

RECURSO CASACION núm.: 1602/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen  
Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal**

### **Sentencia núm. 710/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 20 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 1602/19 (al que se ha acumulado el recurso de casación num. 1946/19) por infracción de ley interpuesto por la Acusación Particular Agrupada AP1 representada por el procurador D. Raúl Sanguino Medina bajo la dirección letrada de D. José Antonio Tuero Sánchez, y por la Asociación de Consumidores en Acción (FACUA) representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Patricia Rosch Iglesias bajo la dirección letrada de D. Fernando Alejandro García, contra los autos de fecha 6 de marzo de 2019 y 11 de marzo de 2019 dictados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los Rollos 99/19 y 97/19 respectivamente). Han sido partes recurridas la mercantil VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN S.A. representada por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla bajo la dirección letrada de D. Luis Jordana de Pozas Gonzálbez, la mercantil VOLKSWAGEN A.G. representada por el procurador D. Alejandro Escudero

Delgado bajo la dirección letrada de D. Javier Sánchez-Junco Mans y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción num. 2 incoó Procedimiento Abreviado num. 91/2015-C y una vez concluso lo remitió a la Sala de lo Penal Audiencia Nacional, que con fecha 23 de noviembre de 2018, dictó auto que contiene los siguientes **ANTECEDENTES DE HECHO**: «PRIMERO.- Las presentes actuaciones, se incoaron el día 29 de Septiembre de 2015, en virtud de asignación por reparto de querella presentada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Isabel Salamanca Álvaro en nombre y representación del SINDICATO COLECTIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS MANOS LIMPIAS, contra VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA S.A., contra su Presidente D. James Morys Muir, contra VOLKSWAGEN NAVARRA S.A., D. Ulbrich Thomas, contra SEAT S.A. y su Presidente, D. Francisco Javier García Sanz, así como las personas que a lo largo de la instrucción resultaren responsables, por la presunta comisión de los delitos contra los consumidores, establecido en el art. 278 y ss del C.P., Estafa de los art. 248 y ss del C.P, contra el Medio Ambiente art. 325 y ss del C.P, Falsificación Documental arts. 392 y 395 del C.P., Fraude art. 436 del C.P y contra la Hacienda Pública del art. 305 del repetido Código.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal emitió dictamen favorable a la asunción de la competencia por parte de la Audiencia Nacional y de éste Juzgado Central, para llevar a efecto la investigación, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de Ley de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse presuntamente de un delito de defraudación que puede producir perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, sin perjuicio de la concurrencia de elementos típicos de otras conductas punibles conexas con la anterior, alegando que:

*“La presente causa se inicia tras sendas querellas interpuestas por la representación del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias y de la Asociación Internacional Antifraude para la Defensa de Afectados por Motores Volkswagen y Otros en las que, recogiendo las noticias últimamente publicadas en prensa, ponen de manifiesto el presunto trucaje efectuado por el "Grupo Volkswagen" de determinados motores diesel de 4 cilindros (2.0 TDI).*

*La manipulación parece consistir en la instalación de un programa informático que detecta cuándo el vehículo se encuentra en un banco de pruebas al objeto de reducir sus emisiones contaminantes dentro de los parámetros exigidos por la normativa medioambiental.*

*La explicación a dicha manipulación radica en que para lograr un menor consumo de combustible es necesario obtener la mayor eficiencia energética del mismo, para lo cual se ha de someter a altas temperaturas; ello genera, sin embargo, la emisión de gases altamente contaminantes (óxido de nitrógeno). El reto técnico que se plantea es el de lograr fabricar un motor que consuma poco y mantenga una gran potencia pero que a su vez no desprenda gases por encima de los límites legales marcados.*

*Supuestamente, para resolver el problema, el fabricante introdujo un software capaz de detectar cuándo el vehículo estaba siendo testado para comprobar sus emisiones contaminantes de manera que en ese momento tuviera un funcionamiento menos eficiente (con mayor consumo de combustible) y, por tanto, menos contaminante.*

*El grupo Volkswagen ha emitido varios comunicados de prensa en los que reconoce los hechos y la adopción de medidas inmediatas para dar solución al problema.*

*En el presente supuesto, los hechos anteriormente descritos, de ser ciertos, determinarían que los vehículos afectados, en condiciones normales de funcionamiento, están emitiendo gases contaminantes muy por encima de los límites permitidos (podrían superar en 40 veces dicho máximo), lo que les inhabilitaría para circular, con el consiguiente perjuicio para su titular. Por otro lado, las emisiones lanzadas hasta ahora podrían haber causado daños sustanciales a la calidad del aire. Teniendo en cuenta que el uso de motores con baja afectación medioambiental es objeto de subvención pública para su fomento, el engaño también podría haber supuesto un desembolso injustificado del Erario Público.*

*En definitiva, en este estadio de la actuaciones, podemos concluir que nos encontramos ante una defraudación que causa perjuicio a una generalidad de personas en el ámbito territorial de más de una Audiencia, previsto y penado en los artículos 248-1, 248-2-b), 249 y 282 del Código penal lo que justifica la competencia de la Audiencia Nacional para su conocimiento, así como de los ilícitos penales de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código penal y delito contra el medio ambiente de los artículos 325 y siguientes del Código penal, conexos con el anterior".*

TERCERO.- Con posterioridad a la querrela inicial, se presentaron otras querrelas por parte de la Procuradora D<sup>a</sup>. Fuencisla Martínez Mínguez, en representación de la ASOCIACION INTERNACIONAL ANTIFRAUDE PARA LA DEFENSA DE AFECTADOS POR MOTORES VOLKSWAGEN Y OTROS, por delitos de Estafa, Publicidad engañosa, contra la Hacienda Pública, Falsedad y contra el Medio Ambiente contra GRUPO VOLKSWAGEN, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA S.A. y SEAT S.A., por parte de D<sup>a</sup>. Isabel Sánchez Ridao en representación de la ASOCIACION DE PERJUDICADOS POR ENTIDADES FINANCIERAS, por delitos de Estafa, contra el Medio Ambiente y de Publicidad fraudulenta contra VOLKSWAGEN AG, VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA S.A. y SEAT S.A y todas aquellas personas que en el momento de los hechos formaban parte de los órganos de administración de las citadas mercantiles.

CUARTO.- Al inicio de la investigación ,se acordaron como primeras diligencias:

- Interesar del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la totalidad de la información que haya podido reunir hasta el momento acerca de los hechos investigados, con inclusión del dictamen de la Agencia Medioambiental de los EEUU (EPA), informe acerca de dictámenes periciales que, en su caso, se hayan efectuado en corroboración del dictamen de la EPA e informes que haya recibido sobre la materia del Grupo Volkswagen y entidades involucradas.

- Solicitar del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente los dictámenes periciales que, en su caso, se hayan realizado sobre los vehículos supuestamente manipulados al objeto de determinar su grado de emisiones nocivas.

- Requerir al Grupo Volkswagen para la remisión a este Juzgado de la totalidad de los comunicados oficiales emitidos acerca de este asunto, relación en formato digital Excel o similar de los vehículos afectados vendidos en España, el organigrama del grupo en España con especificación de funciones vinculadas a los hechos y determinación del personal responsable del mismo, la identificación de la empresa a la que se encargó la fabricación del software, informe acerca de la instalación del citado programa informático, con especificación del departamento encargado de ello en España, informe acerca de las medidas adoptadas, en su caso, para la subsanación del perjuicio causado e informe relativo a las medidas de control y supervisión que, en su caso, hubieran dispuesto para su prevención con anterioridad a la comisión de los hechos.

- Librar comunicación a la Fiscalía General del Estado a fin de que, ante la eventualidad de que alguna Fiscalía especializada/Fiscal especialista estuviera/n practicando diligencias de investigación por los hechos indicados, se proceda en su caso, conforme a lo establecido en el art 773 de la LECR y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Además de las entidades querellantes anteriormente citadas, se han constituido como acusación particular en el procedimiento, al amparo de la nueva regulación del art.109 bis de la L.E.Criminal, la Unión de Consumidores de Cataluña, FACUA-Consumidores en Acción, APROVEDI-Asociación independiente de propietarios de vehículos diesel afectados por las emisiones de gases, además de personas físicas individuales que han sido agrupadas en tres acusaciones particulares, englobando todas ellas a un número aproximado de 9.000 perjudicados, cifra que se incrementa regularmente con nuevas personaciones de acusaciones particulares y actores civiles.

SEXTO.- Las indicadas partes activas, en el transcurso de la presente investigación han solicitado, además de otras diligencias de carácter técnico pericial y documental, la toma de declaración en concepto de investigados/ testigos de las siguientes personas: D. MATTHIAS MULLER- Presidente Grupo VW- D. MARTIN WINTERKORN - Ex Presidente VW . D. HERBERT DIESS- Consejero Delegado VW-, D. JAMES MORYS MIUR de VOLKSWAGEN AUDI ESPAÑA S.A, D. Thomas ULBRICH de VOLKSWAGEN NAVARRA SA, D. FRANCISCO JAVIER GARCÍA SANZ de SEAT SA, de SEAT SA , D. HORST NEUMANN,D.ANDREAS RESCHLER, D. FRANK WITTER y D. RUPERT STADLER, POR VOLSKWAGEN D. ALBERT WILHELM UWE BAUNACK, D. ANDRE STOFFELS, D. CHRISTIAN KLINGLER, D. DOMINIQUE FRANCOIS XAVIER BOESCH, D. HERMANN JOSEF SCHMITT, D. MICHAEL ANDREAS MAX FRIEDRICH FRISCH, D. FRANCISCO JOSÉ PÉREZ BOTELLO y D. WOLF

STEFAN SPECHT, por SEAT D. BERND WILLI HELMUT GUNTER OSTERLOH, D. JURGEN STACKMANN, D. KLAUS GERHARD WOLPERT, D. MARK PHILIPP PROSCHE, D. MARTIN MAHLKE y D. STEFAN MAXIMILIAN PIECH.

SEPTIMO.- Por la Fiscalía de Braunschweig (Alemania), en comunicación de 13 de Julio de 2018, en respuesta a la Comisión Rogatoria emitida por este Juzgado el 28 de abril del 2016, se participa que, *“en referencia a las conversaciones mantenidas en su día por Eurojust en la mesa entre la mesa alemana y la española respecto a una sopesada entrega de la persecución penal a la fiscalía de Braunschweig, se ofrece la asunción de la persecución penal de España respecto al asunto de Volkswagen.*

*Esta oferta ya se propuso en los encuentros de coordinación de Eurojust en La Haya en marzo del 2016 y se ha proseguido de manera expresa en escrito del 8 de marzo del 2017 - [nº expediente] - 702 AR 35682/16 -. La asunción de la persecución penal puede quedar asegurada por la presente. Se renuncia expresamente a una traducción de los autos españoles. La fiscalía de Braunschweig ya dirige su propio procedimiento de instrucción por los mismos hechos procesales. La fiscalía de Braunschweig ya ha asumido la persecución penal de Suiza, Austria, Suecia y de OLAF [Oficina Europea de Lucha contra el Fraude].*

*La multa que entretanto ha conseguido la Fiscalía de Braunschweig contra la empresa Volkswagen Aktiengesellschaft [« S.A.], que se ha convertido en jurídicamente válida, de más de 1 millardo [mil millones] de Euros, no impide la entrega de la persecución penal a dicha fiscalía. Las pesquisas contra los trabajadores responsables de la empresa Volkswagen Aktiengesellschaft se continuarán aquí.”*

OCTAVO.- De la citada comunicación de la Fiscalía de Braunschweig se confirió traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes para alegaciones.

NOVENO.- El Ministerio Fiscal en su informe de alegaciones de fecha 14 de Septiembre del año en curso, realiza una exposición en la que concluye que :

*“ La manipulación denunciada parecía consistir en la instalación de un programa informático que detecta cuándo el vehículo se encuentra en un banco de pruebas al objeto de reducir sus emisiones contaminantes dentro de los parámetros exigidos por la normativa medioambiental.*

*El grupo Volkswagen ha emitido varios comunicados de prensa en los que reconoce los hechos y la adopción de medidas inmediatas para dar solución al problema.*

*En el inicio de las actuaciones se concluía inicialmente que los hechos descritos, de ser ciertos, determinarían que los vehículos afectados, en condiciones normales de funcionamiento, están emitiendo gases contaminantes muy por encima de los límites permitidos (podrían superar en 40 veces dicho máximo), lo que les inhabilitaría para circular, con el consiguiente perjuicio para su titular.*

*Por otro lado, las emisiones lanzadas hasta ahora podrían haber causado daños sustanciales a la calidad del aire. Teniendo en cuenta que el uso de motores con baja afectación medioambiental es objeto de subvención pública para su fomento, el engaño también podría haber supuesto un desembolso injustificado del Erario Público.*

*En definitiva, en ese estadio de la actuaciones, se sostenía que existían indicios de la existencia de una defraudación que causa perjuicio a una generalidad de personas en el ámbito territorial de más de una Audiencia, previsto y penado en los artículos 248-1, 248-2-b), 249 y 282 del Código penal lo que justificaba la competencia de la Audiencia Nacional para su conocimiento, así como de los ilícitos penales de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código penal y delito contra el medio ambiente de los artículos 325 y siguientes del Código penal, conexos con el anterior.*

*También se ha indagado sobre la posible comisión de un delito continuado de falsedad documental dada la consciente plasmación de datos técnicos falsos sobre los correspondientes documentos.*

*Posteriormente, se ha desterrado la posible comisión de un delito de fraude de subvenciones conforme al dictamen que a tal efecto emitió el 7-10-15 la Abogacía del Estado.*

*Toda vez que nos encontramos ante un supuesto en el que se evidencia la posible responsabilidad penal de una persona jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 119 en relación con el artículo 118-5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se acordó la notificación al Grupo Volkswagen de la iniciación de este procedimiento penal, con requerimiento para la designación de una persona que la represente, así como Abogado y Procurador.*

*A dicha comparecencia se presentó D. Luis Comas Martínez de Tejada en representación de "Volkswagen-Audi, España, S.A.", acreditando la misma por medio certificado del acuerdo adoptado por dicha entidad de fecha 29-10-15*

*En su defensa, por medio de escrito de fecha 23-11-15 , por la entidad investigada se alegó, entre otras cuestiones:*

*1. Que el "Grupo Volkswagen" como tal no existe, sino que, de forma coloquial se denomina así al conglomerado de sociedades cuyas participaciones son de la empresa alemana "Volkswagen AG".*

*2. Que las sociedades de SEAT (que es propiedad de Volkswagen) que pudieran estar relacionadas con los hechos son: "SEAT, S.A." (fabricante y distribuidora de sus vehículos), "Volkswagen-Audi España, S.A." (importadora de los vehículos Volkswagen, Audi y Skoda) y "Volkswagen Navarra, S.A." (fabricante del vehículo Volkswagen modelo Polo)*

*3. Que no pueden informar acerca de las personas responsables porque los motores se fabrican en Alemania por "Volkswagen AG"*

*4. Que las entidades que fabrican el software son Bosch, Delphi y Conti, pero para "Volkswagen AG", por lo que ignoran cualquier otro dato al respecto*

*5. Que se está a la espera de que "Volkswagen AG" les transmita instrucciones sobre cómo resolver el problema*

*Del mismo modo, por la representación de la mercantil investigada se ha aportado documentación contractual con la que se trata de acreditar que la misma, al no poder acceder a los motores manipulados, ignoraba la existencia del software fraudulento. Posteriormente, y también por la mercantil investigada se ha aportado informe pericial emitido por expertos del Instituto Universitario de Investigación CMT-Motores de la Universidad Politécnica de Valencia en el que se analiza la solución técnica aportada por "Volkswagen AG" y aprobada por la KBA*

alemana, mediante la que se corrige la manipulación de dichos motores. Entre las diligencias practicadas también destaca la solicitud de cooperación a EEUU, que ha enviado las resoluciones de condena dictadas en dicho país.

