

TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA
SECCIÓN: 001
SECRETARÍA: ILMA. SRA. D^a SONSOLES DE LA CUESTA Y DE QUERO
RECURSO: 001 / 0000601 / 2020

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla
NIG: 4109143P20156000237
Nº Procedimiento: Procedimiento Abreviado 1965/2017
Asunto: 100301/2017
Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 133/2016
Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA
(SENTENCIA 490/2019)

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ROBERTO GRANIZO PALOMEQUE, Procurador de los Tribunales y de DON JOSE ANTONIO GRIÑAN MARTINEZ, representación que consta acreditada, comparezco ante el mismo y, como mejor proceda en Derecho, respetuosamente DIGO:

Que recibida la cédula de emplazamiento con testimonio de la sentencia el pasado día 4 de enero de 2020 fue aportada en escrito de personación de 5 de febrero de 2020 y habiendo sido dictado auto de 29 de enero de 2020 por el que se tienen por preparado recurso de casación contra la sentencia dictada en el procedimiento al margen reseñado dictada el 19 de noviembre de 2019, tras ampliación del plazo en Providencia de 17 de febrero de 2020 hasta el 31 de marzo de 2020 a las 15.00 h. posteriormente suspendido como por DA 2^a.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y prórrogas posteriores, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, atendiendo al plazo establecido por **Diligencia de 10 de junio de 2020**, mediante el presente escrito, en tiempo y forma, formalizo la INTERPOSICIÓN de RECURSO DE CASACION por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional contra la Sentencia número 490/2019 de la **Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla**, teniendo aportada en cumplimiento del art. 874 de la LECRIM, la escritura de poder original que acredita mi representación.

ÍNDICE

PREVIO (3-15)

Primero.- Orden de exposición de motivos y prelación de peticiones.

Segundo.- Resumen.

Tercero.- Consideraciones generales.-

I. MOTIVOS DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 DE LA LECRIM.

Motivo I. Primero.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 CP. (17-105)

Motivo I. Segundo.- Infracción por aplicación indebida del art. 432 CP. (106-157)

II. MOTIVOS CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 DE LA LECRIM error en la apreciación de la prueba con significación suficiente para la modificación del fallo, basado en documentos literosuficientes que obren en autos y no han sido contradichos, con nueva redacción de hechos que posibilita una distinta subsunción jurídica.

Motivo II. 1º.- Contexto de los hechos objeto de enjuiciamiento. (161-171)

Motivo II. 2º.- La “gravedad” de apartado DECIMOCTAVO de los Hechos Probados (172-186), el error de la afirmación de la inexistencia de control previo en las Transferencias de Financiación.

Motivo II. 3º.- La supuesta “pasividad” en el “proceder” de JAGM en relación con propuestas de la Intervención General de la Junta de Andalucía. (187-206)

III. MOTIVO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1º DE LA LECRIM.

Motivo III.1º Falta de claridad en los hechos probados, (220-223)

Motivo III 2º. Manifiesta contradicción y (224-226)

IV. MOTIVOS DE CASACION POR INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 852 LECRIM Y 5.4. LOPJ en relación con el principio de legalidad procesal (art. 9 y 25 CE), de tutela judicial efectiva, de presunción de inocencia, del derecho de defensa y del juicio justo en los términos regulados en el art. 24 CE y el CEDH y el PIDCP ex art. 10.2 CE.

Motivo IV.1º. Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (234)

Motivo IV.2º. Lesión del derecho de defensa (235-246)

Motivo IV.3º. Lesión del derecho a la tutela judicial y presunción de inocencia (247-317)

V. SUPPLICO (318)

MOTIVOS DE CASACIÓN, ORDEN Y SUMARIO.

PRIMERO.- Orden de exposición y petición de absolución.-

Orden de los motivos.-

Los motivos del presente recurso han sido ordenados en función de una mayor claridad expositiva, sin que la prelación suponga un orden de relevancia por la importancia de las quejas casacionales que los fundamentan.

En primer lugar expondremos aquellos que por estar basados en argumentos técnico-jurídicos de derecho material, deben desarrollarse dejando incólumes los Hechos Probados.

Seguidamente aquellos que abren la crítica a la valoración probatoria, limitada a pruebas documentales relevantes, aportadas y no contradichas por otras pruebas, que no han sido tomadas en consideración a pesar de que desmienten aspectos relevantes de los Hechos Probados.

En tercer lugar denunciamos respetuosamente la defectuosa redacción de los Hechos Probados, repleta de generalizaciones y lagunas tales que dejan afectado el derecho a la tutela judicial efectiva al dificultar la identificación de actuaciones personalizadas.

Y finalmente se exponen las infracciones de normas constitucionales. Los vicios y gravísimas anomalías asociadas habitualmente al fenómeno de las “macro-causas”, expresión de un derecho penal expansivo, producto de una investigación general que incriminó la actuación política del ejecutivo sobre ayudas socio-laborales, refrendada durante una década por el Parlamento Andaluz. La lesión del derecho de defensa, al utilizar en la condena el destino de los fondos, después de que como cuestión previa esa materia había sido expresamente expulsada del objeto de la prueba del plenario. La infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia por la ausencia en unos casos y la inconsistencia en otros, del iter argumentativo de la convicción de culpabilidad de los distintos elementos de los delitos por los que condena.

Peticiones.- Todos los motivos del recurso pretenden la casación de la sentencia de instancia y el dictado de sentencia absolutoria, incluso el III en tanto se encuentra directamente vinculado a la denuncia de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del Motivo IV Tercero.

SEGUNDO.- Sumario.

