



DECRETO

En Madrid, a 28 de marzo de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de marzo de 2022 la Fiscalía Europea dictó decreto de inicio a efectos de verificación tras la recepción del oficio de remisión de 25 de febrero de 2022 del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA) en el que se daba cuenta de la adquisición por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 250.000 mascarillas FFP2-3 por un precio unitario de 5 euros más IVA y un importe total de 1.512.500 euros a la mercantil PRIVIET SPORTIVE S.L., financiada al parecer con fondos FEDER. En el Decreto la Fiscalía Europea oficiaba al Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada a fin de que remitiera copia de sus Diligencias de Investigación n.º 3/2022 con el objeto de valorar el ejercicio del derecho de avocación, apuntando la comisión de dos delitos: fraude a los presupuestos de la Unión Europea, tipificado en el artículo 306 del Código Penal, y malversación del artículo 432 del Código Penal.

SEGUNDO. En contestación a dicho decreto y oficio de 1 de marzo de 2022, el Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción, con carácter previo a informar a la Fiscalía Europea y a los efectos de comprobar la relación entre los hechos comunicados y los que estaban ya siendo objeto de investigación en esa Fiscalía Especial, interesó copia del oficio de remisión de 25 de febrero de 2022 del SNCA.

Por decreto de 9 de marzo de 2022 la Fiscalía Europea rechazó la remisión de este documento alegando que a la Fiscalía española *no le está legalmente reconocida la potestad de examinar la competencia de esta Fiscalía Europea, sino que debe atender a la petición de remisión de la información sin dilación*, reiterando el cumplimiento de lo solicitado en oficio de 1 de marzo de 2022 para lo que concedía un plazo de 24 horas.

En fecha 10 de marzo de 2022 el Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción remitió escrito en el que informaba a los Fiscales europeos de que la investigación llevada a cabo en las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 venía referida a conductas que afectan directa y exclusivamente a intereses nacionales, en la órbita del correcto funcionamiento de la Administración pública nacional, sin que apreciara base indiciaria suficiente en relación con los delitos de fraude y malversación. En la misma fecha remitía a los Fiscales europeos copia escaneada de las referidas diligencias de investigación practicadas hasta la fecha.



TERCERO. Mediante decreto de 16 de marzo de 2022 la Fiscalía Europea ejercitó el derecho de avocación de las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada incoadas por los posibles delitos cometidos con ocasión de la adquisición de 250.000 mascarillas FFP2-3 por un precio unitario de 5 euros más IVA y un importe total de 1.512.500 euros a la mercantil PRIVIET SPORTIVE S.L., toda vez que dicha adquisición habría sido financiada íntegramente con fondos europeos. En este decreto, tras repasar los hechos contenidos en las distintas denuncias, ampliaciones de denuncia y documentación anexa, se invocan los delitos de fraude a la Hacienda Europea, malversación y, ahora, también cohecho, que podrían perjudicar los intereses de la Unión Europea.

CUARTO. En fecha 21 de marzo la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, en el marco de las Diligencias de Investigación n.º 3/2022, puso en conocimiento de la Fiscal General del Estado el decreto de avocación de la Fiscalía Europea, planteando la cuestión de competencia.

QUINTO. La Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada investiga en las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 diferentes conductas relacionadas con la referida contratación de emergencia realizada por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid el pasado día 1 de abril de 2020 para la adquisición de 250.000 mascarillas FFP2-3 por un precio unitario de 5 € más IVA y un importe total de 1.512.500 euros a la mercantil PRIVIET SPORTIVE S.L., en la que habría intermediado el hermano de la presidenta de la Comunidad de Madrid, D. Tomás Díaz Ayuso. Tales conductas podrían guardar relación con los delitos competencia de la Fiscalía Europea, razón por la que, pretendiendo la Fiscalía Anticorrupción continuar con la tramitación de sus Diligencias de Investigación n.º 3/2022, se plantea la cuestión de competencia entre ambas Fiscalías en relación con dichos delitos.