Durante la presente causa se han practicado diligencias conducentes a la efectiva comprobación de la manipulación, así como a si la misma provoca una alteración significativa de las prestaciones de los vehículos afectados y a la identificación de datos o elementos que permitieran la imputación de los hechos por su participación consciente en los mismos a personal de las entidades "SEAT, S.A.", "Volkswagen-Audi España, S.A." y "Volkswagen Navarra, S.A.".

Por su parte, como diligencias dirigidas a la comprobación de la manipulación se ha recabado de las autoridades judiciales francesas por vía de Comisión Rogatoria el dictamen pericial elaborado en el que se detecta la misma al observar el comportamiento de uno de los componentes destinados al control de emisiones del motor, en concreto la válvula EGR (recirculación de gases de escape).

Del mismo modo, se ha recabado de la Dirección General del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT) la elaboración de un informe pericial acerca de los siguientes extremos:

1. Aclaración de la citada pericia elaborada en Francia con sucinta explicación acerca de la naturaleza de la prueba practicada, el alcance de la misma y su conclusión.

2. Elaboración del diseño y realización de una prueba pericial que permita obtener datos relativos a las siguientes cuestiones:

A) verificación de la existencia de un dispositivo fraudulento en los motores investigados destinado a garantizar la superación de los test de homologación en banco de pruebas.

B) Comprobación de las verdaderas emisiones de los motores sin la intervención del software fraudulento, así como, en su caso, variaciones que ello genera en las prestaciones de los mismos, significativamente, en cuanto a consumo y potencia.

C) Posteriormente se remitió también el informe de la Universidad Politécnica de Valencia para ser incluido en el estudio.

El citado informe del CIEMAT fue presentado el 27-10-17 y a la vista del mismo se concluye que la manipulación parece que va destinada a activar los sistemas de control de emisiones del vehículo cuando detecta que está en banco de pruebas, sistemas que, en el modo de circulación ordinario, se desactivarían.

En el mismo informe, se aventura que la solución técnica dada por la marca no parece determinar la alteración de las prestaciones del vehículo."

Atendiendo a los datos y circunstancia expuestas anteriormente, consideramos que las autoridades alemanas se encuentran en una mejor situación para la instrucción y enjuiciamiento de la presente causa, con vistas a evitar los riesgos de una potencial vulneración del principio "ne bis in ídem" de manera que se asuma por las autoridades de Alemania la finalización de la investigación y la decisión de qué personas van a ser finalmente llevadas a juicio por los hechos investigados, al considerar que Alemania es la jurisdicción que se encuentra en mejores

condiciones para enjuiciar los mismos. Conforme al artículo 1.2,a de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, los conflictos de jurisdicción se dan en situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a la resolución final de los procedimientos en dos o más Estados miembros, constituyendo así una vulneración del principio "ne bis in ídem".

En el presente caso, el mantenimiento de investigaciones separadas conlleva r evidente riesgo de vulneración del principio "ne bis in ídem" prohibido en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), principio interpretado por el Tribunal de Justicia en numerosas resoluciones, siendo hitos de tal construcción jurisprudencial el caso Van Esbroeck, el caso Van Straaten en 2006 o el caso Kraaijenbrink en 2007. Así, los hechos de ambas investigaciones están intrínsecamente interrelacionados, hasta el punto de que, conforme se nos comunica por la Fiscalía de Braunschweig, su procedimiento Incluye los vehículos que han sido comercializados en España. En este sentido es de destacar, cómo el Tribunal de Justicia de la UE ha señalado que es contrario al principio de libre circulación de personas el mantenimiento de dos procedimientos contra las mismas personas y por los mismos hechos en dos Estados Miembros. A tal efecto es ilustrativa la STJUE del caso MIRAGLIA (C-469/03).

Además, recuerda el TJUE, es importante garantizar la libre circulación de personas de modo que no sea perseguida una persona por los mismos hechos en el territorio de varios Estados Miembros.

A mayor abundamiento en dicha resolución el TJUE, añade la idoneidad de aplicar el artículo 54 CAAS en casos como éste, ya que precisamente con ello se trata de evitar la posibilidad de sancionar en los distintos Estados afectados un mismo comportamiento ilícito y a unas mismas personas, lo que contradice la idea de la Unión Europea como un Espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que se garantice la libre circulación de personas y se adopten medidas adecuadas para la prevención y la lucha contra la delincuencia.

A la hora de determinar cuál es la jurisdicción que se encuentra en una mejor situación para afrontar la completa investigación y enjuiciamiento de los hechos, hay que traer a colación la fijación de una serie de criterios orientativos que estableció Eurojust en su Informe Anual de 2003, constituyendo este documento uno de los referentes más detallados y acabados en el análisis de las circunstancias y parámetros a ser valorados en el proceso de decisión. Además, el Convenio Europeo de Transmisión de Procedimientos en Asuntos Penales de 1973 contiene también un detallado elenco de criterios de valoración para la determinación de la mejor jurisdicción en su artículo 8 que bien pueden servir de referente.

Otros referentes los encontramos en el Libro Verde de la Comisión sobre conflictos de jurisdicción y el principio non bis in ídem en los procedimientos penales, la Decisión Marco 2008/84 I/JAI sobre lucha contra la delincuencia organizada (artículo 7.2) o la Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los

procesos penales (exposición de motivos) o el informe del grupo de expertos elaborado en el Seminario organizado por el Centro de Estudios Jurídicos sobre conflictos de jurisdicción y principio "non bis in ídem" en el ámbito europeo o, en el ámbito del Consejo de Europa, las Guías sobre medidas prácticas para mejorar la cooperación en relación a la transferencia de procedimientos Recogiendo experiencias pasadas y recomendaciones efectuadas por los expertos implicados, la Ley 16/2015 regula en su capítulo VI los conflictos de jurisdicción como transposición de la Decisión Marco de 2009. El artículo 32.5 fija una serie de criterios valorativos para decidir sobre la jurisdicción mejor posicionada. Aplicados al caso que nos ocupa los criterios sentados en los instrumentos y documentos señalados, hemos de analizar todos los elementos fácticos concurrentes en ambas investigaciones, así:

- es evidente que tanto en Alemania como en España se investigan los mismos hechos.

- En Alemania se han practicado varios registros en las sedes de la mercantil investigada, incautándose abundante documentación, que está a su disposición y en trámite de análisis.

- La investigación alemana ha permitido señalar a empleados responsables de la "Volkswagen AG" en la sede de Wolfsburg como los que tomaron la decisión delictiva, añadiendo que los sucesivos empleados, vendedores o importadores no consta que tuvieran conocimiento de la manipulación.

- Las Fiscalía de Braunschweig ha conseguido la condena de la mercantil "Volkswagen, A.G." como persona jurídica, lo que cerraría la posibilidad de su imputación en España.

- También las Autoridades alemanas investigan la participación en los hechos del proveedor "Robert Bosch GmbH", cuya sede también se encuentra en tal Estado.

- La documentación remitida por EEUU permite apuntalar la idea de que tanto el diseño estratégico como la ejecución material de la manipulación se desarrolló en Alemania, sin perjuicio de las pruebas que han permitido condenar a empleados de alta dirección que conocían la manipulación en EEUU:

- Las indagaciones efectuadas en España no han permitido concretar la intervención de persona física alguna que, desarrollando su actividad en España, fuera consciente de la manipulación.

En definitiva, tanto por la residencia y lugar de efectiva materialización de la principal actividad delictiva, como por la jurisdicción en la que se han incautado y se encuentran las pruebas del delito y éstas se encuentran aseguradas, se evidencia la mejor posición de las Autoridades judiciales alemanas para la llevanza de la presente causa.

En el mismo sentido, hay que insistir en que el criterio anterior se robustece al tener por fundamento esencial la evitación de la concurrencia del "bis in ídem", por lo que ello no supone por parte de la Autoridad judicial española la toma de postura acerca del fondo del asunto, sobre el que no se pronuncia, ni existe compromiso alguno por nuestra parte relativo a la no acusación o petición de absolución de ninguno de los investigados.

Por todo ello, y entendiendo que ya se ha constatado la existencia de un mismo procedimiento que versa sobre idénticos hechos en la Fiscalía de Braunschweig (Alemania), la Autoridad alemana se encuentra en mejor disposición para la investigación de los hechos:

*En otro informe posterior de fecha 5 de los corrientes, el Ministerio Fiscal alega que “Se ha recibido vía Eurojust comunicación remitida por las Autoridades alemanas en relación con asunto de referencia, de la que se da traslado para su incorporación a las presentes y su traducción y en la que se reitera su disposición a asumir la instrucción de la presente causa, dada la identidad de los hechos investigados.*

*Sin perjuicio de lo expuesto en nuestro informe de fecha 14-9-18, si SSª comparte el criterio de las Autoridades alemanas y, por tanto, considera que existe consenso y no es de aplicación el trámite previsto en el art 32 de la Ley 16/16, de 7 de julio, en aras de una mayor celeridad, díctese la resolución oportuna.”*

DECIMO.- Por la Procuradora Sra. Rosch Iglesias, en representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios Consumidores en Acción - FACUA , se manifiesta su oposición a que se ceda la investigación a las autoridades de Alemania. En síntesis, dicha parte alega que el argumento principal esgrimido tanto por la Fiscalía de Braunschweig (Alemania) en sus diferentes escritos, así como por la Fiscalía de la Audiencia Nacional mediante su informe de fecha de 14 de septiembre del presente año es la imposibilidad de continuar con el procedimiento al haberse condenado a Volkswagen AG a la multa impuesta por la Fiscalía de Braunschweig, lo cual supuestamente supondría una hipotética vulneración del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Sin embargo, a la vista de la traducción de la resolución administrativa dictada el pasado mes de junio por la Fiscalía de Braunschweig, aportada por la representación de VOLKSWAGEN AG mediante escrito de 12 de julio de 2018, así como por el oficio remitido por la susodicha Fiscalía el 13 de julio de 2018 cuya traducción se ha aportado el 11 de septiembre del 2018, resultaría jurídicamente imposible la vulneración del principio *“ne bis in ídem”*.

La sanción de la Fiscalía de Braunschweig se fundamenta en el incumplimiento de los artículos 130, apartado 1, 9, apartado 2, nº2, de la Ley alemana sobre Infracciones Administrativas. Es decir, la sanción se impone por una *“infracción negligente de la obligación de supervisión de explotaciones y empresas”*. La fundamentación de dicha sanción gira en torno a la falta de creación de un sistema mediante el que se hubiera supervisado y asegurado el cumplimiento de los requisitos técnicos y reglamentarios en el ámbito del desarrollo de motores. Se trata de una sanción que tiene su fundamento en la *“dejadez”* de la empresa para establecer mecanismos preventivos que traten de impedir, o dificultar, el incumplimiento de las obligaciones legales de la misma. Sin embargo, los supuestos hechos delictivos que se están instruyendo en esta litis son radicalmente diferentes y no se basan en una omisión o falta de supervisión, sino en auténticos actos tipificados en nuestra legislación nacional, y en los perjuicios que de tales actos se derivan. Se investiga la instalación de software en los motores afectados que posibilita que el vehículo reconozca cuándo está siendo sometido a pruebas de homologación para regular la emisión de gases contaminantes y que se ajusten a los límites legales, mientras que cuando el coche se encuentra en condiciones de conducción real la emisión de gases contaminantes supera hasta 40 veces dicho límite legal.

Se investiga la publicidad con la que se vendieron los vehículos afectados haciendo creer a los consumidores, con obvias convicciones ecológicas, que estaban adquiriendo un coche poco contaminante y respetuoso con el medio ambiente, siendo un elemento determinante para decantarse por su adquisición; Se investiga, además, los posibles daños medioambientales que dicha emisión ilegal e indiscriminada ha podido ocasionar; Y por último, se encuentra la instrucción abierta para investigar los daños que la mercantil ha podido ocasionar a los coches por la "modificación" del aludido software. A la vista de todo lo expuesto, resulta imprescindible analizar si la continuación del presente procedimiento vulneraría el principio *"ne bis in ídem"* en base a los criterios establecidos por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de enero de 2003, esto es, si existe la triple identidad acumulativa y requerida de sujetos, hechos y fundamentos: Identidad subjetiva: La sanción impuesta por la Fiscalía de Braunschweig se realiza contra la "Volkswagen AG", mercantil que sí está en calidad de investigada en el presente procedimiento, por lo que respecto a ella existe una plena identidad del elemento subjetivo. Sin embargo, resulta imprescindible señalar que el procedimiento penal conocido en Alemania se encuentra dirigida contra diferentes personas físicas (las cuales no se encuentran en calidad de investigados en España) y no contra Volkswagen AG, por lo que no existiría identidad subjetiva respecto a los procedimientos penales.

Identidad fáctica: Existe una absoluta discrepancia entre los hechos sancionados en Alemania y los hechos instruidos en este Juzgado. Los hechos sancionados en Alemania se corresponden con la omisión o dejadez del deber de supervisión e inspección de los mecanismos empresariales tendentes a garantizar el cumplimiento de la ley, mientras que los hechos objeto de la de la presente litis se corresponden con la alteración del nivel de emisiones de gases contaminantes, la publicidad de los vehículos, su puesta a la venta, deterioro del medio ambiente y, posiblemente, afectación de los vehículos de los consumidores tras la "reparación" y eliminación del software prohibido. A la vista de ello, no puede considerarse que la falta de control/supervisión y el resto de los hechos que son instruidos en este Juzgado formen parte de un conjunto indisoluble. Se tratan de hechos diferenciados que, además, no requieren de su coexistencia para poder ser sancionados. Así las cosas, la falta de unas medidas de control y supervisión pueden ser valorados y sancionados con independencia de que dicha omisión haya coadyuvado a que se hayan realizados hechos ilícitos; Del mismo modo, la comisión de hechos ilícitos puede ser valorada y sancionada con independencia de que hubieran existido medidas de control y supervisión suficientes.

