la causa prosiguió su tramitación. Se presentó escrito de acusación contra todos los querellados, y el Juez instructor mediante auto de fecha 14 de abril de 1993 (folio 1228), acordó la apertura de juicio oral contra los mismos. La virtualidad de tal resolución para interrumpir la prescripción como acto de contenido material y de impulso del procedimiento es indiscutible.

A partir de ahí, la causa continuó su andadura con trámites esenciales, hasta que el día 6 de julio de 1995 llegó al Juzgado de lo Penal nº 1 de Santa Cruz de Tenerife. Este órgano judicial dictó otra resolución de inequívoco contenido material, el auto de 18 de noviembre de 1997 que declaró la nulidad de las actuaciones desde el momento en que se había dictado el auto de apertura del juicio oral, a fin de que se diera traslado de la imputación y se recibiera declaración como imputados a aquellos querellados (ninguno de los finalmente acusados), que habían sido acusados sin que por el Juzgado de Instrucción hubiera resuelto expresamente tenerlos por imputados y sin que se les hubiera recibido siquiera declaración en tal concepto, conforme exigía la jurisprudencia constitucional desde la STC 186/1990 .

A continuación, el auto de 4 de febrero de 1998 (folio 1913) acordó recibir declaración como imputadas a una serie de personas que se mencionan en la resolución recurrida: D^a. Valentina , D. Jose Pedro , D. Alvaro , D. Erasmo y D^a. Emilia . Ninguno de ellos se encontraba entre los acusados en el momento de dictarse el auto recurrido de fecha 28 de marzo de 2016 , lo que no merma la relevancia y contenido material de tales actuaciones.

En el mes de julio de 1998 se tomó declaración en concepto de imputados a los antes citados, se dictó nuevo auto de apertura del juicio oral, y se remitieron nuevamente las actuaciones al Juzgado de lo Penal que, con fecha 6 de junio de 2000, acordó de nuevo la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 16 de julio de 1990.

Como dijo el Fiscal al impugnar el recurso, cabría pensar que como el auto de fecha 6 de junio de 2000 declaró la nulidad de lo actuado a partir del de 16 de julio de 1990 (el que admitió la ampliación de la querella respecto de D. Obdulio (ya fallecido) y D. Imanol), han transcurrido casi diez años de paralización del procedimiento suficientes para apreciar la prescripción. Sin embargo, como de manera unánime ha mantenido esta Sala desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 27 de abril de 2011, «las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento» (sentido SSTS 1169/2011 de 3 de junio y 413/2013 de 10 de mayo).

A partir de ese momento, es decir de junio del 2000, se trasladó de nuevo la causa al Juzgado de Instrucción y las actuaciones prosiguieron su lenta marcha. Se tomaron nuevas declaraciones a distintos querellados, se



dictó un nuevo auto de procedimiento abreviado el 30 de agosto de 2002. Existieron clamorosas dilaciones, pero no inactividad. Se tomaron declaraciones, recayeron autos del instructor, retardadas aclaraciones, se interpusieron muchos recursos de reforma y subsidiarios de apelación contra aquéllos, que fueron resueltos a través de los oportunos autos dictados por el propio Juez instructor y en apelación por la Audiencia Provincial (entre otros autos de 8 de septiembre de 2002, 16 de mayo de 2003, 17 de diciembre de 2004, 25 de mayo de 2007 o 21 de junio de 2008). El 26 de enero de 2009 se dictó auto de ampliación del procedimiento abreviado. El 14 de junio de 2010 hubo un nuevo auto de apertura del juicio oral y en la misma fecha otro de prescripción respecto a alguno de los acusados. Recurrida esta última resolución, la Audiencia Provincial con fecha 22 de enero de 2013 estimó el recurso de apelación interpuesto y ordenó seguir la causa para aquéllos, lo que dio lugar a un nuevo auto de apertura de juicio oral, en esta ocasión de fecha 8 de mayo de 2014, respecto a todos los acusados. Tras la oportuna tramitación, se envió la causa a la Audiencia para enjuiciamiento, en concreto a la Sección 2ª, que en el trámite de cuestiones previas (artículo 786.2 LECrim) acordó declarar prescritos los delitos objeto de enjuiciamiento. Resolución esta última que ahora revisamos.

Podíamos dedicar duros adjetivos a una instrucción que rebasó con mucho los estándares temporales menos exigentes con el derecho a que el proceso se sustancie en un plazo razonable, lo que podrá acarrear otras consecuencias. Pero por mucho que la tramitación se dilatara en el tiempo más de lo que pudiera resultar justificable, en contra de lo que considero el auto recurrido, no hubo paralización del procedimiento superior a cinco años que pudiera haber provocado la prescripción.

SÉPTIMO.- Todo ello determina la estimación del recurso y, como consecuencia, la celebración del correspondiente juicio oral. Estimación que impide entrar a conocer sobre el segundo de los recursos interpuestos, el que formuló Hipotecaixa (actualmente Caixabank) contra en auto de fecha 28 de marzo de 2016 en cuanto que rechazó las cuestiones previas que había plantado aquélla. Cuestiones que denunciaban falta de legitimación activa de la acusación por extemporánea personación en el proceso de los herederos del inicial acusador, y falta de acreditación de su condición de tales. También la de falta de legitimación pasiva de la recurrente por no haberse acordado expresamente la apertura del juicio oral con responsable civil, lo que considera el recurrente vulnera los derechos que le amparan ex artículos 24 y 25 CE . Se trata de un pronunciamiento que no tiene acceso a casación de forma independiente, sino, como expresamente señala el artículo 786.2 LECrim a través de la impugnación de la sentencia que en su caso recaiga. Por lo que será en el recurso que en su caso se interponga contra la que se dicte en este caso, cuando la entidad interviniente en el proceso como responsable civil pueda, si a su derecho interesa, reproducir su petición. Otra solución implicaría una injustificada ampliación del ámbito del recurso de casación que compagina mal con su propia naturaleza.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim , procede declarar de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de D. Casiano y otros, contra el auto de fecha 28 de marzo de 2016, dictado por la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª en su rollo 14/2015 y en su virtud casamos y anulamos dicho auto con devolución de las actuaciones al órgano de procedencia para que proceda a celebrar el acto del juicio oral, todo ello sin entrar a conocer del recurso interpuesto contra la misma resolución por la representación de Hipotecaixa (ahora Caixabank). Declaramos de oficio las costas de esta instancia. Con devolución del depósito.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral García Dª. Ana Maria Ferrer García D. Pablo Llarena Conde