MOTIVOS APARTADO I. Infracción de ley del artículo 849.1 LE-CRIM. por infracción de precepto penal de carácter sustantivo.

Interponemos este motivo por entender que los Hechos Probados (en adelante “HHPP”) referidos a JOSE ANTONIO GRIÑAN MARTINEZ, (en adelante “JAGM”) no son subsumibles en el *delito de prevaricación administrativa*¹ porque ni identifican una actuación que pueda tenerse por “resolución”, ni las actuaciones a las que atribuye indebidamente esa cualidad, que vienen enmarcadas en el trámite de la elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos y la tramitación de las solicitudes de modificaciones presupuestarias, no tienen lugar en el seno de un “asunto administrativo”. Todas las actuaciones culminaron siempre con la aprobación de la Ley por Parlamento. Por otra parte, no relatan los HHPP que tales actuaciones contravengan ninguna norma sino que dan curso a lo presupuestado por la Consejería de Empleo en un programa (31.L) haciendo un “*uso inadecuado*” de las transferencias de financiación que posibilitan incumplimientos e irregularidades en la gestión de esos fondos. Además se tiene por probado que las actuaciones atribuidas a JAGM siguieron siempre el criterio de los informes favorables de la Intervención General. Por tanto los HHPP no relatan que JAGM hiciera una aplicación de normas que no pueda tenerse por aceptada en ninguna interpretación admitida, ni

¹ En su versión vigente al momento de ocurrir los hechos que estuvo en vigor desde 24 de mayo de 1996 hasta 30 de junio de 2015 penológicamente más favorable que la vigente en la actualidad. **Artículo 404. [Prevaricación administrativa]** “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.”(La anterior pena no incluía la referencia a ejercicio del derecho al sufragio pasivo y establecía un marco temporal de siete a diez años).

por tanto describen una actuación ilegal, evidente *ictu oculi*. Tampoco pueden tipificarse esas actuaciones en el ámbito de la prevaricación pues no aparecen descritos en el relato, circunstancias, vínculos, referencias, hechos o datos de los que pueda colegirse alguna inclinación o interés, o que albergaran tales actos que tuvieron lugar en el curso normalizado de los Consejo de Gobierno y con el informe favorable de la Intervención, un propósito deliberado y persistente de torcer el Derecho o de imponer a toda costa su voluntad mediante una actuación arbitraria y caprichosa contraria a la ley.

Tampoco encajan los HHPP referidos a JAGM en el *delito de malversación*², pues no establecen la premisa objetiva y necesaria de que tuviera a su cargo por razón de sus funciones los fondos del programa 31.L³, ni que tuviera vínculo, relación o participación alguna en su gestión o administración.

Los HHPP no narran que JAGM sustrajera alguna cantidad de esos fondos para sí, ni que permitiera que otros lo hicieran, pues no identifica relación alguna ni con quienes los gestionaban y administraban, situados en otra dependencia, la Consejería de Empleo, ni con quienes los recibieron.

De otro lado, el Tribunal comenzó el juicio excluyendo el destino de los fondos del objeto de enjuiciamiento (lo que también es tratado en el Motivo IV).

Los HHPP relatan que JAGM pudiera haber asumido como una eventualidad que se pudiera dar a los fondos un *destino distinto al previsto*. Es decir, no llegan a declarar probado, como sería preciso para integrar el delito de malversación, que asumiera la eventualidad de que *ese destino distinto* fuera ser sustraídos por él o que fueran sustraídos por otros.

² En su versión vigente al momento de ocurrir los hechos (texto vigente entre 24 de mayo de 1996 y 30 de junio de 2015). **Artículo 432. [Sustraer caudales o efectos públicos]** “1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.”

³ Sobre cuyo destino la resolución primero advierte que queda fuera del enjuiciamiento para seguidamente aludir al mismo de manera general, dispersa e innominada, a pesar de no haber llevado a cabo prueba en el juicio. Motivo IV. Segundo.

Por tanto en este motivo expondremos la inviabilidad de subsumir los HHPP atribuidos a JAGM en los delitos de prevaricación y malversación continuadas en concurso medial, por los que la sentencia le condena.

MOTIVOS APARTADO II. Infracción de ley del artículo 849.2 LE-CRIM. por haber incurrido en error en la apreciación de la prueba, que puede apreciarse con el cotejo y examen de documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

(Contexto) Error de hecho que también se produce cuando los HHPP omiten, desconocen o resultan incompletos al no incluir datos fácticos-premisa del fallo, por ello relevantes, como es *la dimensión* del programa 31.L enmarcada en la totalidad del presupuesto del que forma parte. Es un dato fáctico necesario para ponerlo en relación con las obligaciones y responsabilidades de JAGM desde su posición como Consejero de Economía y Hacienda. Esta “descontextualización” por esa omisión del montante global resulta *relevante en tanto que afecta al sentido general del relato* e impide conocer la importancia o significación contextual o *relativa* -- cuantitativa y cualitativa -- del programa 31.L como parte del presupuesto. Pueden y deben completarse los HHPP con el contenido de documentos literosuficientes tenidos por el tribunal como prueba y no contradichos. Tal compleción es la que en este motivo se propone.

(Grave situación). Otros documentos de idéntica cualidad (literosuficientes tenidos por el tribunal como prueba y no contradichos) desmienten la afirmación-premisa fáctica crucial incluida entre los HHPP consistente en la existencia de una “*situación grave*” en relación con el uso *inadecuado* de transferencias de financiación en la presupuestación y gestión del programa 31.L.