Identidad de fundamento: También se discrepa entre los fundamentos que han permitido sancionar en Alemania y aquellos que nos permiten presumir la tipicidad de los hechos instruidos en España. La sanción por incumplimiento de supervisión de explotación y empresas no requiere, por su propia naturaleza, de la afección de derechos e intereses de terceros, sancionándose la mera *"exposición"* al riesgo que pueda suponer dicha falta de supervisión con independencia de que el riesgo sea finalmente materializado o no. La materialización de los riesgos en hechos concretos (manipulación del software, incumplimiento legislación para la homologación. En atención de ambos artículos, nuestro Código Penal podría

condicionar en determinados supuestos la responsabilidad penal de la imputada a la imposición de las medidas de vigilancia y control necesarias para tratar de prevenir la comisión de delitos o, por lo menos, reducir el riesgo de su comisión (lo que comúnmente se conoce como "*compliance*" penal). Este es el ilícito sancionado en Alemania, mientras que en España ello es un criterio para determinar la exención o no de responsabilidad penal. La Fiscalía de Braunschweig ha impuesto una multa por la omisión o escasez a la aplicación de medidas de vigilancia y control preventivas, lo que en España implica la imposibilidad de poder alegar exención de responsabilidad penal. Todo ello no hace más que ahondar en la falta de vulneración de *ne bis in ídem*. Como se ha indicado, no existe conflicto alguno de jurisdicción al no estar dirigiéndose en Alemania ningún procedimiento penal contra la mercantil Volkswagen que sí está imputada en España. Del mismo modo, en España no se ha dirigido la instrucción contra ninguna persona física que sí está conociendo Alemania. Ello conlleva a que cualquier solicitud para valorar un conflicto de jurisdicción decaiga al no disponer de base que sustente la misma. Debido a ello, no consideramos que sea de aplicación el artículo 32.1 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior, como pretende el Ministerio Fiscal puesto que, como se ha expuesto, no se ha confirmado de modo alguno la tramitación paralela de dos procesos penales contra la misma persona y respecto a los mismos hechos, por lo que no ha de precederse a la aplicación de dicho artículo. Con carácter previo a la aplicación del referido artículo, en caso de que entendamos que existe una solicitud por parte de la Fiscalía de Braunschweig por entender que existe un conflicto de jurisdicción, se habrá de proceder a emitir respuesta al mismo conforme dispone el artículo 31.5 del mismo cuerpo normativo. La respuesta a la solicitud ha de ser lógicamente negativa

Entendemos que podría ser conveniente que la respuesta reúna los requisitos del artículo 30.5 de la susodicha ley, sobre todo los que sigue:

- a) *Una descripción detallada de los hechos y circunstancias que sean objeto del proceso penal en España, o de las diligencias de investigación.*
- b) *Tipificación de la conducta en España.*
- c) *Datos sobre la identidad del imputado o acusado y de la detención, prisión o de las medidas cautelares que hayan sido adoptadas.*

Con tales datos, la Fiscalía de Braunschweig podrá comprobar sin mayor inconveniente la inexistencia de conflicto de jurisdicción al no existir en ambos países un procedimiento dirigido contra la misma persona, por los mismos hechos y con la misma fundamentación. Además de ello, resultaría imprescindible aportar los datos, de las víctimas de la infracción penal y medidas de protección que hayan sido adoptadas en relación con las mismas. Dicho dato resulta imposible otorgarlo en estos momentos puesto que no existe en la Audiencia Nacional un registro de todas las víctimas afectadas en España de los hechos presuntamente delictivos, tan sólo de aquellos que han sido aportados por las partes personadas. La identificación de dichas víctimas resultaría imprescindible, en caso de un hipotético conflicto de

jurisdicción, para que sus derechos puedan tenerse en cuenta y ser defendidos en un poco probable procedimiento judicial en Alemania.

Finaliza dicha parte sus alegaciones, indicando que en todo caso, y pese a que se ha acreditado la falta de conflicto jurisdiccional, tampoco podría cederse la instrucción del procedimiento según los criterios establecidos en el artículo 32.5 de Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. En concreto, con independencia de la creación e instalación del software fraudulento de los vehículos afectados, ha de ponderarse los siguientes aspectos:

- Se ha procedido a la venta de 723.832 vehículos en España (según consta en la sanción de la Fiscalía de Braunschweig).

- Para la venta de dichos vehículos se han realizado diferentes campañas publicitarias que, de forma fraudulenta, manifestaban unas características ecológicas de la que los vehículos carecían.

- Se ha procedido a la "modificación" del software de los vehículos vendidos en España produciendo en muchos de ellos desperfectos que han causado un perjuicio económico adicional a las víctimas.

Lo anterior ha de incardinarse, además, con el obvio interés de la víctima y la necesidad de reparación de los perjuicios causado por los hechos investigados, reparación que se frustraría en caso de derivarse el procedimiento a Alemania. Por último, no podemos dejar de mencionar que en España existe una tipificación específica de tales hechos (actualmente englobados en los artículos 248.1, 248.2.b, 249, 282 y 325 y siguientes del Código Penal), pudiendo ser imputable la persona jurídica, lo cual no puede suceder en Alemania según su normativa penal. Todo afectado, víctimas de los delitos instruidos en la presente, se encontrarían privados de sus más elementales derechos otorgados por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que recoge la exigencia de mínimos ordenada por la Directiva 2012/29UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En concreto, las víctimas se verían absolutamente privadas a recibir ningún tipo de información sobre la causa penal, ante encontrarse la misma fuera de su territorio nacional con los obstáculos obvios para contactar con las autoridades judiciales correspondientes. Resulta además virtualmente imposible que los consumidores afectados puedan personarse en un procedimiento conocido en Alemania para poder defender sus derechos e Intereses por los costes que ello podría llegar a suponer. Del mismo modo, se encontraría gravemente perjudicada la justicia restaurativa, máxime a la vista de la renuncia expresa por parte de la Fiscalía de Braunschweig a recibir traducción de los autos españoles, lo cual resultaría imprescindible para, al menos, asegurar la defensa de las víctimas personadas en el procedimiento al constar en estos los datos de identificación de los mismos. Dicha reparación, no obstante, quedaría plenamente asegurada en España desde el propio seno del procedimiento penal. Por su parte, el Procurador Sr.

Campal Crespo en la representación que ostenta, igualmente manifiesta su oposición en las alegaciones siguientes:

El origen de la investigación fue el reconocimiento, por parte de la entidad Volkswagen, de la instalación de un software que permitió falsear los resultados de los test de homologación de los vehículos que llevaban instalado el motor Diesel EU5 tipo EA189. No obstante lo anterior las consecuencias de su instalación, y los delitos y responsabilidades en las que pudiera haberse incurrido son diferentes en uno y otro estado. En España han sido solicitadas diversas diligencias a las que se ha opuesto el Ministerio Fiscal, y que el Juzgado no ha admitido argumentado, someramente, que no era el momento procesal oportuno. En momento alguno se ha identificado el momento en el que se consideraba procedente la realización de las diligencias solicitadas. Dicha negativa ha venido dilatando, injustificadamente, la tramitación de las presentes diligencias.

Por parte de las autoridades alemanas no se ha prestado colaboración alguna en la identificación de las personas implicadas en la trama, no ha sido remitida información alguna, ni tramitado ninguna de las comisiones rogatorias solicitadas por el Juzgado. La Autoridad alemana se ha negado a la entrega de información alegando que se estaba analizando la abundante documentación incautada. No obstante lo anterior en momento alguno ha prestado la colaboración solicitada. En momento alguno se ha identificado la intervención de la filial española de Volkswagen, SEAT, S.A. que fabrica varios modelos, y los responsables que han intervenido. No han sido remitido informe alguno, a pesar de haber sido requerida su remisión, en el que se determine el alcance del fraude cometido y las consecuencias derivadas del mismo.

La sanción acordada con el fabricante, como expresamente viene a indicarse en la resolución entregada por el mismo en fecha 28 de septiembre de 2018, se corresponde con una infracción administrativa que, como persona jurídica, ha asumido Volkswagen por no haber dado cumplimiento al artículo 130 de su ley administrativa, que supone una infracción del deber de supervisión necesaria para evitar las infracciones en la empresa. Se desconoce la implicación del fabricante "Robert Bosch GmbH" toda vez que, a pesar del tiempo transcurrido y los requerimientos efectuados por esta parte, y las comisiones rogatorias acordadas, no se ha dado cumplimiento y tramite a las mismas por las autoridades alemanas. Por último, la denegación de la práctica de las diligencias solicitadas por las acusaciones particulares ha imposibilitado concretar el alcance del fraude cometido, la delimitación e identificación de los afectados, el alcance de los daños ocasionados, y las consecuencias derivadas de la intervención en los vehículos.

En definitiva, no se ha identificado los responsables de la posible actuación objeto de instrucción, ni la residencia de los posibles responsables, alcance de su intervención, ni se ha podido identificar cada uno de los afectados.

El informe emitido por el Ministerio Fiscal, sobre la asunción de la Instrucción por parte de las autoridades alemanas, viene fundamentado sobre la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del

ministerio de justicia en el exterior. En primer lugar, y sin perjuicio de los motivos por los que esta representación se opone a la remisión solicitada, en el presente caso no se ha dado cumplimiento a ninguno de los requisitos establecidos en la citada ley para aplicación efectiva de la pretendida remisión. La Fiscalía Superior de Braunschweig simplemente ha realizado un ofrecimiento de asunción de la instrucción, indicando expresamente que debe renunciarse a la traducción de las presentes Diligencias Previas. Dicha renuncia deja en evidencia el consecuente y directo perjuicio que se le causará no sólo a los afectados ya personados, sino a los que pudieran personarse. En momento alguno ha expuesto de forma detallada el contenido de la instrucción llevada a cabo, ni cuál es la tipificación de los delitos objeto de la misma, no ha identificado los posibles responsables, y en modo alguno ha identificado a las víctimas de las infracciones penales.

En definitiva, no ha justificado en forma alguna la petición formulada, ni se ha identificado detalladamente los hechos objeto de instrucción, la tipificación que hacen de los hechos investigados, las responsabilidades penales y civiles en las que se podría incurrir, los posibles investigados, las víctimas de la actuación desarrollada, así como la protección que pudiese ofrecerse a los perjudicados, no sólo de la resolución que se alcanzase, sino de las consecuencias que se pueden derivar de la actuación desarrollada, y las garantías que ostentan los perjudicados en el seno del procedimiento.

Prosigue dicha representación alegando vulneración a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE y a la proscripción de la indefensión, citando jurisprudencia al respecto, En el presente caso, se produciría una limitación de acceso al proceso al procedimiento toda vez que la misma Fiscalía de Braunschweig, ya ha expresado que debe renunciarse expresamente a la traducción de las presentes diligencias. Deja en evidencia la Fiscalía alemana que en ningún caso va a tener en consideración ni la instrucción llevada a cabo en España, ni va a atender ninguna de las alegaciones formuladas por cada una de las acusaciones Particulares personadas en representación de las víctimas del fraude.

Por tanto, considerando que cada uno de los personados en las presentes diligencias, y aquellos que pudieran personarse, son titulares de un derecho e interés legítimo que ha sido invocado, no puede ser restringido el derecho de los afectados al acceso a la instrucción cuando no existe norma alguna que lo limite. Resulta evidente que, como expresamente ha manifestado la Fiscalía de Braunschweig, la remisión de las actuaciones a las autoridades alemanas supone un obstáculo que limita el acceso a la justicia (principio pro actione) de cada uno de los afectados en España.

De contrario a lo manifestado por el Ministerio Fiscal, la instrucción llevada a cabo en las presentes Diligencias Previas no puede producir la supuesta vulneración del principio "ne bis in ídem" toda vez que, sin perjuicio que la autoridad alemana no ha identificado en su integridad el objeto de su instrucción, alegando vagamente el volumen de documentación incautada, no se cumple los requisitos que vienen siendo establecidos para considerar que pudiera producirse una vulneración del referido principio.

En primer lugar, no se produce una identidad objetiva. No sólo no han sido identificados y relacionados cada uno de los posibles autores de los hechos que son objeto de investigación,

sino que, de la instrucción llevada a cabo hasta el momento, no se ha podido identificar a todos y cada uno de los sujetos que pudieran haber tenido alguna responsabilidad, ni ha sido identificado el alcance del perjuicio causado, por el fraude cometido, y expresamente reconocido, y su posterior intervención. Y esa falta de identidad objetiva imposibilita determinar si pudiera haber responsables de los mismos en España.

No debe obviarse que SEAT fabrica sus vehículos en España y es una filial Española del Grupo Volkswagen. No constando la asunción de esa instrucción. Tampoco se ha identificado, dentro esa identidad objetiva, las consecuencias penales en las que se ha incurrido por la falsedad de documentos públicos en España para la obtención de las preceptivas homologaciones y subvenciones acordadas atendiendo a la falsedad cometida. No existe identidad objetiva en la responsabilidad en la que se incurre en cada estado miembro. Debemos tener presente, aun sin haber podido delimitar definitivamente el alcance penal de las infracciones cometidas, que el daño moral no se encuentra regulado en el derecho Germano y, por tanto, en momento alguno pudieran ser condenados los autores de los delitos investigados por dicho daño. En segundo lugar, en el presente caso no existe identidad fáctica toda vez que nos encontramos ante distintos hechos antijurídicos.

La citada parte, finaliza su escrito realizando una serie de consideraciones sobre las diligencias de investigación acordadas y pendientes de practicar, interesando que de ser considerada la remisión de las actuaciones, la resolución que en su caso se acuerde deberá ser adoptada una vez se haya identificado cada uno de los vehículos afectados, y se le haya realizado, de forma individualizada, el preceptivo ofrecimiento de acciones. Dicho ofrecimiento de acciones deberá contener además las medidas que el Juzgado haya de acordar para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, la forma en la que serán representados cada uno de los afectados que estén ya personados, y aquellos que se personen, y los medios con los que se dotará para poder garantizar la tutela judicial efectiva.

La representación procesal de VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A., en su escrito de alegaciones muestra su conformidad con la solicitud del Ministerio Fiscal, alegando que la Fiscalía no ha hecho sino actuar conforme previene el artículo tercero de su Estatuto Orgánico, que le confiere promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales y mantener la integridad de la jurisdicción, promoviendo las cuestiones de competencia que sean procedentes, también, claro es, en el plano internacional. La fiscalía de Braunschweig viene solicitando, con todo acierto en nuestra opinión, la asunción de la investigación en torno al denominado *Dieseldgate*. En este caso particular, lo cierto es que han sido varias las ocasiones en las que la fiscalía alemana ha solicitado la remisión del procedimiento español a ese país, con la finalidad de evitar duplicidades en las investigaciones y afectaciones del principio ne bis in ídem, con los efectos perversos que en este caso pudieran derivarse por aplicación del art. 54 del Convenio de Schengen. Así lo interesó ya en una reunión de coordinación celebrada en La Haya, sede de Eurojust, en marzo de 2016 y lo ha solicitado en otras ocasiones. Las sucesivas peticiones de la fiscalía de Braunschweig dejan patente que su investigación se extiende a los once millones de vehículos de las diferentes marcas afectados y, en concreto, también a los vendidos

en España. Añádase a lo anterior que, como afirma el Ministerio Fiscal, las investigaciones españolas *"no han permitido concretar la intervención de persona física alguna que, desarrollando su actividad en España, fuera consciente de la manipulación"*, en lo que coincide la fiscalía alemana en su comunicación de 8 de marzo de 2017, en la que se lee que *"las investigaciones efectuadas hasta la fecha no han arrojado indicios con respecto a las responsabilidades de personas que únicamente han actuado en España, en especial las filiales ubicadas allí (Volkswagen-Audi España SA., SEAT, SA., Volkswagen Navarra SA.)"*. En su comunicación de 30 de enero de 2018, al tiempo que solicitaba nuevamente la remisión del procedimiento, afirmaba que los importadores, e incluso los propios empleados o vendedores, desconocían la manipulación de los motores E189.

El Procurador Sr. Navarro Cedillo, en representación de ASAFEM, manifiesta su adhesión a las alegaciones antes citadas de FACUA y del Procurador Sr. Campal Crespo.

El Procurador Sr. Sanguino Medina, en representación de la acusación particular agrupada AP1, se opone a lo interesado por el Ministerio Fiscal indicando en su escrito que en el marco de la reunión de coordinación celebrada en marzo de 2016 en la sede de Eurojust, la delegación alemana ofreció asumir la competencia de todos los procedimientos en curso. Dicho ofrecimiento, tras ser valorado de consuno por diferentes Ministerios, por la Autoridad Judicial y por la Fiscalía General de Cooperación Internacional, fue rechazado, pues se creía conveniente que la Instrucción se llevara a cabo en España. Estas alegaciones se reiteran por medio de Oficio fechado el día 13-07-18 de la Fiscalía de Braunschweig. Habiendo pasado más de 2 años desde la reunión de Eurojust citada, de trasladarse la causa a Alemania, y bajó la premisa expresa de las autoridades judiciales de este país acerca de que no van a traducir ningún elemento de nuestra investigación, lo que se estaría haciendo es, ni más ni menos que echar por tierra los más de 3 años de Instrucción que llevan abiertas las presentes Diligencias Previas.