SEXTO. Así, y conforme a lo establecido en los arts. 12 y 15 y en especial el artículo 21 bis de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su redacción dada por la disposición final 1.3 de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, fue convocada Junta de Fiscales de Sala extraordinaria cuyo único punto del orden del día consistió en la resolución de las discrepancias planteadas entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en relación con las Diligencias de Investigación n.º 3/2022. Resultando de la misma el apoyo unánime a la tesis que seguidamente se expone.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El artículo 22.1 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* (en lo sucesivo RFE), establece la competencia general de la Fiscalía Europea respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* (en lo sucesivo la Directiva). En consonancia con las disposiciones de la Directiva, el artículo 4.2.c) de la Ley Orgánica 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* (en adelante LO 9/2021), atribuye competencia a la Fiscalía Europea respecto de los delitos contra la Hacienda de la Unión Europea, así como el cohecho y la malversación cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión.

Respecto de estos delitos, habiendo ejercido la Fiscalía Europea su competencia y correspondiendo a la misma tal decisión, nada cabe añadir en este apartado, salvo que el dato referente al origen de los fondos no constaba en las Diligencias de Investigación de la Fiscalía Especial por lo que no se pudo informar en el sentido expresado en el artículo 24 RFE con anterioridad a recibir la primera comunicación de la Fiscalía Europea el día 1 de marzo de 2022. Todo ello debido entre otras razones a que la adquisición de las mascarillas se pagó con cargo a los presupuestos de la Comunidad de Madrid de manera inicial y no es hasta que se promulga el Reglamento UE 2020/558, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2020 cuando se aprueban medidas específicas a cargo de los fondos europeos y se imputan a estos el importe del citado contrato.

SEGUNDO. El artículo 25.1 RFE dispone que, cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito. Esto significa que sí pueden hacerlo respecto de los demás hechos, con el límite que representan la participación en una organización delictiva centrada en cometer delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea (artículo 22.2 RFE) y los delitos indisolublemente vinculados con un comportamiento constitutivo de delito contra los intereses financieros de la Unión Europea (artículo 22.3 RFE). Así, el artículo 4.3 de la LO 9/2021 establece que la competencia de los Fiscales europeos delegados se extenderá, en los términos previstos en el RFE, a los delitos indisolublemente vinculados a los que son de su competencia directa (referidos en el artículo 4.2



y que incluyen los delitos contra la Hacienda de la Unión, defraudación de subvenciones y ayudas europeas, el cohecho y la malversación, cuando perjudiquen de cualquier manera los intereses financieros de la Unión).

En el presente caso, los delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios, falsedad documental, prevaricación y tráfico de influencias mencionados por los denunciantes no se encuentran en la esfera de competencia directa de la Fiscalía Europea por lo que habrá de analizarse si se hallan “indisociablemente vinculados” a los que sí se encuentran en ella.

En este sentido, no podemos olvidar que en el preámbulo del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, en su considerando 58 establece que *el concepto de «delitos indisociablemente vinculados» debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia pertinente [...] entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisociablemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio.*

TERCERO. En relación con la determinación de si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, el artículo 25.6 RFE atribuye la competencia para decidir a las autoridades nacionales. A tal efecto dispone que “[l]os Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia”. Una de estas cuestiones atribuida a las autoridades nacionales es la relativa a la condición de “indisociablemente vinculado” de los delitos (artículo 22.3 RFE) que no son competencia directa de la Fiscalía Europea y, por ello, solo excepcionalmente, por causa de esa concreta circunstancia, procedería ceder la competencia a esta última. Así pues, el RFE hace descansar en las autoridades nacionales la decisión sobre este particular e, indudablemente, lo hace porque se trata de delitos que no afectan a los intereses financieros de la Unión Europea.