Se trata de los documentos aportados a la causa que reflejan la actuación, los informes, las salvedades o las calificaciones *de todas* las instancias públicas de control interno y externo de la Junta de Andalucía. Este enorme acervo documental desvela el error fáctico de “la existencia de una grave situación” al dejar

constancia de la inexistencia de mención, alertas, salvedad, advertencia, aviso, Informes de Actuación o de Alcance o cualquier otra comunicación o medio de denuncia, de los previstos legalmente, para identificar y dejar constancia acreditada de la existencia de “una situación grave” o algún riesgo de menoscabo de fondos. Especialmente en relación con aquellos informes o medios de comunicación referidos JAGM que nunca refirieron la existencia de “una situación grave”. Las referencias incluidas en los HHPP a un informe sobre una muestra de las ayudas concedidas en el año 2003 y a otros informes sobre problemas de contabilización derivados del *uso inadecuado* de las transferencias de financiación, no guardan correspondencia ni describen esa premisa-afirmación-fáctica general (“una situación grave”), clave de bóveda, cuya supresión modifica sustancialmente el sentido general al relato de HHPP.

Proponemos la supresión de esta *premisa* fáctica de carácter estructural en el relato la sentencia, a la vista del contenido de documentos literosuficientes identificados y no contradichos.

Vinculado al anterior error de hecho, aparece otro consistente en la afirmación de la inexistencia de control previo en las transferencias de financiación. Expondremos como el Tribunal, omitió la primera parte de un documento (Guías de Fiscalización), como puede comprobarse al cotejar la transcripción parcial del mismo en la sentencia. De tal omisión nace el error fatal como se expondrá detalladamente.

(*Supuesta pasividad*). Es un error de hecho, que puede comprobarse al analizar documentos literosuficientes aportados a las actuaciones y no desmentidos la afirmación fáctica reiterada en los HHPP por la que atribuye a JAGM, al describir su actuación a lo largo de todo el relato, una suerte de *continuismo o seguidismo pasivo*, año tras año, en contraste o a pesar del contenido de los informes y las memorias de control financiero permanente de la Intervención. Los HHPP contraponen expresiones como “*el mismo proceder*” y similares a las indicaciones de las memorias de los informes de control financiero permanente de la Intervención.

Pues bien, se trata de un error de hecho relevante cuya corrección se solicita. Aparece en las actuaciones perfectamente *documentada* la actuación de JAGM entre 2004 y 2009 y a través de la misma es posible comprobar a la vista de esos documentos que, muy al contrario de lo relatado como premisa fáctica, año a año fue informando puntualmente, asumiendo, haciendo suyas y promoviendo a norma de obligado cumplimiento todas y cada una de las indicaciones, sugerencias y mejoras propuestas por la Intervención. Y concretamente, queda documentada su actuación impulsando, en los términos que le fueron indicando esas memorias e informes, la *progresiva o gradual* superación de esa utilización *inadecuada* de las transferencias de financiación, hasta ser finalmente sustituidas por la figura de las encomiendas de gestión.

MOTIVO APARTADO III. Quebrantamiento de forma por defectos en la redacción de los HHPP de la sentencia: falta de claridad y contradicción en los hechos probados, del artículo 851.1º LECRIM.

Los HHPP de la sentencia describen elementos esenciales referidos a la autoría, a la actuación atribuida a JAGM y a su relación con planes, finalidades o propósitos de otros, con expresiones y términos abiertos, polisémicos, ambiguos, genéricos, equívocos, planos y confusos: “participó en la elaboración del presupuesto”, “posibilitó”, “asumió la eventualidad”

La redacción de los HHPP atribuye a instituciones públicas conocimientos, comportamientos, como si pudieran ser sujetos activos de comportamientos delictivos: “la Consejería conocía”, “el ejecutivo andaluz tomo la decisión”.

En otros caso, el sujeto de la acción queda en la sombra, sin identificar, mediante la reiterada utilización de pronombres impersonales (“se”). Por otro lado, aparecen numerosas referencias, circunlocuciones y expresiones imprecisas (“esos hechos”, “se conocía”, “fines destinos distintos de los públicos a los que estaban presupuestados”). En otras ocasiones la sentencia reitera frases estereotipadas y patrones narrativos abstractos idénticos por anualidades.

El resultado final es la impresión, la falta de concreción, de claridad respecto de datos, detalles o elementos esenciales para que sea posible personalizar mínimamente el relato de hechos. Ofrece la resolución que respetuosamente se impugna una descripción general, abstracta, abierta o formal, que causa graves dificultades de comprensión y por ello es merecedora de una crítica en este marco casacional, directamente vinculado a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (del apartado siguiente). Por ello, los efectos del motivo se conectan al apartado cuarto del recurso que contiene los motivos de casación por infracción de precepto constitucional.

MOTIVOS APARTADO IV. Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECRIM y del artículo 5.4. LOPJ, en relación con los artículos 9, 10.2. 24 y 25 CE y CEDH.

La resolución concluye un procedimiento que es expresión del fenómeno de los *macro-juicios*, fruto de una *investigación general* sobre la actuación política a lo largo de una década del poder ejecutivo andaluz, que fue refrendada por el poder legislativo autonómico, respecto de ayudas sociolaborales en un contexto de crisis económica. Esta causa, por su naturaleza y contenido ha cursado durante más de ocho años en un marco socio-político intensamente contaminado por reiterados y persistentes mensajes siempre incriminatorios en medios de comunicación. En el largo juicio oral interferido por el denominado "*juicio paralelo*", cristalizaron todas las lesiones a derechos procesales fundamentales asociadas a estas patologías dejando comprometida la plena vigencia de las reglas del juicio debido.