*Inexistencia de la vulneración del principio "ne bis in ídem"*. Ninguna de la legislación citada prohíbe la prosecución de dos investigaciones paralelas, y más, cuando ambos procedimientos se encuentran en una etapa inicial. En este sentido son lo suficientemente claras la *STEDH de 23 de octubre de 1995, Caso Gradinger contra Austria* o más recientemente la *STEDH de 2009 Caso Zolotkhine contra Rusia* señalando que este nada impide el mantenimiento de dos investigaciones mientras no haya una sentencia (o resolución asimilable a esta) firme. A la hora de la aplicación del principio, hay que atenerse a lo que la Jurisprudencia Europea ha delimitado bajo el término *"ídem"*, es decir, lo relativo a los hechos, de tal forma que lo que importa no es la calificación jurídica, que puede ser distinta en los diferentes Estados miembros, sino el relato fáctico de hechos. La prohibición de doble condena se aplica en supuestos en los que los hechos motivo de la condena fueran los mismos en ambos Estados. Eso sí, no todos los hechos relacionados entre sí forman necesariamente parte del *"ídem"*. Así lo exponen entre otras, la *STJUE de 9 de marzo de 2006, caso Van Esbroek C-436/04 "la divergencia de calificaciones jurídicas de los mismos hechos en diferentes Estados no es obstáculo para la aplicación del Art. 54, así como que por los mismos motivos tampoco puede utilizarse el criterio de identidad del interés jurídico protegido, pues este puede variar de un*

*Estado a otro" o la STJUE Caso Krraijenbrink C367/05 la cual dispone que "no deben considerarse «los mismos hechos», a efectos del artículo 54 del CAAS, por el mero hecho de que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal" (negrita y subrayado nuestro).. Es decir, el TJUE realiza una interpretación de los hechos en sentido material, perdiendo trascendencia la cuestión de la calificación jurídica, que lógicamente puede ser distinta en cada país. Sobre esta materia goza de gran importancia la sentencia *Zolutukin y Rusia de 2009* donde la Gran Sala reconoce que su jurisprudencia no ofrecía hasta la fecha ni seguridad jurídica ni orientación y que era necesaria una interpretación armonizadora, y opta, finalmente, el TEDH por definir el "ídem " como hechos materiales. Hechos que señala deben ser idénticos en las dos resoluciones sancionadoras. En igual sentido (identidad subjetiva, fáctica y de fundamento) se pronuncia el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de enero de 2003. En Alemania la investigación se centra en la omisión del deber de supervisión de los mecanismos tendentes a garantizar el cumplimiento de la ley -es decir, por una infracción ADMINISTRATIVA, que NO PENAL-, mientras que en nuestros autos se investiga la comisión de delitos -muchos-, tales como la alteración del nivel de emisiones, la falsedad documental, los daños medioambientales o la publicidad engañosa, algo a lo que la Fiscalía Alemana ni hace mención .En Alemania esa falta de supervisión es el ilícito administrativo propiamente, mientras que en España, tras la introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas esa supervisión, -o ausencia de supervisión-, NO FORMA PARTE DE LA TIPICIDAD, sino de las causas de exención de la Responsabilidad Penal. Basta señalar a estos efectos los arts. 31 bis I.b) y el art. 31 bis. 4, ambos del Código Penal. No se conoce el alcance de fraude ni el perjuicio causado (sea a los consumidores individuales, al mercado y a la competencia leal o al Medioambiente) por lo que, repetimos, no se puede sostener la identidad de hechos.*

La citada parte, al analizar la sanción impuesta a Volkswagen en Alemania y sobre los concursos delictuales, reitera básicamente las alegaciones expuestas por el Procurador Sr. Campal Crespo.

En relación al " supuesto" conflicto de jurisdicción, la parte indica que existen una serie de delitos cuya prosecución sólo se realiza en España:

- Las falsedades documentales/
- Los delitos de publicidad engañosa
- Los daños contra el medio ambiente.

El " interés de la víctima" es uno de los puntos más claros por el que no cabe la cesión de la Instrucción: las garantías para las víctimas españolas son inexistentes si el procedimiento se va a Alemania. De darse el caso, los afectados se verían privados de recibir algún tipo de información sobre la causa penal, pues la distancia geográfica, la diferencia lingüística y lo complejo del procedimiento harían esto imposible. Y ello, por no hablar de los elevados costes que podría suponer la personación de las personas físicas afectadas en Alemania.

Las alegaciones finalizan con consideraciones sobre las diligencias de investigación realizadas en el presente procedimiento y el resultado de las solicitudes de cooperación judicial

internacional emitidas, concluyendo que no existe ninguna obligación de ceder la Instrucción de la causa. No cabe hablar de una vulneración del principio "*ne bis in ídem*".

Pese a lo anterior, en el caso de entender que existe un conflicto de jurisdicción este debe resolverse a favor de España. - De las diligencias realizadas en la instrucción no se acredita que Alemania esté en mejor posición para la Investigación de los hechos acaecidos en España, sino la necesidad de seguir recabando aquí material probatorio. De estimarse la petición del Ministerio Público, los derechos de las víctimas se verían gravemente afectados, desprotegiéndose estas. No se siguen los requisitos y exigencias contenidas en la legislación, tanto nacional como comunitaria, acerca de cómo debe ser la petición de traslado.

Por su parte, la representación de VOLKSWAGEN AG, se adhiere a la petición de la Fiscalía ante el evidente riesgo de que se produzca una vulneración del principio de *non bis in ídem*, al darse la circunstancia de estar investigándose en Alemania y en España los mismos hechos cometidos por las mismas personas. No cabe duda de que, en este caso, el ejercicio de la acción penal se encuentra garantizado, al haberlo manifestado así la propia Fiscalía de Braunschweig, que en reiteradas ocasiones, la última, el 13 de julio de 2018, se ha ofrecido a asumir la persecución penal del procedimiento español en el conocido como asunto *Dieselgate* y máxime cuando, como han comunicado, su procedimiento incluye los vehículos que han sido comercializados en España, evitando así la duplicidad de investigaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del Convenio de Schengen. Ello pone de manifiesto la concurrencia del presupuesto de identidad del objeto que se exige para la interdicción del *non bis in ídem*, pero también concurre la identidad de sujetos y fundamento, en consonancia con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Especialmente relevante resulta el hecho puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de que de las actuaciones practicadas en España no se ha permitido concretar "*la intervención de persona física alguna que, desarrollando su actividad en España, fuera consciente de la manipulación*" lo que igualmente ha sido puesto de manifiesto por las autoridades de la Fiscalía de Braunschweig en diversas comunicaciones, en especial, en la de 30 de enero de 2018. Cabe por último señalar, que como indica el Ministerio Fiscal en su escrito que, "*la Fiscalía de Braunschweig ha conseguido la condena de la mercantil "Volkswagen A.G." como persona jurídica, lo que cerraría la posibilidad de su imputación en España*". Esta representación ha aportado recientemente a las actuaciones una traducción jurada de la sanción impuesta a Volkswagen A.G. Como muy bien indica el Ministerio Público, la eventual responsabilidad de la sociedad, si la hubiera, ya ha sido juzgada en Alemania, por lo que no puede ser perseguida aquí en España, y únicamente quedaría por determinar la responsabilidad individual de las personas físicas, que es precisamente lo que constituye el objeto principal del procedimiento seguido en Alemania.

Acreditada la concurrencia de un conflicto de jurisdicciones que pudiera vulnerar el indicado principio de *non bis in ídem*, resta por determinar cuál de las dos jurisdicciones se encuentra en una posición más favorable para conocer del procedimiento. En este punto, no podemos más que adherirnos a lo manifestado por el Ministerio Fiscal respecto de la posición más ventajosa de las autoridades alemanas para la llevanza de la presente causa.

La Procuradora Sra. Gómez Molina en nombre de la Asociación Independiente de Propietarios de Vehículos diesel afectados por las emisiones de gases (APROVEDI) comparte las argumentaciones dadas por las demás acusaciones particulares, haciendo referencia al derecho de resarcimiento de los perjudicados, el cual ha de salvaguardarse en todo caso y bajo cualquier circunstancia y que puede verse afectado si la tramitación del procedimiento es asumida por las autoridades judiciales alemanas, puesto que tanto el eventual acceso a dicha jurisdicción por parte de los consumidores afectados como los costes derivados de ello suponen una traba enorme que, a la postre, desprotegería los derechos de las víctimas, las cuales se verían gravemente afectadas.

La Procuradora Sra. Martínez Mínguez, Procuradora, actuando en representación de la ASOCIACIÓN ANTIFRAUDE VOLKSWAGEN (ASOCIACIÓN INTERNACIONAL ANTIFRAUDE PARA LA DEFENSA DE AFECTADOS POR MOTORES VOLKSWAGEN) Y OTROS, manifiesta su oposición en orden a la asunción por las autoridades judiciales de Alemania de la presente investigación.

No se da el supuesto de hecho del art. 32.1 de la Ley 16/2015 de 7 de julio invocado, toda vez que no existe constancia procesal de la tramitación paralela de dos procesos contra la misma persona y por los mismos hechos. No hay vulneración del principio *ne bis in ídem*, puesto que tampoco existe constancia de que los hechos y las personas enjuiciadas sean las mismas, cuando la investigación se encuentra aún en fase tan temprana. Que VW AG sea la sociedad dominante no implica que sus filiales en España, con personalidad jurídica propia, no hayan cometido igualmente los delitos investigados. En la Resolución sancionadora de la Fiscalía Alemana de imposición de multa, (pág. 15, segundo párrafo y 27), se constata sin espacio a la duda que en España se llevaron a cabo homologaciones individuales de vehículos afectados por el fraude, previa petición de las sociedades del Grupo VW, entre ellas las filiales españolas (SEAT).

Está por determinar qué grado de conocimiento y participación en los delitos investigados tuvieron las personas que instaron las homologaciones, e incluso las entidades con facultades inspectoras y de homologación.

La Fiscalía ha solicitado la inhibición sin acreditar que la totalidad de los delitos indiciariamente cometidos y por los que se sigue acusación en España, tienen su correlato en el Código Penal alemán y por tanto van a ser perseguidos allí. La mayor parte de las diligencias de prueba realizadas en esta instrucción, donde no se ha practicado si quiera un interrogatorio de investigado, han consistido en recabar las investigaciones llevada a cabo en otros países como EEUU y Alemania.

Antes de tomar decisión tan trascendental, como es remitir la causa a las autoridades alemanas, deben practicarse en España las averiguaciones oportunas sobre La remisión de la causa a los Tribunales alemanes, supondría en la práctica privar a los perjudicados de los más elementales derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y reconocidos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, como es, entre otros, el de participación activa en el proceso penal que reconoce el art. 3 de dicha norma, debido a las

dificultades y costes que entrañaría la personación en un procedimiento de estas características en Alemania.

UNDECIMO.- En nueva comunicación de 18 de Octubre del presente año, la Fiscalía de Braunschweig insiste en su propuesta de asumir la investigación de las presentes diligencias respecto a todos los investigados. En su literalidad se indica que “... *Una vez consultados los fiscales que están instruyendo aquí las diligencias, seguirán sin poder hacerse públicos los nombres de las personas aquí investigadas puesto que persiste la problemática del principio non bis in ídem. Es por ello que tampoco puedo ofrecer una información negativa, ya que ésta podría permitir extraer conclusiones sobre los investigados en las diligencias aquí instruidas. Sin embargo, sigue absolutamente vigente nuestra propuesta de que el procedimiento penal sea llevado en su totalidad en España. En tanto que el procedimiento español debiera instruirse contra personas que hasta la fecha aún no figuren como acusados en el sumario de aquí, éstas serían agregadas posteriormente como acusados. La Fiscalía de Braunschweig se hará cargo pues, atendiendo a su solicitud, de la totalidad del procedimiento español en lo que respecta a todas las personas allí investigadas.*”».

**SEGUNDO.-** En el citado auto de la Audiencia Nacional, tras la oportuna motivación jurídica, consta la siguiente PARTE DISPOSITIVA: «SE ACUERDA la transmisión del presente procedimiento, en relación al conjunto de personas investigadas en el mismo, a las autoridades judiciales de Alemania, y más en concreto a la Fiscalía de Braunschweig, con remisión de testimonio de todo lo actuado en la presente causa, así como de esta resolución debidamente traducida al idioma alemán, sirviendo la misma de denuncia conforme a las prevenciones del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000.

Se mantienen las medidas cautelares que pudieran haberse adoptado en el presente procedimiento, tanto personales como reales, en tanto la denuncia es aceptada por las autoridades de Alemania y conforme a lo que se resuelva al respecto por las mismas.

Esta decisión no supone por parte de este Juzgado la toma de postura acerca del fondo del asunto, sobre el que no se pronuncia, ni existe compromiso alguno relativo a la no acusación o petición de absolución de ninguno de los investigados.

Remítase testimonio de esta resolución al Miembro Nacional de España en Eurojust, al que se solicitará informe de la decisión que, en definitiva, recaiga sobre la admisión de la transmisión del procedimiento /denuncia.

Esta resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer recurso de reforma y/o apelación en los términos del artículo 766 de la L. E. Criminal».

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma que fue desestimado y posteriormente de apelación por la Acusación Particular Agrupada AP1 dictándose auto por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (Rollo 99/19) con fecha 6 de marzo de 2019 y cuya parte dispositiva es la siguiente: «DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. RAUL SANGUINO MEDINA, en representación de la ACUSACIÓN PARTICULAR AGRUPADA API contra el auto de fecha 14 de enero de 2019, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, por el que Se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 23 de noviembre de 2018, en el que se acordaba la transmisión del presente procedimiento, en relación al conjunto de las personas investigadas en el mismo, a las autoridades judiciales de Alemania, y más en concreto, a la Fiscalía de Braunschweig en orden a la finalización de la instrucción y enjuiciamiento de los hechos investigados, en el procedimiento de Diligencias Previas P.A. nº 91/2015-C, y confirmar íntegramente dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas causadas en la tramitación del presente recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y las partes personadas, haciéndoles saber que la misma es firme y contra la misma no cabe recurso.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Central de Instrucción para su conocimiento y a los efectos procedentes.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro».

**CUARTO.-** Asimismo contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma que fue desestimado y posteriormente de apelación por la Asociación de consumidores y usuarios "Consumidores en Acción - FACUA" dictándose auto por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (Rollo 97/19) con fecha 11 de marzo de 2019 y cuya parte dispositiva es la siguiente: «DESESTIMAR el recurso de APELACIÓN interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Patricia ROSCH IGLESIAS, en nombre y representación de la asociación de consumidores y usuarios "CONSUMIDORES EN ACCIÓN - FACUA" contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, de fecha 14 de enero de 2019, por el que se - desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 23 de noviembre de 2018, en el que se acordaba la transmisión del presente procedimiento, en relación al conjunto de personas investigadas en el mismo, a las autoridades judiciales de la República Federal de Alemania, Fiscalía de Braunschweig, en orden a la finalización de la instrucción y enjuiciamiento de los hechos investigados en el procedimiento de Diligencias Previas nº 91/2015, y confirmar íntegramente dicha resolución

Se declaran de oficio las costas causadas en la tramitación del presente recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber la misma es firme y contra la misma no cabe recurso.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiente Libro Registro».

**QUINTO.-** Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de la Acusación Particular Agrupada AP1 y de la Asociación de consumidores y usuarios "Consumidores en Acción - FACUA", que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** El recurso interpuesto por la **Acusación Particular Agrupada AP1** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**1º.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por vulneración del artículo 23, 9.6 y 11 de la LOPJ, en relación a la indebida aplicación del artículo 1. 2ª de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre, del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), el artículo 17. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**2º.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por la indebida aplicación y vulneración de los artículos 23.1, 9.6 y 11 de la LOPJ, en relación con los artículos 30. 5º y 31. 3º de la Ley 16/2015 de 26 de mayo, por la que se regula el estatuto del miembro nacional España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior y el artículo 8 de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

**3º.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por la indebida aplicación y vulneración de los artículos 23, 9.6 y 11 de la LOP, en relación con el artículo 32. 5º de la Ley 16/2015 de 26 de mayo, por la que se regula el estatuto del miembro nacional España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior.