En este sentido, debe mencionarse el fundamento sexto del decreto de incoación de 16 de marzo de 2022, en el que la Fiscalía Europea introduce un apartado dedicado a *la eventual cuestión de competencia* en el que, pese a reconocer que cabe la cuestión de competencia en el caso de delitos indisociablemente vinculados (art. 22.3 RFE), termina afirmando que “no cabría plantear una cuestión de competencia cuando, como ocurre en el presente caso, la Fiscalía Europea decide ejercer su competencia a través del derecho de avocación con base en el art. 22.1 Reglamento”.

Pues bien, a la vista del escrito remitido en fecha 21 de marzo por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en el marco de las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 se ha producido una discrepancia entre la Fiscalía nacional y la Fiscalía Europea, por lo que resulta de aplicación el artículo 9.1 de la LO 9/2021 que dispone que “[e]n caso de discrepancias entre



la Fiscalía Europea y la Fiscalía nacional sobre si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22.3 [...] del Reglamento decidirá la persona titular de la Fiscalía General del Estado en los términos previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

No cabe duda de que la Fiscalía Europea ha avocado el caso cuando se encontraba en el ámbito de conocimiento de la Fiscalía española. Por ello, el mero hecho de que, tras la avocación, se haya dirigido a la Audiencia Nacional para la designación de un Juez de garantías, no transmuta la naturaleza de las Diligencias de Investigación n.º 3/2022, pues la Fiscalía Europea no se ha dirigido a un Juzgado de Instrucción para avocar unas supuestas diligencias previas, sino a la Fiscalía española para avocar *sus* diligencias de investigación. Por ello, nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 9.1 y no en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/2021, por más que el decreto de avocación subraye este segundo.

CUARTO. Es preciso analizar el concepto de indisociable vinculación, a la luz de la interpretación jurisprudencial del artículo 17 LECrim, tras la reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que le dio una nueva redacción, al tiempo que suprimía el artículo 300 de la misma Ley, en el que se disponía que los delitos conexos se comprenderían en un solo proceso. En la actualidad, la regla general es que cada delito dará lugar a la formación de una única causa, si bien se pueden enjuiciar en la misma causa los delitos conexos y en determinados casos los que, no siéndolo, hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí.

Se distingue así entre indivisibilidad y conexidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos [...] que por tener entre sí un nexo común es aconsejable se persigan en un proceso único por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. [...]. Pero la fuerza unificadora del nexo no es la misma en todos los casos (STS n.º 578/2012, de 26 de junio). Por lo tanto, la indisociable vinculación de los artículos 22.3 RFE y 4.3 LO 9/2021 tiene su cabal correspondencia en la indivisibilidad, remitiendo la conexidad a la posibilidad de enjuiciamiento separado, regla general tras la mencionada reforma del artículo 17 LECrim.

En el presente caso los hechos son diferenciables, en modo alguno indivisibles, sin que se rompa la continencia de la causa por continuar la investigación separada de las distintas conductas que integran los delitos vinculados. La necesaria cooperación leal entre instituciones, consagrada en el RFE, facilitará sin duda la comunicación de cualquier información que sea precisa a estos efectos.



El análisis sobre la competencia precisa, como recoge el artículo 24 RFE refiriéndose al temprano momento de informar a la Fiscalía Europea, que debe existir un *comportamiento constitutivo de delito*. Es decir, no basta con que exista un comportamiento, sino que es preciso que el mismo sea constitutivo de delito.

Hay que analizar, para ello, los concretos delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión —artículos 22.1 RFE y 4.2 a) y c) LO 9/2021— y el concepto jurídico de indisociable vinculación. Sobre lo primero cabe decir que el decreto de avocación insiste en la irrelevancia de la concreta calificación, pero refiere, por el contrario, unos hechos y delitos perfectamente definidos en los preceptos que el propio decreto cita siempre en referencia al RFE y la Directiva. En consecuencia, una cosa es la irrelevancia de la calificación jurídica que se dé al comportamiento descrito en los artículos 3 y 4 de la Directiva, y otra cosa es que no puedan individualizarse esos comportamientos para comprobar la competencia de la Fiscalía Europea y deslindar la que le corresponde por vía directa y la que le corresponde por conexidad.