La resolución lesiona el derecho de defensa pues utiliza como base y fundamento de la condena, referencias al destino de los fondos, a pesar de que como Cuestión Previa, el tribunal había excluido expresa e inequívocamente del objeto de enjuiciamiento y de prueba *el concreto destino de los fondos* en cada ayuda o subvención, por ser objeto de otras piezas separadas --- todas ellas pendientes de enjuiciamiento --. Es decir, la sentencia utiliza como base de la condena aquello respecto de lo que se impidió toda prueba.

La sentencia impugnada deja al descubierto lagunas, vacíos y ausencia de fundamentación en su iter discursivo sobre su convicción de culpabilidad de elementos esenciales objetivos y subjetivos de los tipos por los que condena a JAGM. La resolución impugnada, respecto de elementos esenciales, no ofrece explicación alguna o la que ofrece recurre reiteradamente a meras presunciones y presunciones de presunciones, que no reúnen los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para la argumentación propio de las pruebas por indicios

La exposición del razonamiento de culpabilidad prescinde de la práctica totalidad de las pruebas de descargo y cuando las refiere, las desvalora atribuyéndoles la condición de meras “alegaciones”. Desconoce las tajantes afirmaciones del Interventor General (que la sala de instancia absuelve y da crédito para fundar su absolución) sobre la ausencia de relevancia del informe sobre una ayuda del año 2003, la ausencia de menoscabo de fondos o la descalificación radical (las llega a calificar de “disparate”) de las valoraciones de los peritos de la IGAE al tener los problemas de contabilización de las transferencia de financiación como fraude.

Entre otras valoraciones insuficientes incluidas en la argumentación de la convicción condenatoria, puede mencionarse como especialmente significativa la referida a los pronunciamientos del Magistrado instructor del Tribunal Supremo. Y ello porque la Sala de instancia, a pesar de reconocer que respecto de JAGM debía valorar el juicio con los mismo datos y materiales que ya fueron integrados en la Exposición Razonada al Tribunal Supremo y debieron ser analizados por el Magistrado Instructor, considere *irrelevante* que tan autorizada instancia afirmara en su resolución por la que valoraba esos materiales respecto de JAGM que “*no se ha acreditado que interviniera en la concesión concreta de ayudas fraudulentas de fondos públicos ni que supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas*”. Esta inexplicable valoración y otras similares que se expondrán, se incluyen en un iter discursivo de la convicción de culpabilidad que se aleja de parámetros de coherencia y racionalidad y por ello lesiona el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Consideraciones generales.-

Con carácter previo hemos de comenzar la impugnación casacional de la resolución (sentencia n. 490/2019 de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera) haciendo referencia a unas notas características de la misma que permiten afirmar su excepcionalidad y cuya confluencia provoca unas especiales dificultades de comprensión y análisis.

- Ausencia de antecedentes jurisprudenciales.

Salvo error u omisión no hemos encontrado ningún antecedente jurisprudencial en las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto de los delitos de prevaricación administrativa y malversación que analice, se refiera, establezca, o se pronuncie, sobre un presupuesto fáctico similar, siquiera cercano, al de la sentencia que impugnamos: la actuación durante una década de algunos de los miembros del gobierno autonómico y de altos cargos en relación con un programa incluido en el proyecto de ley de presupuestos que siempre fue discutido y aprobado por el Parlamento (y sus modificaciones) en ejecución de la política de ayudas socio-laborales en un contexto de crisis económica.

La doctrina jurisprudencial de la Sala 2 TS referida al delito de prevaricación administrativa se refiere a una gran variedad de *actos administrativos* de la más diversa naturaleza, pero entre todos ellos no hemos encontrado un sustrato fáctico de tal dimensión temporal (2000-2009) y de una naturaleza tan marcadamente política. Desde el punto de vista objetivo se refiere a las actuaciones llevadas a cabo por la Junta de Andalucía, previa su aprobación por el Parlamento de Andalucía en la Ley de Presupuestos, en relación con las genéricamente denominadas “ayudas socio-laborales”. Y desde el punto de vista subjetivo abarca las actuaciones de una veintena de acusados, todos ellos vinculados a la administración autonómica desde diferentes puestos de responsabilidad, (superiores, directivos y administrativos), ejercidos en sucesivas etapas. **Tampoco hemos encontrado ninguna referencia jurisprudencial referida al delito de malversación en resoluciones que declaren el destino final de los fondos expresamente excluido del objeto de enjui-**

ciamiento. La resolución impugnada es resultado final de una especie de “causa general” proyectada sobre una parte de la actividad política del gobierno autonómico. Una “auditoría penal prospectiva” de *todas* las ayudas socio-laborales otorgadas durante esa decena de años⁴. El propósito resulta de tal dimensión que la resolución que ahora se impugna es solo una parte de una investigación general cuyo resultado son cerca de dos centenares de piezas separadas, correspondientes a cada una de las concretas ayudas otorgadas⁵. Esta realidad ofrece su concreta expresión en la resolución que impugnamos en la Cuestión Previa formulada por el Ministerio Fiscal referida al “objeto de enjuiciamiento” que afecta de manera decisiva a los hechos vinculados al delito de malversación⁶.

⁴ Ver Motivo IV: Investigación general y prospectiva de la política de ayudas socio-laborales impulsada por el Ejecutivo y aprobada por el Legislativo.