**4º.-** Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, por la indebida aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (artículos 1, 3, 4, 7, 11 y 17) e indebida aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (artículos 3, 5, 10 y 33).

El recurso interpuesto por la Asociación de consumidores y usuarios "**Consumidores en Acción - FACUA**" se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**1º.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849. 1ª de la LECRIM por infracción de los artículos 30.5 y 31.5 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, y de los artículos 5.1 y 8.1 de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

**2º.-** Por infracción de Ley, al amparo del número primero del artículo 849, 1 de la LECRIM, por infracción de los artículos 30.1 y 32.1 de la Ley 16/2015, de 7 de julio.

**3º y 4º.-** Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849, 1º de la LECRIM, por infracción del artículo 32.5 de la Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust. Y por infracción de los artículos. 4, 5, 7, 9 y 11 de la Ley 4/2015 de 27 de abril.

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

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida, y habiéndose advertido que en el escrito de adhesión de la Acusación Particular Agrupada 1 (AP1) al recurso formulado por FACUA se planteaba una cuestión prejudicial, se acordó la suspensión de la misma a fin de dar traslado a las partes. Siendo señalado nuevamente para deliberación el día 16 de septiembre de 2021.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Nos corresponde ahora el conocimiento acumulado de los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la Acusación Particular Agrupada 1, en adelante AP1, y por la Asociación de consumidores y usuarios «CONSUMIDORES EN ACCIÓN – FACUA», en lo sucesivo FACUA, contra los autos dictados por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 6 y el 11 de marzo de 2019, que desestimaron, respectivamente, los recursos de apelación interpuestos por aquellas contra el auto de fecha 23 de noviembre de 2018 dictado por el Juzgado Central de Instrucción 2 en el curso de la diligencias de Procedimiento Abreviado 91/2015. Este último había acordado la transmisión del procedimiento, en relación al conjunto de personas investigadas en el mismo, a las autoridades judiciales de Alemania, y más en concreto a la Fiscalía de Braunschweig.

Definido el objeto del procedimiento seguido ante el Juzgado de Central de Instrucción 2 en los términos indiciarios que el momento exige, el mismo pretendía depurar las eventuales responsabilidades penales derivadas de la comercialización en España de los vehículos equipados con motores Volkswagen en los que se habría instalado un software capaz de detectar

cuando el automóvil se encontraba en un banco de pruebas, para así disminuir la emisión de gases contaminantes, que recuperaba su nivel, muy superior al legalmente permitido, en cuanto retomaba su uso habitual.

1. Con carácter previo hemos de dar respuesta a las objeciones que plantean las recurridas VOLKSWAGEN GROUP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN, S.A y VOLKSWAGEN A.G. al acceso a casación de las resoluciones combatidas, pues de concluir que el recurso no debió ser admitido, la causa de inadmisión se transformaría ahora en motivo de desestimación sin abordar el fondo de la cuestión suscitada.

Entienden aquellas, en síntesis, que al haberse incoado el procedimiento ante el Juzgado Central de Instrucción antes de la entrada en vigor de la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, resulta aplicable al caso el artículo 848 LECRIM en su redacción anterior, que limitaba la casación exclusivamente para los autos de sobreseimiento que tuvieran carácter definitivo, lo que, según su criterio, abarcaba exclusivamente a los de sobreseimiento libre, pero no a los supuestos en que se declare la falta de jurisdicción, como si ocurre tras la reforma. Aducen que los precedentes pronunciamientos de esta Sala que admitieron el acceso a casación de algunos autos, y que han sido invocados por los recurrentes, recayeron en el ámbito de la conocida como justicia penal internacional ex artículo 23 LOPJ, supuestos distintos de la cesión de jurisdicción que ahora nos ocupa, orientada a conjurar ataques indeseados al principio *ne bis in ídem*.

En atención a la fecha en la que se incoaron las actuaciones, no es aplicable al caso la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015, que amplió expresamente la casación a los autos que acordaban la finalización del procedimiento por falta de jurisdicción. Hasta ese momento el artículo 848 de la ley procesal penal, en la redacción vigente en el caso que nos ocupa, disponía que sólo procederá recurso de casación contra los autos dictados con carácter definitivo por las Audiencias Provinciales y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso. En el segundo párrafo de este mismo artículo se disponía que los autos de sobreseimiento se reputarían definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que

los hechos sumariales no eran constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos.

La reforma de 2015 vino a otorgar carta de naturaleza a lo que ya había proclamado de manera constante la jurisprudencia de esta Sala. A partir de la STS 327/2003, de 25 de febrero, caso Guatemala, se abrió camino el acceso a casación de aquellas decisiones que ponían fin al proceso por falta de jurisdicción. La idea base de tal doctrina engarza con la relevancia de la jurisdicción como expresión de la soberanía del Estado, y de esta manera, con el artículo 9.6 LOPJ. Recordaba la citada sentencia que, si bien ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecían específicamente los recursos que cabían contra las decisiones adoptadas en el ámbito de tal precepto, la excepcionalidad y especial importancia de la cuestión, en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español, hacía razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución Española), en un régimen equiparable a la resolución estimatoria de la declinatoria prevista en el artículo 676 LECRIM. A partir del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 8 de mayo de 1998, aplicado entre otras en la STS de 6 julio de 1998, esta Sala ha interpretado que tal resolución era susceptible de recurso de casación, salvo en las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Esta doctrina fue reiterada en otras sentencias posteriores, SSTS 712/2003, de 20 de mayo (caso Perú); 319/2004, de 8 de marzo (caso Chile); 592/2014, de 24 de julio; 593/2014, de 24 de julio; 847/2014, de 5 de diciembre; 866/2014 de 11 de diciembre; 704/2015, de 11 de noviembre; 828/2015, de 14 de diciembre; o la STS 974/2016, de 23 de diciembre. En asuntos que desde distintas ópticas afectaban a la extensión de la jurisdicción de los Tribunales Españoles, incluidos los supuestos de cesión como el que ahora nos ocupa. En concreto las SSTS 704/2015, de 11 de noviembre y 828/2015, de 14 de diciembre, resolvieron recursos contra sendos autos que acordaban la cesión de jurisdicción, en concreto a favor las autoridades judiciales portuguesas, por ostentar dicho país la jurisdicción preferente para conocer de los hechos sujetos

a investigación, en función de lo dispuesto en los tratados internacionales que vinculaban a los dos estados.

Afirmar la preferencia de otra jurisdicción afecta al alcance y límites de la jurisdicción española, por lo que una resolución como la que ahora se revisa, al versar sobre esta cuestión, engarza con los supuestos de recurribilidad fijados por la jurisprudencia de esta Sala, con posterioridad legalmente acogidos, por lo que ningún impedimento obstaculiza el análisis de los recursos interpuestos.

**SEGUNDO:** Dada la coincidencia en los planteamientos de los recursos acumulados que resolvemos, vamos a dar una respuesta conjunta a ambos. El primero motivo de recurso interpuesto por la acusación particular agrupada 1 invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la vulneración de los artículos 23, 9.6 y 11 de la LOPJ, en relación a la indebida aplicación del artículo 1. 2.a de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre, del artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), el artículo 17.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Aduce que el fundamento del traslado del procedimiento a Alemania ha sido la vulneración del principio *ne bis in ídem*, y que la regulación internacional de tal principio lo que abarca es la prohibición de que una persona sea condenado dos veces (artículo 17.71 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen), pero ninguna de las normas citadas prohíbe la prosecución de dos investigaciones en paralelo, y más cuando ambos procedimientos se encuentran en una etapa inicial. Añade en apoyo de tal tesis, que las STEDH de 23 de octubre de 1995, *Caso Gradinger* contra Austria, o más recientemente la STEDH de 2009, *Caso Zolotokhine* contra Rusia, han señalado que el invocado principio nada impide el mantenimiento de dos investigaciones mientras no haya una sentencia (o resolución asimilable a esta) firme. Y

concluye que, con la información trasladada por los Órganos Judiciales alemanes, nunca se podría llegar a una vulneración del principio *ne bis in ídem*, por no existir la triple identidad que la vulneración del mismo exige.

Prosigue, que se ignora el alcance de los hechos que se investigan en Alemania, más allá de un conocimiento genérico de que Volkswagen ha reconocido el fraude facilitado por la Fiscalía alemana. Sin embargo, a la vez afirma que la investigación en Alemania se centra en la omisión del deber de supervisión de los mecanismos tendentes a garantizar el cumplimiento de la ley, es decir, por una infracción administrativa, que no penal, mientras que en nuestros procedimientos se investigan la comisión de otras tipicidades como la alteración del nivel de emisiones, la falsedad documental, los daños medioambientales o la publicidad engañosa, algo a lo que la Fiscalía Alemana ni hace mención. También alude al distinto régimen de responsabilidad de las personas jurídicas derivada de la falta de supervisión, que mientras en España es de carácter penal, en Alemania es simplemente administrativa. Y niega la identidad subjetiva tanto de los responsables penales como de las víctimas. Al hilo de ello aduce que no todas estas se encuentran identificadas. En cuanto a los responsables penales, la investigación penal en Alemania se sigue contra personas físicas empleadas responsables de Volkswagen AG, pero no contra esta.

Estos planteamientos, en especial en cuanto concierne al alcance del principio *ne bis in ídem*, coinciden con los que la otra recurrente, FACUA, aun sin enunciarlo expresamente, desarrolla en su segundo motivo de recurso.

1. La prohibición de doble enjuiciamiento condensada en el principio *ne bis in ídem*, ha sido expresamente recogida en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS). También se hacían eco de la misma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) en su artículo 14.7, y en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).

La Constitución Española no formula expresamente la garantía de prohibición de doble enjuiciamiento. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional ha entendido que el *non bis in ídem*, bien sea en su vertiente material integrado en el artículo 25 CE a través de los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, o en su vertiente procesal incluido en la garantía de tutela judicial efectiva del artículo 24.2 CE, se configura como un derecho fundamental a no ser condenado o sometido a enjuiciamiento doblemente por el mismos hechos (entre otras muchas SSTC 2/1981, de 30 de enero; 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 180/2004, de 2 de noviembre; STC 48/2007, de 12 de marzo; STC 23/2008 de 11 de febrero; o 126/2011, de 18 de julio).

Recordaba la STC 1/2020, 14 de enero, que «por lo que respecta a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), desde la perspectiva del principio *non bis in ídem*, hay que destacar que es doctrina constitucional reiterada que (i) en su vertiente material este principio impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, y (ii) que la jurisdicción de amparo tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, o incluso para analizarla directamente, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in ídem* y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, (al respecto, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, y 91/2009, de 20 de abril, FJ 6)»

Para la jurisprudencia constitucional, el principio *non bis in ídem* en su dimensión material veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, con abstracción de su naturaleza penal o administrativa (STC 2/1981, 147/1986, de 25 de noviembre o 2/2003, de 16 de enero, citadas por otras muchas).

Para el TJUE el fundamento del artículo 54 de la CAAS ensambla con el principio de libre circulación de personas, que se vería muy restringida si un ciudadano condenado o absuelto en un Estado, pudiera ver repetida la condena si se desplazara a otros. En la sentencia *Gözütok y Brügge* de 11 de febrero de 2003, C-187/01 y C-385/01, el Tribunal de Justicia hizo hincapié en los objetivos

integradores del Tratado UE. Recordó que «la Unión Europea se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas» y que «la aplicación en el marco de la Unión Europea del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, pretende potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que dicha Unión se convierta con más rapidez en el espacio de libertad, seguridad y justicia que tiene por objetivo mantener y desarrollar». (30) En este contexto, «el artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no revistan la forma de una sentencia». (31)

2. Para dar respuesta al motivo, utilizaremos como pauta metodológica la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento sobre la que el recurso estructura su queja.

En el aspecto fáctico sostiene que no existe coincidencia entre los hechos que constituyen el objeto de las diligencias seguidas por la Fiscalía de Braunschweig y los que delimitan el marco de investigación de las seguidas ante el Juzgado Central de instrucción 3.

Conviene aclarar, en primer lugar, que por el contrario de lo que el recurso indica, si constan en las actuaciones los hechos que investigan las autoridades alemanas. Los intercambios de información producidos entre aquellas y el Juzgado instructor español han aportado elementos de conocimiento suficientes para dibujar el nexo entre unos y otros que permite hablar de identidad sustancial. Como resaltó la resolución recurrida «la manipulación o fraude objeto del procedimiento en España trae su origen de unos hechos cometidos en Alemania, donde se llevó a cabo la manipulación del software que ha afectado a once millones de vehículos comercializados a nivel mundial, entre ellos los matriculados en España, con inclusión asimismo de la investigación acerca de la responsabilidad que pudiera tener en tales hechos la entidad "Robert Bosch GmbH" en su calidad de proveedor de centralitas que controlaban el indicado software». Igualmente explicó, por remisión a lo en su día

informado por el Fiscal, que la documentación remitida por EEUU permite apuntalar la idea de que tanto el diseño estratégico como la ejecución material de la manipulación se desarrolló en Alemania, por más que haya surtido efectos en otros muchos países, y precisamente esa manipulación constituye el núcleo de lo que las autoridades de aquel país investigan. La lectura de los hechos que sustentaron la sanción impuesta a Volkswagen AG por la Fiscalía de Braunschweig, cuya traducción consta en la causa, corrobora ese dato, precisamente el que determinó que la Fiscalía alemana recibiera y asumiera el traslado de los procedimientos penales incoados en otros países como Suiza, Austria, o Suecia; o que ofreciera a las autoridades judiciales españolas la persecución en aquel país del procedimiento incoado aquí, con el compromiso de incorporar a su objeto todos los vehículos vendidos en España.

Más allá de la calificación jurídica que en cada caso se otorgue a los hechos, la identidad fáctica emerge con nitidez. Y ese es, en la perspectiva del Derecho de la Unión, el factor determinante en la aplicación del principio *ne bis in ídem*. Como afirmó el TJUE en la sentencia de 9 de marzo de 2006, caso *Van Esbroek* C-436/04, «el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas.» (36). (En el mismo sentido, las sentencias de 18 de julio de 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, EU:C:2007:444, apartado 26; la de 28 de septiembre de 2006, *Gasparini* y otros, C-467/04, apartado 54; o la de 16 de noviembre de 2010, *Mantello*, C-261/09, EU:C:2010:683, apartados 39 y 40). Y en este caso, esa identidad resulta indiscutible. No puede negarse la íntima conexión entre la alteración fraudulenta de unos motores, y su ulterior distribución en distintos países a través de la venta de los vehículos a los que fueron destinados.