Respecto de los delitos de fraude y malversación que propone la Fiscalía Europea para avocar el conocimiento de las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 y su encaje en los hechos denunciados es expresiva la contestación de 10 de marzo de 2022 que le dirige el Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción. En cuanto al cohecho, en las diligencias de investigación no aparecen elementos indiciarios de su comisión; ni se indica posible funcionario perceptor de una supuesta dádiva; ni se reflejan hechos compatibles con esa conducta.

No se trata, lógicamente, de entrar en el análisis de los elementos indiciarios que han llevado a la Fiscalía Europea a iniciar un procedimiento. Es una decisión propia no sujeta a revisión por esta Fiscalía General. Solo lo será, en su caso, por el Juez de garantías si considera la apertura del procedimiento injustificada de acuerdo con los estándares y garantías que rigen en España y en el resto de la Unión Europea para la incoación de un proceso penal.

A diferencia de la investigación que ha iniciado la Fiscalía Europea, concerniente a los intereses financieros de la Unión Europea, la asumida por la Fiscalía Especial en sus Diligencias de Investigación n.º 3/2022 se refiere a delitos de corrupción. Se pretende aclarar si un funcionario contrató con una empresa determinada inducido por su superior; si un particular obtuvo de una empresa una remuneración indebida a cambio de ejercer influencias sobre un funcionario público; o si un particular pudo emitir a una empresa una factura con datos inveraces respecto de la causa o cuantía de tal remuneración. Estos hechos no serían constitutivos de malversación ni de fraude a la Hacienda Europea ni de cohecho, sino de tráfico de influencias o falsedad en documento



mercantil. Estos delitos no se encuentran recogidos, ni por su mención técnica ni fáctica, en el RFE ni en la Directiva cuando mencionan y definen el *fraude y otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión*. Se trata, por tanto, de presuntas conductas sobre las que, realizado el oportuno análisis de necesaria conexidad, llegamos a la conclusión de que quedan claramente diferenciadas del contrato mismo que la Fiscalía Europea considera el instrumento de una posible malversación o fraude y no se encuentran indisociablemente vinculadas a estos delitos a efectos de la investigación.

Se trata de bienes jurídicos diferenciados de los protegidos por el delito de defraudación a los presupuestos de la Unión Europea (artículo 306 CP) o incluso por la malversación (artículo 432 CP), convertida tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015 “en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (artículo 252) y apropiación indebida (artículo 253) a los que se remite de modo expreso el artículo 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público” (STS n.º 797/2015, de 24 de noviembre).

Lo que se dirime en la investigación de la Fiscalía española es el correcto desempeño de las actividades públicas desde la perspectiva de una Administración prestacional al servicio de los intereses generales y plenamente sometida a la ley y al derecho, conforme a los principios que ordenan su funcionamiento, recogidos en el artículo 103 de la Constitución española. Se trata de comportamientos que afectan directa y esencialmente a intereses nacionales, lo que sitúa estas conductas en la órbita del correcto funcionamiento de la Administración española y, por consiguiente, debe ser la Fiscalía nacional la que determine la suficiencia indiciaria para la eventual incoación de un procedimiento penal.

Por todo lo expuesto, considerando que la investigación llevada a cabo en las Diligencias de Investigación n.º 3/2022 de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada no se encuentra indisociablemente vinculada con los delitos de fraude a la Hacienda Europea, malversación y cohecho asumidos por la Fiscalía Europea en virtud de Decreto de 16 de marzo de 2022,

RESUELVO

La continuación del conocimiento de las referidas Diligencias de Investigación por parte de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en averiguación de todas aquellas posibles infracciones penales distintas de los referidos delitos objeto de investigación por la Fiscalía Europea.



Todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar del transcurso de la investigación, que en lo que se refiere a la Fiscalía española se atenderá siempre al principio de cooperación leal con la Fiscalía Europea.

Notifíquese este decreto al Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Especial Anticorrupción y a la Fiscalía Europea.

La Fiscal General del Estado

Dolores Delgado García