⁵ En las alegaciones del MF en defensa de su Cuestión Previa recogidas en la sentencia aparecen en la página 106 las siguientes cifras orientativas de estas dimensiones: “Para mayor abundamiento ilustrar a la Sala que tras el dictado del auto de división de piezas de fecha 9 de noviembre de 2015, **solo se han dictado cuatro autos de proa** que ya han sido calificados por esta Fiscalía, de las cuales, tres están ya en el órgano de enjuiciamiento pendientes del dictado de auto de admisión de pruebas y fecha de señalamiento. Del resto **hasta unas apróx. 270 piezas**, se han incoado formalmente tras la presentación de atestado **unas 104**, pero sólo se han practicado diligencias de instrucción en el Juzgado, bien antes en el ramo principal, bien después tras su formal incoación como pieza, en aproximadamente unas **35 piezas**, en la que figuran como investigados, supuestos intrusos, mediadores de seguros, empresarios, letrados, conseguidores, representantes sindicales, además de ex altos cargos de la Junta, algunos de los cuales ostentan en esta causa la condición de encausados.” (Énfasis añadido)

⁶ Ver Motivo IV lesión del derecho de defensa. Efectivamente, la resolución comienza afirmando que las ayudas individuales *no son objeto* de enjuiciamiento – si lo fueran dejaría sin objeto todas las piezas separadas, una por cada ayuda, que se encuentran pendientes de enjuiciamiento --, pero culmina condenando por el delito de malversación de caudales públicos en una cuantía que abarca todas las ayudas socio-laborales concedidas en ese decenio. Tal paradoja atraviesa el texto de la resolución y constituye uno de los factores más llamativos que dificultan su entendimiento.

- La indeterminación de actuaciones individuales; la referencia permanente a entidades públicas como sujetos activos de los comportamientos descritos y enjuiciados, la falta de personalización⁷.

La resolución impugnada apenas describe comportamientos propiamente personales o individuales, es decir, actuaciones o hechos atribuidos a personas que actúen en el ejercicio o defensa de intereses individuales, particulares, en el contexto de propósitos, fines, afanes u objetivos propios, atribuibles a los distintos acusados. Los HHPP aluden al desarrollo administrativo y parlamentario de decisiones políticas – así lo determina expresa y literalmente -- vinculadas a una situación de crisis económica, bajo las directrices del poder ejecutivo y la ejecución de material de los órganos administrativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Reiteradamente los HHPP de la resolución identifican *como sujeto activo de las acciones o comportamientos* que describen a “la Junta de Andalucía”, o sus distintos órganos políticos, directivos o administrativos, como “el Consejo de Gobierno”, “la Consejería”, la “Dirección General” o “la Viceconsejería”. Los FFJJ incriminan actos como los acuerdos del Consejo de Gobierno de manera inequívoca. No cabe el *lapsus calami*, ni el error involuntario o la licencia metafórica más o menos desafortunada y puntual. Es un planteamiento general que informa toda la resolución y por ello es pertinente su previa mención y respetuosa denuncia. El comportamiento supuestamente delictivo, según la sentencia impugnada, lo comete un determinado cargo desde que toma posesión y deja de cometerlo cuando cesa en sus funciones, continuando la comisión de idéntico delito quien desde ese momento asumiera ese cargo, precisamente por ello. La resolución no menciona, describe o relata ninguna forma de aportación propia, particular, personal o propósito, intención o finalidad (elemento subjetivo) adjunto o atribuible de éste o aquel condenado. En esa misma línea, la sentencia recurrida tampoco identifica relación, acuerdo, reunión, contacto, comunicación o vínculo que soporte algún acuerdo el actuar conjunto y coordinado con atribución de funciones, que no sea la pertenencia de los

⁷ Ver Motivo III

condenados al organigrama de la administración autonómica, las comunicaciones oficiales, las actas de los órganos colegiados.

Tal es el caso de mi mandante JAGM. Atendiendo a los HHPP no tiene relación alguna con las decisiones fundacionales atribuidas a otras instancias, situadas en el mes de abril del año 2000. A pesar de ello, mediante esa configuración estructural que recorre toda la resolución impugnada, al tomar posesión del cargo de Consejero de Economía y Hacienda es convertido, por ese mismo hecho, en ese mismo momento, a partir de esa toma de posesión, el 24 de abril de 2004, en autor directo y conjunto de los delitos ideados que supuestamente se habrían comenzaron a cometer por sus predecesores. Es una atribución objetiva e institucional de responsabilidades penales a entidades públicas que tiene como consecuencia (secuela) directa, la falta de identificación de hechos concretos atribuidos a JAGM como persona, diferenciables de los que los HHPP atribuyen al Consejero o incluso a la Consejería de Economía y Hacienda⁸.

La permanente generalización del sujeto activo institucional se traduce en la indeterminación del concreto actor de la acción (“se decidió”, “se conocía”, “fue comunicado”). Expresiones inadecuadas por insuficientes para describir comportamientos de naturaleza penal, que no aluden a un acto concreto, sino al conjunto de actuaciones públicas, documentadas mediante las que distintas entidades públicas desarrollan políticas, más o menos acertadas o censurables, pero obviamente ajenas y de imposible valoración bajo parámetros propios de la configuración de responsabilidades penales.

- El prolijo abordaje de cuestiones ajenas al Derecho Penal en general y sin una relación concreta e identificada con los elementos constitutivos de los delitos por los que condena.