El sistema comunitario en materia de cooperación asienta sus bases jurídicas en el principio de confianza mutua entre los estados contratantes. A razón de ello, afirmó el Tribunal de Justicia en el apartado 32 de la sentencia *Gözütok y Brügge*, de 11 de febrero de 2003 (C-187/01 y C-385/01), que ni las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, entre las que se encuentran

los artículos 34 y 31 que integran la base jurídica de los artículos 54 a 58 del CAAS, ni las del Acuerdo de Schengen o del propio CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 de esta último al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros. Y añadió en el apartado siguiente, que el principio *ne bis in ídem* consagrado en este último artículo implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de los referidos Estados acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados contratantes, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente. Precisamente por ello, la ya citada STJUE de 9 de marzo de 2006, caso *Van Esbroek* C-436/04, focalizó la relevancia fáctica del principio en la identidad de los hechos materiales, a la vez que afirmó que «la eventual divergencia entre las calificaciones jurídicas de los mismos hechos en dos Estados contratantes diferentes no es obstáculo para la aplicación del artículo 54 del CAAS.» (31); y «Por los mismos motivos, no puede utilizarse el criterio de la identidad del interés jurídico protegido, dado que éste puede variar de un Estado contratante a otro» (32); «Estas apreciaciones quedan además confirmadas por el objetivo del artículo 54 que pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados contratantes (sentencias *Gözütok* y *Brügge*, antes citadas, apartado 38 y de 10 de marzo de 2005, *Miraglia*, C-469/03, Rec. p. I-2009, apartado 32)» (33); «Pues bien, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes» (35).

3. El recuso niega la identidad subjetiva entre ambos procedimientos, porque, dice, no coinciden ni las víctimas ni los sujetos responsables, sean éstos personas físicas o jurídicas, sin embargo tal queja no puede prosperar.

Según explica la resolución recurrida, las investigaciones efectuadas hasta la fecha en España no habían arrojado indicios de responsabilidad acerca ninguna persona física que, desarrollando su actividad en este país, fuera

consciente de las alteraciones efectuadas. Las autoridades alemanas informaron que sus investigaciones habían aportado como dato que las decisiones respecto a la manipulación de los motores fueron tomadas por el equipo directivo de Volkswagen AG, sin que les conste implicación de los sucesivos empleados, vendedores o importadores. Por su parte señaló el Juzgado Central de Instrucción, y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional validó, que la investigación en España no ha conseguido identificar ninguna persona física que actuara en nuestro país y que fuera consciente de la manipulación, por lo que descarta que exista base para atribuir el estatus de investigadas a los filiales de la empresa Volkswagen en España (Volkswagen Audi España Seat S.A., Volkswagen Navarra SA). Sin embargo, la Fiscalía de Braunschweig en diversas comunicaciones, en especial la de 30 de enero de 2018, manifestó que «sus investigaciones les han permitido señalar, en principio, empleados responsables de la Volkswagen A.G. con sede en Wolfsburg que, indiciariamente, tomaron la decisión presuntamente delictiva, sin que hubiera constancia de que los sucesivos empleados, vendedores o importadores tuvieran conocimiento de la manipulación», lo que avala la idea de que allí estuvo ubicado el centro de decisión en relación a la actividad delictiva que se investiga. Por otra parte, la aquí investigada Volkswagen AG, ha sido ya sancionada en Alemania. En definitiva, la identidad subjetiva desde el punto de vista de los investigados queda claramente perfilada, y también en cuanto a las potenciales víctimas pues, como ya hemos indicado, el procedimiento seguido en Alemania incluye los vehículos que han sido comercializados en España. La incidencia que la transmisión que se acuerda pueda producir en relación a sus derechos de intervención en el proceso los abordaremos al resolver otros motivos.

4. Por último, en cuanto a la tercera de las identidades, insiste el recurso en que mientras el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas España es de carácter penal, en Alemania es simplemente administrativo.

La jurisprudencia del TJUE no limita la aplicación del *non bis in ídem* a los procesos y sanciones que el Derecho nacional califica de «penales», sino que se extiende —con independencia de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que puedan asimilarse a aquellas (entre otras

SSTJUE de 26 de febrero de 2013, caso *Åkerberg Fransson*, C-617/10; de 5 de junio de 2012, caso *Bonda*, C-489/10; o la de 20 de marzo de 2018, caso *Menci*, C-524/2015). Y al efecto ha señalado un parámetro de comparación basado en tres criterios. El primero de ellos asentado en la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno. Se entenderá que tiene carácter penal si así lo reconoce su respectivo ordenamiento, y en otro caso, habrá de acudir a los otros dos criterios de ponderación. El segundo de los criterios atiende a la propia naturaleza de la infracción, y proyecta el foco de atención en la finalidad que persigue. Y así, se entiende asimilada a la sanción penal si su objetivo es castigar y prevenir comportamientos ilícitos, pero no en el caso de que se trate de medidas exclusivamente reparadoras. Como último criterio se invoca el de la gravedad de la sanción, que impone el deber de velar para que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas no exceda de la que corresponde a la infracción constatada.

Tales criterios coinciden con los que, en la interpretación de lo que debe entenderse procedimiento penal en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7, fueron fijados por el TEDH en la sentencia *Engel y otros c. Países Bajos* de 8 de junio de 1976, y reiterados en otras como la sentencia *Zolotukhin c. Rusia* de 10 de febrero de 2009, y revalidados como pauta interpretativa en la sentencia de 15 de noviembre de 2016, A y B c. Noruega.

La responsabilidad penal de los entes corporativos, introducida en nuestro ordenamiento penal por la LO 5/2010 y matizada por la ulterior LO 1/2015, tiene su fundamento en un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión sobre sus administradores y empleados en relación con los delitos susceptibles de ser cometidos por aquellos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica. En palabras que tomamos de la STS 154/2016, 29 de marzo, "... el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. [...] Así, la determinación del actuar de la persona jurídica,

relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 par. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica ". Sin embargo no está supeditada a la condena de la persona física, pues a tenor del artículo 31 Ter, la responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella».

5. En la actualidad, en Alemania a las personas jurídicas no se les puede imputar responsabilidad penal, aunque sí ser sancionadas administrativamente. Concretamente, de conformidad con la sección 30 de la Ley de «infracciones administrativas» (Ordnungswidrigkeitengesetz, OWiG) de 19 de febrero de 1987, las personas jurídicas podrán ser sancionadas con una multa (con confiscación, en determinados casos, de las ganancias obtenidas) si alguno de sus directivos o de las personas con capacidad de representarla y actuar en su nombre citadas en el precepto comete un delito o una infracción administrativa prevista legalmente y, al hacerlo, vulnera las obligaciones que la ley impone a la entidad y da lugar a que, como consecuencia del hecho, la entidad se haya enriquecido o tratado de enriquecer.

La imposición de las multas, por otro lado, corresponde a la autoridad administrativa salvo en aquellos supuestos en los que la norma otorga esta competencia al Ministerio Fiscal y, en ocasiones, a la Autoridad Judicial.

La sección 30 de la Ley de «infracciones administrativas» (Ordnungswidrigkeitengesetz, OWiG), junto a la sección 130 del mismo texto

legal (que prevé sanciones pecuniarias en el caso de incumplimiento intencionado o negligente de determinadas obligaciones de supervisión en la ejecución de ciertas actividades económicas, si este incumplimiento conlleva la imposición de una pena o multa administrativa), amparó la sanción impuesta a Volkswagen en el año 2018. El incumplimiento de sus obligaciones de supervisión, constatada por el Ministerio Fiscal, supuso la instalación de un sistema software que permitiera la manipulación de los gases de escape con respecto a la emisión de óxidos de nitrógeno en los motores diésel de los tipos EA 189 y EA 288 (Gen.3 NAR). Fue una de las multas más altas impuestas a una empresa en aquel país, y ascendió a mil millones de euros. Se hizo constar asimismo que la decisión no afectaría a los procedimientos civiles pendientes en los tribunales (entre ellos, los derivados de las reclamaciones de los compradores de automóviles) ni a las investigaciones penales que estaba llevando a cabo el Fiscal de Braunschweig.

Explicaba el auto recurrido que «Sin embargo, según resulta de la Resolución sancionadora la sanción impuesta por la Fiscalía alemana a Volkswagen lo ha sido en el seno de una investigación penal, por tanto, susceptible de recurso ante un órgano de la jurisdicción penal, y aun cuando el título de imputación se sustente en un incumplimiento de supervisión de explotación y empresas, ello es similar al incumplimiento de las obligaciones de "compliance" para las personas jurídicas, por lo que el sistema de atribución de responsabilidad es idéntico al de España, pero es que además , según hace constar en la Comunicación de 13 de julio de 2018, va a continuar la instrucción contra los responsables de la empresa, por tanto, con independencia de la calificación jurídica los hechos están siendo investigados penalmente en Alemania».

El texto de la sanción que transcribe en su escrito de impugnación la representación de Volkswagen avala esa conclusión, al establecer un vínculo entre el incumplimiento del deber de supervisión por parte del Jefe principal del servicio EAS de aquella, y las sucesivas actuaciones delictivas a través de la instalación y consiguiente ocultación del software malicioso. Una responsabilidad que surge de un régimen parangonable con el que prevé el artículo 31 bis y ss del CP, y que ha abocado a la imposición de una multa que, por su severidad, denota un indiscutible carácter sancionador. Proyectado todo ello sobre los parámetros de ponderación que la jurisprudencia europea sugiere, nos permite concluir que la multa administrativa alemana responde a idéntico fundamento y despliega la misma eficacia que la que sería imposible

en España en aplicación del artículo 31 Bis y ss del C.P., de cara a tener por cumplida también la tercera de las identidades sobre las que se construye el *ne bis in ídem*. Además del carácter penal de la investigación seguida por la Fiscalía de Braunschweig en relación a las personas físicas.

El motivo se desestima.

**TERCERO:** El segundo motivo de los formulados por la acusación particular acumulada 1, también por el cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, enuncia infracción de los artículos 23.1, 9.6 y 11 de la LOPJ, en relación con los artículos 30.5º y 31.3º de la Ley 16/2015 de 26 de mayo, por la que se regula el estatuto del miembro nacional España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior y el artículo 8 de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

Sostiene que se ha vulnerado el procedimiento previsto para la sustanciación de los conflictos de jurisdicción a través de Eurojust, previsto en la Ley 16/2015, de 25 de mayo. Que las autoridades alemanas no han suministrado la suficiente información en cuanto que no han facilitado datos sobre las personas investigadas, no han relacionado el soporte probatorio con el que cuentan, ni informado sobre la fase en que se encuentra el proceso alemán. Tampoco se han interesado por el contenido de la investigación española ni sobre las víctimas.

Que la solicitud emitida por la Fiscalía Alemana es un simple ofrecimiento para asumir la causa, que no cumple con los requisitos de fondo ni de forma que establecen los textos internacionales en el ámbito de cooperación dentro de la UE.

Coincide en su planteamiento con el primero y parcialmente con el segundo de los motivos planteados por la recurrente FACUA.

1. La Ley 16/2015, de 7 de julio, incorporó al ordenamiento jurídico español las previsiones contenidas en la Decisión Marco 2009/948/JAI del

Consejo, de 30 de noviembre, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, y adapta al ordenamiento jurídico la Decisión 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008, que reforzó Eurojust y modificó la Decisión 2002/187/JAI que lo había creado.

Esta última, la decisión del Consejo de 28 de Febrero de 2002 por la que se creó Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, en línea con el artículo 85 de Tratado, atribuyó a esta unidad el impulso de la coordinación de las investigaciones judiciales que afectasen a dos o más Estados; la misión de facilitar la ejecución de las solicitudes de cooperación o extradiciones que se soliciten; así como prestar apoyo a las autoridades judiciales competentes en la búsqueda de una mayor eficacia en sus actuaciones y específicamente se refiere a la misión de favorecer la resolución de conflictos de jurisdicción, en los términos que le atribuyó el artículo 85 del Tratado. Una labor de mediación que la ulterior Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre, potenció, en cuanto que estableció una obligación de consulta y comunicación entre los Estados miembros con investigaciones paralelas, con el objetivo de adoptar consensos que evitaran los efectos adversos de una doble investigación, incluida la posibilidad de concentrar el procedimiento en un solo Estado. Como investigaciones paralelas deben entenderse, según el artículo 3 de la Decisión Marco «los procesos penales, incluidas la fase previa al juicio y la del juicio, que se están tramitando en dos o más Estados miembros por los mismos hechos que impliquen a la misma persona». Tras esa fase de consultas, de no haberse alcanzado el acuerdo entre las autoridades implicadas, la Decisión apuntaba como una de las posibilidades no vinculantes, la de acudir a Eurojust.

Y ese es el modelo que reproduce la Ley 15/2016, al establecer un sistema de consultas o contacto entre autoridades de los distintos Estados, que deben instar las autoridades españolas cuando alberguen la sospecha de un posible conflicto de jurisdicción. En concreto el artículo 30 establece los presupuestos y requisitos de la solicitud de contacto con las autoridades de otro Estado, que debe cursar el órgano judicial que conozca de la instrucción o del enjuiciamiento de un proceso penal en España, o el Ministerio Fiscal si se trata de diligencias de investigación sustanciadas en la Fiscalía, cuando

aprecien indicios suficientes de que en otro Estado miembro, se está tramitando un proceso penal, ya sea en fase de instrucción o de enjuiciamiento, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos. Solo si a través de ese inicial contacto no se alcanza el consenso, podrá, en su caso, trasladar el asunto a Eurojust si se tratara de materia incluida en el ámbito de sus competencias, incluso, si no hubiera acuerdo, solicitar al miembro nacional español que inste un dictamen escrito no vinculante del Colegio de Eurojust (artículo 32.2).

2. El alcance estrictamente vinculante de los presupuestos que respecto a ese contacto inicial compendia el artículo 30 de Ley 16/2015, a los que aluden los recursos, queda matizado cuando el apartado 3 del mismo exceptúa la necesidad de expedir tal solicitud, en caso de que ya se hubiera informado por otros medios de la existencia de un eventual conflicto de jurisdicción a la autoridad competente que lo estuviera tramitando, en iguales términos que el artículo 5, apartado 3 de la Decisión Marco. Si el procedimiento de contacto no se aplica cuando ya se haya informado por otros medios a las autoridades competentes que estén tramitando procedimientos paralelos de la existencia de dichos procedimientos, que quiere decir que el contacto puede sustanciarse por otra vía.

En cualquier caso, lo que resulta obvio es que, se opte por el contacto que prevén expresamente los artículos 30 de la Ley 16/15 y el artículo 8 de la decisión Marco o por otro, lo relevante es que se haya producido un contacto entre las autoridades de ambos Estados. Y que este haya propiciado el intercambio de cumplida información respecto a lo que constituye en cada caso el objeto del proceso, y su estado, como elementos de ineludible conocimiento de cara a ponderar, de un lado, el riesgo que su tramitación separada implica para el principio *ne bis in ídem* en los términos que hemos acotado, y de otro, cual es la autoridad que se encuentra en mejores condiciones para asumir la instrucción y enjuiciamiento de la causa.

La lectura del auto ahora recurrido y del dictado por el Juez Central de instrucción permite comprobar que la Fiscalía de Braunschweig comunicó a las autoridades judiciales españolas el objeto de su investigación: la manipulación del software instalado en los motores EA 189 instalados en 11 millones de vehículos fabricados por la empresa alemana Volkswagen AG, comercializados

a nivel mundial, y entre ellos los matriculados en España, con inclusión de la investigación acerca de la responsabilidad que pudiera tener en tales hechos la entidad "Robert Bosch CmbH", en su calidad de proveedor de centralitas que controlaban el citado software.

Se hace constar, igualmente, que la Fiscalía alemana ofreció a las autoridades judiciales españolas la persecución penal en tal país de los vehículos vendidos en España, al tratarse de idénticos hechos los aquí y allí investigados. Al igual que informó acerca de los varios registros practicados, a través de los que se había logrado la incautación de abundante documentación informática. También contó que la investigación alemana había permitido señalar a empleados responsables de la "Volkswagen AG" en la sede de Wolfsburg como los que tomaron la decisión delictiva, añadiendo que los sucesivos empleados, vendedores o importadores no consta que tuvieran conocimiento de la manipulación. Y que también investigan la participación en los hechos del proveedor "Robert Bosch GmbH", cuya sede también se encuentra en tal Estado.