La resolución recurrida aborda en extenso un conjunto de cuestiones jurídicas administrativo-presupuestarias, sin identificar vínculos o conexiones con alguno de los elementos de los delitos. Deberían entroncar con la antijuricidad material del delito de prevaricación, pero no siempre es posible establecer alguna rela-

⁸ Ver Motivo III.

ción. Aparece así una complejidad impostada e innecesaria que en ocasiones hace perder el hilo argumental de lo relevante en sede penal. Como ejemplo cabe referir el estudio de la naturaleza de las ayudas (FJ SÉPTIMO), la exposición de la figura o institución de derecho presupuestario de las “transferencias de financiación” (JF OCTAVO), la completa exposición de los diferentes tipos de ayudas socio-laborales (FJ DECIMOCUARTO), la transcripción literal y reiterada de preceptos que regulan el proceso de elaboración de los Presupuestos (FJ DECIMOQUINTO), las disquisiciones sobre problemas de contabilización de gastos en empresas públicas, las consideraciones sobre denominados “desfases presupuestarios” (FJ DEMINONOVENO). El contenido extrapenal del objeto de enjuiciamiento se residencia en ámbito del **derecho administrativo-laboral que, sin embargo, está ausente.**

- La “arquitectura interna” de la sentencia no incluye un apartado de fundamentos jurídico-penales referidos a JAGM (ni a ninguno de los demás condenados), dando lugar a un relevante vacío sobre la fundamentación jurídica del elemento subjetivo.

El FJ TRIGERSIMONOVENO página 1421 dedicado JAGM no contiene fundamentos jurídicos. El FJ CUADRAGÉSIMO página 1652 (titulado “En cuanto a la calificación jurídica de los hechos”) contiene un análisis de los elementos de los delitos de prevaricación y malversación ahora sí, con auténticos fundamentos jurídicos, pero analizados en conjunto, despersonalizados, genéricos e innominados, sin referencia a JAGM ni al resto de los condenados. Aun con dificultades -- dada la diferente posición institucional y cronología de cada condenado --podrían buscarse fundamentos comunes referidos a elementos objetivos de los delitos. Pero tal ejercicio es inviable respecto del elemento subjetivo.⁹

⁹ Ver Motivo VI

I. MOTIVOS CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 DE LA LECRIM.

Síntesis:

Los HHPP no pueden ser subsumidos en el delito de prevaricación por cuanto que no describen el dictado por JAGM de una “resolución” ni cabe calificar el marco procedimental presupuestario como un “asunto administrativo”, ni le atribuyen infracciones manifiestas y palmarias de la ley sino actuaciones en el órgano colegiado del Consejo de Gobierno acordes siempre con informes previos de la Intervención, ni relata aspectos o detalles de un comportamiento del que pueda colegirse un propósito obstinadamente empeñado en actuar contra el derecho.

De otra parte, los HHPP no describen que JAGM tuviera a su cargo por razón de sus funciones los fondos, ni ninguna capacidad de disposición y administración, ni fáctica ni jurídica sobre los fondos del programa 31.L, ni por tanto le atribuyen acto ejecutivo alguno de disposición de fondos ni para sí ni para otro, ni consentimiento para disposición de otro, para un destino final (que fue expresamente excluido del perímetro del objeto de enjuiciamiento), ni que conociera, aceptara o asumiera eventualmente ninguna sustracción propia o de otro, u obtención de lucro o beneficio ya fuera propio o de otro.

PRIMERO.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 CP

1.1. Identificación de HHPP referidos o que afecten a JAGM

1.1.1. En el apartado de HHPP de la sentencia

1.1.2. Fuera del apartado de HHPP

1.1.3. Conclusión

1.2. Análisis de la no concurrencia de elementos del delito de prevaricación administrativa.

1.3. Exigencias en el elemento subjetivo derivadas del concurso medial y la continuidad.

1.4. Petitum.

SEGUNDO.- Infracción de ley por aplicación indebida del art 432 CP

2.1. Los HHPP sobre JAGM referidos al delito de malversación

2.2. Análisis de la no concurrencia los elementos del delito

2.3. Exigencias derivadas del concurso medial y la continuidad.

2.4. Petitum

Motivo I Primero.- Infracción de ley por aplicación indebida del art.

404 CP.

1.1 Identificación de los hechos probados (HHPP) referidos a este delito respecto de JAGM.

El presente motivo casacional parte obligadamente del respeto pleno a los HHPP de la sentencia que son por ello intangibles y se funda en la afirmación de que en los mismos no encuentra encaje en el delito de prevaricación administrativa por el que condena a mi mandante (JAGM). Por ello el orden lógico del desarrollo de exposición exige, como punto de partida, identificar perfectamente aquellos HHPP que referidos a JAGM, le atribuyan el dictado de resoluciones *prevaricantes*.

Este esfuerzo por identificar esos concretos HHPP sobre los que girará el análisis de su inviable subsunción, esencia del presente motivo, tiene pleno sentido por cuanto la resolución de instancia ofrece una extensión excepcional (1.821 páginas) y pronto puede apreciarse tras su primera lectura que ha introducido datos fácticos relevantes fuera del apartado de “Hechos Probados” (páginas 31 a 96), con incumplimiento del mandato de los artículos 248.3 LOPJ Y 142 LECRIM, que establecen la consignación *“expresa y terminantemente de los [hechos] que se estiman probados”* y de la doctrina jurisprudencial que únicamente admite que se incluyan en los FFJJ afirmaciones fácticas *“...que complemente el hecho probado”*¹⁰. En todo caso,

¹⁰ STS 235/2009: *“No cabe duda que una alteración del contenido de la sentencia, respectivamente dividido, en hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo, conforme a los arts. 142 de la Ley procesal y 248.3 de la Orgánica del Poder Judicial, puede implicar una indefensión del recurrente que no puede emplear las vías de impugnación respectivamente previstas en la ley procesal para impugnar la sentencia, en este caso, condenatoria. Es por ello que esta Sala, en Sentencias STS 470/2005, de 14 de abril, y 945/2004, de 23 de julio, ha declarado que la posibilidad de que se contengan en la fundamentación de la sentencia afirmaciones de carácter fáctico siempre ha sido de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado (SSTS 945/2004 de 23.7, 302/2003 de 25.2 y 209/2002 de 12.2), pues se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 1369/2003 de 22.10), de manera que a*

al objeto de evitar una fundamentación del motivo que no incluya el análisis completo de los HHPP, tomamos en consideración todas las afirmaciones fácticas indebidamente ubicadas en sede de FFJJ.

1.1.1. Tres ajustes previos.

Para empezar a delimitar los HHPP atribuidos a JAGM en la sentencia es obligado atenerse a tres ajustes previos, **(i)** uno general referido al objeto de enjuiciamiento, **(ii)** otro específico y personal, atendiendo al marco temporal en el que desempeñó cargos públicos en la Junta de Andalucía y **(iii)** otro determinado por lo que la Sala de instancia tiene por “resolución” con expresa exclusión de *conductas omisivas* de la calificación de prevaricación.

(i) Objeto de enjuiciamiento.

Respondiendo a una Cuestión Previa planteada al inicio del juicio por el Ministerio Fiscal sobre cuál debiera ser el objeto de enjuiciamiento, el Tribunal respondió remitiéndose a las resoluciones firmes que establecieron la división en piezas separadas de la causa inicial (una pieza por cada ayuda) y a los hechos relatados en los Escritos de Acusación que dieron lugar al Auto de Apertura del Juicio Oral en las presentes actuaciones. Conforme a tan acertados como inequívocos criterios concluyó (**página 139**) afirmando:

“Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa”

Por tanto, entre los HHPP en sentido estricto, con independencia de cuál sea su ubicación no deberían incluirse aquellos datos fácticos referidos a “las ayudas individuales”¹¹. Así pues, las ayudas concretas que fueron el destino de los

través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales.”

¹¹ El preciso significado de tal expresión, de acuerdo con la explicación que la precede en la resolución de la Cuestión Previa, solo puede ser el *conjunto disposiciones de fondos objeto de enjuiciamiento en cada una de las Piezas Separadas*.

fondos al ser expresamente excluido, **no fue objeto de enjuiciamiento, ni de prueba, ni por ello pueden formar parte de los HHPP las referencias al mismo que, a pesar de la expulsión del objeto del procedimiento**, como veremos, aparecen de manera dispersa en distintos pasajes de la resolución impugnada para posteriormente ser utilizados inculpativamente.¹²

(ii) Marco temporal referido a JAGM: hechos anteriores y hechos posteriores.

Aunque situado fuera del apartado de HHPP (en el FJ TRIGESIMONOVENO, **pág. 1421**), la sentencia recoge un dato fáctico relevante referido a JAGM:

“I.-Fue Consejero de Economía y Hacienda, entre el 24 de abril de 2004 y el 23 de abril de 2009, y Presidente de la Junta de Andalucía, entre el 23 de abril de 2009 y el 7 de septiembre de 2013”

Todos los HHPP referidos a JAGM que puedan ponerse en relación con el delito de prevaricación (igualmente para el delito de malversación analizado en otro apartado) se deben por ello referir a sus actuaciones en el desempeño de esos concretos cargos públicos, siendo el marco temporal en que los ocupó un dato de hecho nuclear.

Resulta conforme al mismo obligado eliminar de nuestro análisis aquellos HHPP que sean **anteriores** al mes abril de 2004. Ésta obligada exclusión deberá tener repercusión en el resultado del presente motivo, pues no atañen a mi mandante los hechos contenidos en los apartados PRIMERO a NOVENO que narran la ideación, el diseño, “la creación” de “un sistema”.

El HP PRIMERO relata que la Junta de Andalucía articuló en la década de los 90 y en el ejercicio 2000 un sistema de ayudas *complementario* al previsto en las órdenes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 5 de octubre de 1994 y 5 de abril de 1995, mediante la tramitación de un expediente de subvención excepcional. Seguidamente explica que los reparos de la Intervención Delegada de la

¹² Esta contradicción será objeto de tratamiento en diferentes motivos, pero de manera especial en el Motivo IV Segundo, pues causa indefensión que sea utilizado para basar la condena aquello que se declaró excluido del objeto de enjuiciamiento.

Consejería de Empleo dificultaron y retrasaron la pronta resolución de conflictos a los que con esas ayudas se pretendía atender.

Por lo que (se describen en el HP SEGUNDO) promovieron una regulación de esas ayudas mediante un Decreto, si bien los borradores y proyectos no llegaron a consolidarse en un texto definitivo que fuera promulgado. En el HP CUARTO se expone que otros acusados iniciaron una serie de actuaciones (que terminaron en 2010) identificando una razón de ser, motivo o propósito:

"...para eludir la fiscalización previa y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas promovieron y aprobaron modificaciones presupuestarias..." .

Refiere también que el 17 de julio de 2001 firmaron otros acusados un Convenio Marco.

Y en el apartado F), como resumen, se afirma que

"...a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo..."

Estos HHPP que describen el origen o inicio de las actuaciones que global y unitariamente son calificadas como un solo delito de prevaricación continuada, no incluyen ni alude ni pueden afectar a JAGM.