Elementos suficientes para sustentar la decisión que los recursos combaten. El hecho de que no se haya identificado nominativamente a ninguna persona física como imputada, carece de la trascendencia que el recurso le otorga, desde el momento en que en las diligencias seguidas en España ninguna persona física ha sido incorporada al proceso con el estatus de investigada. De igual manera no puede sostenerse que las víctimas de los hechos investigados en España se pudieran ver preteridas, cuando expresamente se garantiza que la investigación abarca la de los vehículos que fueron vendidos en nuestro país.

**CUARTO:** El tercero de los motivos del recurso de la acusación particular agrupada 1, invoca el artículo 839.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación y vulneración de los artículos 23, 9.6 y 11 de la LOPJ, en relación con el artículo 32. 5º de la Ley 16/2015 de 26 de mayo, por la que se regula el estatuto del miembro nacional España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del

Ministerio de Justicia en el exterior. Este motivo coincide en su planteamiento con el tercero de los formalizados por FACUA.

Sostienen los recurrentes que la resolución recurrida incumple el artículo 32.5 de la Ley 15/2016 en cuanto que, con arreglo a los criterios que la misma fija, el conflicto de jurisdicción debe de ser resuelto a favor de nuestro país. Realizan un repaso pormenorizado de los criterios que el mencionado precepto establece, y a su juicio, en cada uno de ellos aflora esa preferencia que reivindican. Aducen que la mayoría de las mercantiles investigadas (SEAT S.A, Volkswagen-Audi España S.A, Volkswagen Navarra S.A) y Volkswagen AG, tienen su sede social, desarrollan su actividad y tributan en España. Que según informan las autoridades alemanas, contra Volkswagen Alemania ya no se prosigue la investigación penal al haber sido impuesta una multa. Respecto al lugar de comisión, entienden que la mayoría de las acciones encajables en el tipo han tenido lugar en España, los vehículos se montan aquí, y aquí también se ensamblan, se homologan, se publicitan, se venden, se recibe el dinero y se pagan impuestos por esa venta. Además, aquí se persiguen los delitos de publicidad engañosa y de daños medioambientales. Minimiza la importancia de las fuentes de prueba una vez Volkswagen ya ha reconocido que ha manipulado los motores. Añaden que las garantías de las víctimas españolas serían inexistentes si se manda el procedimiento a Alemania, pues «los afectados se verían privados de recibir algún tipo de información sobre la causa penal, pues la distancia geográfica, la diferencia lingüística y lo complejo del procedimiento harían esto imposible. Y ello, por no hablar de los elevados costes que podría suponer la personación de las personas físicas afectadas en Alemania»

En cuanto a la fase en que se encuentran ambos procedimientos, insinúan que la investigación alemana necesariamente ha de estar en una fase muy primaria ya que han negado comisiones rogatorias y solicitudes de cooperación judicial. Y finalmente insiste que la condena que se ha impuesto a Volkswagen ha sido administrativa.

Respecto a la ubicación del acusado, proyectan su interés en la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas radicadas en España. Y destacan que existen «una serie de indicios contra altos directivos en España», que sin embargo no especifican. A lo que añade la dificultad que remitir el

procedimiento a Alemania implicaría de cara a los posibles testigos radicados en España, o la ralentización que derivaría para la causa.

1. La cesión de jurisdicción no supone una renuncia a la persecución penal de unos hechos, sino declinar la misma a favor de las autoridades judiciales de otro Estado, en la consideración de que se encuentran en mejores condiciones para llegar a desentrañar lo ocurrido y depurar las respectivas responsabilidades. Admitido que no pueden tener lugar dos procesos penales con el mismo objeto, se pretende a través de procedimientos homologables en cuanto a principios y garantías procesales básicas, enervar el riesgo de vulneración del principio *ne bis in ídem* en el caso de que se lleven procesos paralelos, pero también que la falta de coordinación aboque al fracaso alguna de las investigaciones. Por lo que, desde la óptica de la tutela judicial efectiva, el interés de las víctimas constituidas en acusación particular en la persecución penal queda garantizada. También las expectativas de obtener la correspondiente reparación tanto de aquellas como otros posibles afectados por la adquisición en nuestro país de vehículos que tuvieran instalado el software fraudulento no personadas, en cuanto la investigación que se sigue en Alemania abarca la totalidad de los vehículos mundialmente comercializados, incluidos los que lo fueron en España.

La esencia de la decisión, que está basada en el principio de confianza mutua, radica pues en dilucidar qué jurisdicción nacional se encuentra en mejores condiciones para asumir esa investigación conjunta,

A tal fin, el artículo 32.5 de la L15/2016 establece una serie de criterios que deben complementarse con los contenidos en otros instrumentos internacionales. A todos ellos se refieren tanto el auto de 23 de noviembre de 2018 dictado por el Juzgado Central de instrucción, como los pronunciados por la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional, desestimando los recursos interpuestos contra aquel. Entre otros, la Decisión Marco 2008/84 I/JAI sobre lucha contra la delincuencia organizada (artículo 7.2), ); la Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (exposición de motivos), o el conocido como Libro Verde de la Comisión sobre conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in ídem* en los procedimientos penales, cuyo objetivo fue -en palabras

del propio documento- abrir un amplio proceso de consulta con las partes interesadas en los conflictos de jurisdicción en materia penal, proceso en el que también se trataría del principio *non bis in ídem*, detectando problemas y apuntando soluciones de importante calado desde el punto de vista de *lege ferenda*.

Lo que se pretende a través de los criterios fijados es determinar en caso de conflicto, cual debe ser la jurisdicción que se encuentra en mejor situación para acometer el proceso. Los del artículo 32.5 de la Ley 15/2016 se concretan en : a) la residencia habitual y nacionalidad del imputado; b) el lugar en el que se ha cometido la mayor parte de la infracción penal o su parte más sustancial; c) jurisdicción conforme a cuyas reglas se han obtenido las pruebas o lugar donde es más probable que éstas se obtengan; d) el interés de la víctima; e) el lugar donde se encuentren los productos o efectos del delito y jurisdicción a instancia de la cual han sido asegurados para el proceso penal; f) fase en la que se encuentran los procesos penales sustanciados en cada Estado miembro; g) Tipificación de la conducta delictiva y pena con la que ésta viene castigada en la legislación penal de los distintos Estados miembros implicados en el conflicto de jurisdicción.

Estos criterios coinciden en lo esencial con los que fijan otros instrumentos internacionales. Responden a las líneas que marcó el informe anual de Eurojust del año 2003 como conclusiones de la reunión de expertos jurídicos que promovió con el objeto de fijar líneas comunes que sirvieran de pauta para determinar qué jurisdicción debía considerarse preferente en el caso de que sugieran conflictos de jurisdicción. Iniciativa en la que participaron todos los Estados miembros de la UE en aquel momento y de la mayoría de los países que tenían prevista de la próxima ampliación, así como representantes de la Comisión, de la Secretaría del Consejo, de Europol y de OLAF. Ese informe parte de un inicial criterio de territorialidad que se proyecta sobre el lugar donde se hayan producido los hechos y la mayor parte de sus efectos, y de la idea fuerza de tratar de unificar en un solo proceso los que pudieran existir sobre los mismos hechos en las distintas jurisdicciones nacionales. Sugiere a tal fin como elementos de contraste y consideración el lugar donde se encuentre el acusado; las posibilidades de que el mismo sea localizado y sometido al proceso, incluida

la extradición o transmisión de procedimiento; la protección de testigos; la disponibilidad del material probatorio; el interés de las víctimas, o la previsible duración del proceso. También propone como pauta hermenéutica la posible penalidad de los hechos, si bien aclarando que el interés radica no también en la mayor cantidad de pena, como en que la que se imponga refleje la gravedad de la actividad delictiva objeto de enjuiciamiento.

Precisamente este informe de Eurojust es invocado como referente por la Decisión Marco 2009/948/JAI sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales, cuando en su considerando 9 señala «al intentar alcanzar un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de la tramitación de procedimientos paralelos en varios Estados miembros, las autoridades competentes deben tener presente que cada caso es especial y que se deben considerar todos los elementos de hecho y de derecho. A fin de alcanzar un consenso, las autoridades competentes deben considerar los criterios pertinentes, entre los que se pueden incluir los que figuran en las Directrices publicadas en el Informe anual de Eurojust 2003 y que se orientaban a las necesidades de los profesionales del Derecho, y tener en cuenta, por ejemplo, el lugar en que se cometieron la mayor parte de los hechos delictivos, el lugar en que se sufrió el mayor perjuicio, el lugar en que se encuentra el sospechoso o imputado y las posibilidades de garantizar su entrega o extradición a otras jurisdicciones, la nacionalidad y el lugar de residencia del sospechoso o imputado, los intereses importantes de las víctimas y testigos, la admisibilidad de las pruebas y cualquier retraso que pueda producirse».

Por su parte, la Decisión Marco 2008/84 I/JAI relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, propone en su artículo 7.2 como criterios para determinar qué jurisdicción se encuentra en mejores condiciones para asumir la investigación y enjuiciamiento de una causa: a) el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos; b) el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente; c) el Estado miembro de origen de las víctimas; d) el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor.

También el Convenio Europeo de Transmisión de Procedimientos en Asuntos Penales de 15 de mayo de 1972 incorpora en su artículo 8 una serie

de criterios de lo que, en su ámbito de aplicación, puede entenderse como jurisdicción mejor posicionada y como tal requerida para que instruya un procedimiento: que el sospechoso sea nacional o residente del Estado; que los principales elementos de prueba se hallen en el mismo; que no sea probable lograr la comparecencia del sospechoso en el Estado requirente y, en cambio, sí sea posible en el Estado requerido; o que el Estado requirente no pueda ejecutar una eventual condena y sí pueda ejecutarla, en cambio, el Estado requerido. Que este Convenio no haya sido ratificado por Alemania, no devalúa su valor referencial, pero si abre las puertas a la aplicación del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, cuyo artículo 21 establece la materialización del traslado de procedimientos a través de la interposición de denuncia por la autoridad competente de un Estado ante la correspondiente del otro Estado. Esta denuncia, conforme al artículo 6 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados miembros de la UE de 29 de mayo de 2000, faculta para la transmisión directa entre autoridades competentes. Y son precisamente estos dos convenios los que sustentan la decisión de cesión que revisamos, una vez materializados los correspondientes contactos entre las autoridades de ambos países. El Convenio del 59, complementado por Schengen y sobre todo por el artículo 6.1 Convenio 2000 entre Estados de la UE (tal como indica su informe explicativo (DOCE C 379/12, 29.12.2000) contemplan la transmisión mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales competentes.

2. Con arreglo a las pautas hermenéuticas que fluyen de los textos analizados, hemos de concluir que en este caso, como confirmaron las resoluciones recurridas, la jurisdicción alemana se encuentra en mejores condiciones para acometer la investigación de los hechos. Según ha informado la Fiscalía de Braunschweig en diversas comunicaciones, sus investigaciones les han permitido en principio concluir, que fueron los responsables de la Volkswagen A.G. con sede en Wolfsburg quienes indiciariamente tomaron la decisión presuntamente delictiva en relación a los motores, sin que hubiera constancia de que los sucesivos empleados, vendedores o importadores tuvieran conocimiento de la manipulación. La Fiscalía de Braunschweig ha conseguido la condena de la mercantil «Volkswagen, A.G.» como persona jurídica, lo que cerraría la posibilidad de su imputación en España. También las

autoridades alemanas investigan la participación en los hechos del proveedor «Robert Bosch GmbH», cuya sede también se encuentra en tal Estado.

Estos datos no solo alejan de nuestro territorio el centro de decisión respecto al diseño y ejecución de la estrategia defraudatoria, sino también posibilidades de efectiva intervención en la misma por parte de las filiales que vendieron los vehículos en España. A este respecto los recurrentes aducen a que existen indicios contra altos directivos en España, sin embargo ni identifican a persona alguna, ni especifican cuales sean los elementos de incriminación que apuntan.

Ante tales alegaciones opone la representación de Volkswagen GROUP, con remisión a la documental incorporada a las actuaciones, que ninguno de los motores EA189 EU5 que se instalaron en los vehículos Volkswagen comercializados aquí, fueron fabricados en las factorías españolas, que incluso tenían vedada su reparación. De detectarse deficiencias en los mismos, tales motores debían ser devueltos a sus factorías de origen y eran los técnicos de la matriz los únicos autorizados para su manipulación. Incluso sostiene que existe documentación contractual que así lo respaldaba en relación a la empresa Seat. Ciertamente es que se trata de una referencia tan genérica que no permite su expresa comprobación, pero resulta significativo que, pese a que la causa estuvo activa desde el momento de su incoación con la práctica de diversas diligencias de investigación, no se haya podido incorporar con el estatus de investigada a ninguna persona física a la que, con el alcance indiciario que el momento procesal exige, pudiera atribuirse una intervención consciente en los hechos, lo que desvanece las expectativas respecto a la responsabilidad de las empresas SEAT S.A, Volkswagen-Audi España S.A, Volkswagen Navarra S.A), filiales españolas de Volkswagen AG, que, recordemos, como persona jurídica ya ha sido sancionada en Alemania, con las implicaciones que ello tiene en relación con el principio *ne bis in idem*.

En cualquier caso, debe tomarse en consideración que la comunicación remitida por la Fiscalía alemana de fecha 18 de octubre de 2018 aseguró «en tanto que el procedimiento español debiera instruirse contra personas que hasta la fecha aún no figuren como acusados en el sumario de aquí, éstas serían agregadas posteriormente como acusados. La Fiscalía de Braunschweig

se hará cargo pues, atendiendo a su solicitud, de la totalidad del procedimiento español en lo que respecta a todas las personas allí investigadas».

3. En Alemania pues se han cometido los hechos y allí tiene su sede la mercantil Volkswagen A.G., y allí se encuentran las personas físicas que, según las investigaciones llevadas a cabo, pudieran tener alguna participación en los hechos objeto de investigación. En España por el momento ni se han identificado personas físicas, directivos o empleados, responsables de la supuesta manipulación, ni tampoco la concreta actuación de alguna que, aunque no identificada, pudiera ensamblar la responsabilidad de las filiales que como personas jurídicas han sido llamadas al proceso.

Desde el punto de vista de la prueba, ya hemos adelantado que la hasta ahora obtenida en España ha aportado elementos de cargo tan difusos, que no han permitido identificar a persona física que haya sido incorporada al proceso como hipotético responsable penal, hasta el punto que la resolución recurrida aventuró como posible desenlace el del sobreseimiento. Por el contrario, en Alemania se han practicado diversos registros en varias sedes de la mercantil, fruto de los cuales se ha obtenido una abundante documentación que está siendo objeto de análisis por las autoridades alemanas. La propia Fiscalía de Braunschweig manifestó en su escrito de 30 de enero de 2018 la imposibilidad de cumplimentar las solicitudes de cooperación judicial cursadas en el marco de las presentes actuaciones, debido a que la documentación informática incautada era muy cuantiosa y, hasta su completo análisis, no podía ser tramitada. La dependencia probatoria del procedimiento español respecto al que se sigue en Alemania queda patente en la necesaria expedición de solicitudes de cooperación judicial hacia aquel país en solicitud de variada información.

El interés de las víctimas queda protegido, en cuanto que la investigación de la Fiscalía alemana, además, incluye los vehículos comercializados en España, pues así lo comunicó el 13 de julio de 2018 al asumir el procedimiento penal español. Dada la comunicación de la Fiscalía alemana de 13 de julio de 2018 por la que asume la persecución penal del procedimiento español y también que su procedimiento incluye los vehículos que han sido comercializados en España, queda salvaguardado el ejercicio de la acción

penal en nombre de los perjudicados españoles, titulares de los vehículos afectados, sin perjuicio de lo cual, podrán ejercitar en España las reclamaciones civiles en orden a la reparación de los daños sufridos.

En cuanto a las diferentes posibilidades de tipificación de los hechos con arreglo al derecho sustantivo de ambos países, más allá de la creciente armonización entre los distintos textos penales, recordemos que ya avanzó el STJUE *Gözütok y Brügge* de 11 de febrero de 2003, C-187/01 y C-385/01 de que en la UE «los Estados miembros tienen confianza recíproca en sus sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos reconoce la vigencia de la ley penal en los otros Estados, incluso cuando el resultado fuera diferente si su propia ley fuera aplicada».

**QUINTO:** En este punto conectamos con el cuarto de los motivos esgrimidos por cada uno de los recursos que denuncian la inaplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (arts. 1, 3, 4, 7, 11 y 17) e indebida aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (arts. 3, 5, 10 y 33).

Entienden los recursos que la decisión adoptada vulnera los derechos de las víctimas a recibir información adecuada y a participar en los procesos penales. Admite que se trata de garantías que dimanar de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En concreto, se destaca que esta última faceta emerge cada vez con mayor protagonismo en los países de nuestro entorno. Y aduce que en este nuestro caso, la forma de cesión de la instrucción a la Fiscalía alemana supone una vulneración de la normativa citada pues ni se explica, ni se ha realizado ninguna actuación para la salvaguarda de estos Derechos, los cuales se han visto vulnerados por la incorrecta aplicación de las disposiciones contenidas en la legislación protectora de la víctima y, con ello, la garantía de tutela judicial efectiva.

Ya hemos señalado con reiteración que las autoridades alemanas han garantizado la tutela de los intereses de las víctimas que los hechos hayan

podido provocar en España, pues incluyen en su investigación todos los vehículos comercializados aquí, con incorporación incluso, como acusados en el sumario a aquellas personas cuya implicación derive de las actuaciones seguidas en España. Con independencia de que el procedimiento penal alemán no incluya con carácter general, aunque si en algunos supuestos (artículos 403 a 406 del Código Procesal Penal Alemán), el ejercicio de acciones civiles, el derecho a ver satisfechas sus pretensiones penales queda salvaguardado con el ejercicio de la acción penal pública, en relación a todos los vehículos que fueron adquiridos en España. En cualquier caso, los perjudicados podrán ejercitar en España, si a su derecho interesa, las acciones civiles oportunas en reclamación de los perjuicios derivados de los hechos, en consonancia con el criterio mantenido en la reciente sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-343/19.

La indefensión a la que se alude como consecuencia del traslado del procedimiento español, únicamente podría justificarse si Alemania no gozara de una legislación que garantizara los derechos que la Directiva 2012/29/UE proclama, a los que los recursos remiten. La normativa comunitaria que se invoca despliega su efectividad tanto en España como en Alemania. Y Alemania, como Estado Miembro de la Unión Europea, está obligado al igual que España a incorporar el contenido de las Directivas a su derecho nacional. Todo ello desde la perspectiva del principio de confianza mutua que inspira el marco de relación en el espacio en el «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia».

Por último, la referencia que los recursos contienen a la supuesta indiferencia de las autoridades alemanas respecto al procedimiento desarrollado en España por considerar innecesaria su traducción, no es más que la tergiversación de lo que solo puede interpretarse como una manifestación de cortesía en el empeño de agilizar el consenso. Por el contrario, en sus comunicaciones con el Juzgado Central, la Fiscalía de Braunschweig ha reiterado que el procedimiento alemán se extiende a los más de once millones de vehículos equipados con motores EA189 distribuidos por todo el mundo, y también, en consecuencia, de los vendidos en España. Y no

descartó que pudieran encargarse a posteriori las traducciones necesarias (comunicación de 13 de julio de 2018).

**SEXTO:** Resta por dar respuesta a la petición que la representación formulada por la representación procesal de la que hemos denominado Acusación Particular Agrupada 1 (AP1) al adherirse al que fue interpuesto por la Asociación de consumidores y usuarios «CONSUMIDORES EN ACCIÓN – FACUA», a fin de que esta Sala eleve cuestión prejudicial al TJUE.

Entiende, en esencia, la recurrente que la Fiscalía de Braunschweig no reviste la condición de autoridad competente en los términos exigidos por la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 -sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales- y la Ley 16/2015, de 7 de julio por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior. Arguye que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias de 27 de mayo de 2019 (C-508/18, C-82/19 y C-509/18) ha desestimado la potestad de las fiscalías alemanas para poder emitir Órdenes Europeas de Detención, al estar expuestas a la falta de imparcialidad por su sujeción al Poder Ejecutivo. Y sostiene que la Fiscalía alemana carece de la necesaria imparcialidad a la hora de enjuiciar y sobre todo para sancionar, especialmente en atención a la trascendencia que una eventual condena penal por los hechos objeto de investigación acarrearía a la economía alemana, dada la relevancia que a tales efectos corresponde a la empresa Volkswagen.

En segundo lugar, alega que tampoco concurre la duplicidad de procedimientos penales que exigen el artículo 32.5 de la Ley 16/2015, de 7 de julio y el 1 de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009, porque la investigación que se sigue en Alemania es de carácter administrativo. Y al hilo de ello solicita que se evacue la oportuna consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronuncie sobre si el procedimiento administrativo sancionador seguido en Alemania contra

Volkswagen Ag tiene la consideración de procedimiento penal de conformidad con el sentido recogido en la Decisión Marco 2009/948/JAI.

Cuestiones ambas que se solicita sean sometidas el escrutinio del TJUE.

1. Cuando se suscita una controversia en la interpretación del Derecho comunitario ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, como sucede en el presente caso, incumbe al mismo someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que el debate surgido no es pertinente, que la disposición comunitaria de que se trate haya sido ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna (por todas, STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Cilfit*).

En este caso no apreciamos la necesidad de plantear cuestión prejudicial alguna al TJUE, pues la dudas que el recurrente plantea quedan disipadas a la luz de la normativa aplicada y la jurisprudencia del propio Tribunal.

2. Comenzando por el segundo de los extremos planteados, el solicitante confunde el procedimiento relativo a la sanción ya impuesta a la entidad Volkswagen AG, a razón de su responsabilidad corporativa como persona jurídica, con la investigación en curso propulsada por el Fiscalía Braunschweig, en cuyo marco se ha solicitado la cesión de jurisdicción. A la primera nos hemos referido en orden a valorar su idoneidad para conformar presupuesto del principio *ne bis in ídem*, de acuerdo con la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJUE. Y a lo allí dicho nos remitimos para no incurrir en innecesarias reiteraciones. Se trata efectivamente de un procedimiento y subsiguiente sanción administrativa, lo que no es óbice para entender, a la luz de la jurisprudencia citada (entre otras SSTJUE de 26 de febrero de 2013, caso *Ákerberg Fransson*, C-617/10; de 5 de junio de 2012, caso *Bonda*, C-489/10; o la de 20 de marzo de 2018, caso *Menci*, C-524/2015) que concurre la identidad de fundamento y eficacia que vetaría la condena penal en España a la misma compañía ex artículo 31 bis CP y ss.

Por otro lado, ninguna duda cabe de que la investigación sostenida por la Fiscalía de Braunschweig, en el curso de la se ha solicitado la cesión de jurisdicción, reviste carácter penal, claramente lo indica así la propia autoridad solicitante.

3. Por lo que respecta al cuestionamiento de la idoneidad de la Fiscalía de Braunschweig como autoridad judicial a los efectos de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, el recurrente desenfoca el alcance de la cuestión.

Con arreglo al artículo 3, letra b), de la Decisión Marco 2009/948/JAI, «autoridad competente» es «la autoridad judicial u otra autoridad que, con arreglo a la legislación de su Estado miembro, es competente para ejecutar los actos contemplados en el artículo 2, apartado 1».

El citado precepto, al definir el objeto y el ámbito de aplicación de la Decisión Marco, se refiere al procedimiento de establecimiento de contacto entre autoridades competentes de los Estados miembros -letra a)- y al intercambio de información entre ellas, mediante consultas directas, cuando tramiten procesos penales paralelos relativos a unos mismos hechos que impliquen a la misma persona -letra b)-.

Ya hemos explicado que la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, diseña un mecanismo de contacto entre los distintos Estados de la Unión con el objetivo de adoptar consensos que eviten los efectos adversos de una duplicidad de procedimientos por unos mismos hechos frente a la misma persona y consiguiente afectación del principio *ne bis in ídem*. Y ello en cualquier fase del procedimiento, es decir, tanto en fase de instrucción («fase previa al juicio») como a la de juicio oral -artículo 3, letra a)-.

Cierto es que la STJUE de 27 de mayo de 2019 (C-508/18, C-82/19 y C-509/18), ha rechazado la potestad de la Fiscalías alemanas para emitir órdenes europeas de detención, al considerarlas expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo. Ahora bien se trata de un pronunciamiento que proyecta sus efectos respecto al citado instrumento, en cuanto manifestación del ejercicio de la jurisdicción que reclama la garantía judicial del derecho a la libertad personal

de los afectados. La citada sentencia reproduce pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal, con arreglo a los cuales el término «autoridad judicial», no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, «sino que deben entenderse en el sentido de que designan, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, a diferencia, de los ministerios o de los servicios de policía, que forman parte del poder ejecutivo (veánse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:2016:858, apartados 33 y 35 y *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C2016:861, apartados 34 y 36).» (50).

Si bien, cuando de orden de detención se trata, matiza, «(68) Tratándose de una medida que, como la emisión de una orden de detención europea, puede afectar al derecho a la libertad de la persona en cuestión, consagrado en el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esa protección exige que se adopte una resolución conforme con las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, cuando menos en uno de los dos niveles de dicha protección.

(69) De ello se sigue que, cuando el Derecho del Estado miembro emisor atribuye la competencia para emitir órdenes de detención europea a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de ese Estado miembro, no es un juez o un tribunal, la resolución judicial nacional, como una orden de detención nacional, en la que se fundamenta la orden de detención europea debe satisfacer, por su parte, tales exigencias.

(70) El cumplimiento de estas exigencias permite así garantizar a la autoridad judicial de ejecución que la decisión de dictar una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales se basa en un procedimiento nacional sujeto a control judicial y que la persona objeto de esa orden de detención nacional ha disfrutado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resoluciones, en particular las derivadas de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales a los que hace referencia el artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584».

Es decir, la decisión que niega la consideración de autoridad judicial a la Fiscalía alemana, se basa en el contenido jurisdiccional de la orden de detención, en cuanto medida que afecta a la libertad personal, sin que sus

consideraciones sean extensibles a supuestos totalmente diferentes, como los que se proyectan sobre la fase de instrucción o investigación.

Tal y como se han encargado de resaltar en sus respectivos escritos las representaciones de “Volkswagen Group España Distribución, S.A.” y “Volkswagen AG”, la Decisión Marco 2009/948/JAI pone en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal (considerando 2), que, a su vez, se sustenta en el principio de confianza mutua entre los distintos Estados miembros.

En palabras ya citadas de la sentencia de 11 de febrero de 2003, casos acumulados de *Gözutok* C-187/01, y *Brügg*, «los Estados miembros tienen confianza recíproca en sus sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos reconoce la vigencia de la ley penal en los otros Estados, incluso cuando el resultado fuera diferente si su propia ley fuera aplicada». Lo que supone que todos ellos aceptan que los demás Estados miembros disponen, en el uso de su soberanía en materia penal, de sistemas de justicia criminal plenamente asumibles porque responden a los principios del Estado de Derecho y respetan los derechos fundamentales, tal y como la propia Decisión Marco se encarga de recordar en su considerando 20.

La propia sentencia STJUE de 27 de mayo de 2019 (C-508/18, C-82/19 y C-509/18), en su fundamento (60) afirma, «una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal, para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal participa en la administración de la justicia del Estado miembro de que se trate». Lo que proyectado sobre el ámbito de aplicación del instrumento que nos ocupa, la Decisión Marco 2009/948/JAI, impide cuestionar la idoneidad de la Fiscalía alemana como autoridad competente en relación a la misma.

Ya hemos explicado que la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, diseña un mecanismo de contacto entre los distintos Estados de la Unión con el objetivo de adoptar consensos que evitaren los efectos adversos de una duplicidad de procedimientos por unos mismos hechos frente a la misma persona y consiguiente afectación del principio *ne bis in ídem*. Y ello en cualquier fase del procedimiento. En nuestro caso, en el

momento de formularse la petición por parte de Fiscalía de Braunschweig, tanto el procedimiento alemán como el español se encontraban en fase de instrucción.

En el sistema procesal alemán, el ejercicio de la acción pública corresponde a las fiscalías, sometidas al principio de legalidad, de modo que son éstas quienes poseen en exclusiva la competencia para incoar el procedimiento penal y presentar el correspondiente escrito de acusación ante el órgano jurisdiccional, el cual no puede actuar de oficio; y tras lo cual inicia la fase intermedia a la que sigue la fase principal con la preparación y celebración de la vista,

En la fase preparatoria, de investigación o de instrucción, como prefiera denominársele, no cabe que conozca un órgano jurisdiccional, sólo el Ministerio Público tiene la facultad de iniciar, desarrollar y culminar esta fase.

En relación a la designación de autoridades competentes a la hace referencia el artículo 4.1 Decisión Marco 2009/948/JAI, el documento 8437/12 (COPE 79, EJ 22, EUROJUST 27) de 2 de abril, donde Alemania notifica al consejo la implementación de la Decisión Marco, cuya versión original solo existe en inglés, expresamente indica que las autoridades competentes en el sentido del apartado 1 del artículo 4 de la Decisión marco son las fiscalías. Opción secundada por otros estados, pues según informa la Comisión (Doc 10539/14 de 14 de junio) y resulta del estadio de implementación publicado por el Consejo (Doc 5881/4/15 de 22 de julio), también han designado fiscales Austria, Bélgica, Chequia, Finlandia, Holanda, Hungría, Polonia, Rumanía y Eslovaquia.

En lo que afecta a la intervención de Alemania como destinatario de la transmisión de procedimiento que acuerda el auto del Juzgado Central de Instrucción, hay que estar, ya lo hemos señalado anteriormente, al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, en el que Alemania es parte, completado por el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados miembros de la UE de 29 de mayo de 2000. Pues bien, también en relación a aquel Convenio, Alemania designó entre otras muchas autoridades a las Fiscalías de los Tribunales Regionales. La Fiscalía de

Braunschweig, es regional (abarca varios tribunales locales entre ellos Wolfsburg, donde se encuentra la Volkswagen).

La misma sentencia que los recurrentes esgrimen, la tantas veces citada sentencia de 27 de mayo de 2019, caso OG y PI, considera que las fiscalías en Alemania participan en la administración de la justicia penal de su país y desempeñan un papel esencial en el desarrollo del procedimiento penal, creando las condiciones previas para el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales de lo penal de ese Estado miembro (apartados 61 a 63). Afirmaciones que disipan cualquier duda acerca del criterio del TJUE respecto a la idoneidad de aquellas como autoridad competente en la faceta que ahora nos incumbe.

**SÉPTIMO:** En atención a lo expuesto, los recursos interpuestos han de ser desestimados, con la correspondiente condena en costas a los recurrentes (artículo 901 LECRIM)

## FALLO

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

**DESESTIMAR** los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la Acusación Particular Agrupada AP1 y por la Asociación de Consumidores en Acción (FACUA), contra los autos de fecha 6 de marzo de 2019 y 11 de marzo de 2019 dictados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los Rollos 99/19 y 97/19 respectivamente).

Comuníquese a la Audiencia Nacional esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca    Ana María Ferrer García    Pablo Llarena Conde  
Susana Polo García    Javier Hernández García