Igualmente el marco temporal derivado del dato fáctico de la **página 1421** es relevante a los efectos del presente motivo, por cuanto que JAGM ocupó la Presidencia de la Junta de Andalucía, precisamente en los años 2009 a 2013 durante los cuales, conforme a los HHPP, tuvo lugar la superación de aquellas actuaciones¹³

¹³ Así aparece recogido en el HP VEIGESIMO: "En 2010 se inició el proceso de abandono de la partida presupuestaria 440 "Transferencias de financiación al IFA-IDEA", y del uso del Convenio Marco de 17 de julio de 2001, presupuestándose los créditos para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis,

y el inicio de la aplicación de nuevas bases de regulación (HP VIGESIMOPRIMERO).¹⁴

(iii) Criterios jurídicos de relevancia fáctica: concepto de resolución para la Sala de instancia con exclusión de modalidad omisiva.

Resulta de enorme utilidad en este momento adelantar y poner en conocimiento del Alto Tribunal el contenido del **FEJJ CUADRAGESIMOQUINTO** de la sentencia que lleva como título *"En cuanto a la calificación jurídica de los hechos"*. Y ello porque en su párrafo primero (pág. 1652) además de ofrecer la concreta calificación jurídica de los hechos como constitutivos de **"un delito continuado de prevaricación"**, **seguidamente concreta qué actuaciones a juicio de la Sala de instancia, lo integran y debe ser tenidas por "resolución"**:

1.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación, del artículo 404 del Código Penal, en la redacción vigente a la fecha de los hechos, pues la pena prevista es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años, siendo más beneficiosa que la establecida después de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, consistente en inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Concretamente, la concesión de las subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, el Convenio Marco de 17 de julio de 2001, los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA para el pago de las subvenciones, así como la aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos de presupuestos, reseñados en los hechos probados"

(Negrilla añadida)

Por tanto, la sentencia recurrida afirma que se *comete "un delito de prevaricación continuada"* **concretamente** a través de esas *cinco* actuaciones:

- (1) La concesión de subvenciones por parte de la Consejería de Empleo¹⁵.

en las partidas adecuadas para la concesión de subvenciones de esa naturaleza.

¹⁴ El conjunto de concretas actuaciones de JAGM en esa progresiva superación de la utilización de trasferencias de financiación serán objeto de especial estudio y mención en el Motivo II.3.

- (2) El Convenio Marco de 17 de julio de 2001.
- (3) Los Convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA.
- (4) La aprobación de las Modificaciones Presupuestarias.
- (5) La aprobación de los Proyectos de Presupuestos.

Pues bien, como veremos en este apartado destinado a identificar los HHPP referidos a JAGM como obligado punto de partida del presente motivo, de las cinco actuaciones en las que la resolución concreta el delito de prevaricación --- el único delito cometido por todos los condenados -- las tres primeras actuaciones son del todo ajenas a JAGM. Respecto de las otras dos (modificaciones y proyectos de presupuestos) en las que sí participa, es preciso excluir las que tuvieron lugar en los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004¹⁶, atendiendo al marco cronológico.

Por tanto, esa concreción que hemos denominado “jurídica” respecto de JAGM nos obliga a prestar atención, por ser las únicas actuaciones susceptibles de integrar el delito de prevaricación administrativa las incluidas en dos últimos apartados de la recién citada y **transcendental página 1652: la aprobación de modificaciones presupuestarias y proyectos de presupuestos desde abril de 2004 hasta los presupuestos de 2009**.

La exclusión de comportamientos omisivos.

Resulta igualmente útil adelantar ahora que la resolución introduce un FJ VIGESIMOPRIMERO (**página 629**) que lleva por título “Prevaricación por omisión y no exigencia de reintegro”, que contiene una proclamación general relevante que debemos tener en cuenta, en la **página 642**:

¹⁵ Como ya se ha hecho notar en la nota a pie 12, salta a la vista la contradicción de considerar este acto como integrante concretamente del delito de prevaricación con la previa exclusión del objeto del procedimiento de cada una de las ayudas. Si la página 139 dejó sentado que “las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa”, esta afirmación entra en abierta contradicción con la consideración de la concesión de las mismas, como acto integrante del delito de prevaricación enjuiciado. Esta contradicción será objeto de tratamiento en el Motivo IV Segundo.

¹⁶ A excepción de una modificación presupuestaria que tuvo lugar en diciembre de 2004.

VII.- Por consiguiente, resulta claro que la conducta omisiva de la que se acusa a los acusados, en ningún caso puede entenderse constitutiva de una "resolución" administrativa, en los términos en los que el Tribunal Supremo viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora".

Los HHPP que son por tanto relevantes a los efectos de la condena deben ser comportamientos activos, aquellos que consistan en un hacer, quedando excluidos aquellos que consistieran en un "no-hacer" debiendo haber actuado.

1.1.2 Identificación de los hechos probados (HHPP) referidos al delito de prevaricación administrativa.

1.1.2.1. Las alusiones a JAGM contenidas en el apartado de HECHOS PROBADOS.

La **primera referencia (1)** a JAGM en el apartado de HHPP la encontramos en el apartado NOVENO, **pág. 66**:

"El **informe definitivo de cumplimiento del IFA del 2003**, con sus anexos, **fue remitido** por el acusado Manuel Gómez Martínez, como Interventor General de la Junta de la Andalucía, tras su elaboración -trabajos de campo iniciados a partir de octubre de 2004, emisión de informe provisional, alegaciones de los destinatarios del informe, en especial las elaboradas por el acusado Agustín Barberá Salvador, como Viceconsejero de Empleo, tratamiento de alegaciones por la Intervención, **en julio de 2005**, a los destinatarios previstos en la norma, los acusados Miguel Angel Serrano Aguilar, como Director General de IDEA, Francisco Vallejo Serrano, como Consejero de Innovación, **y a José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda, a través de su Viceconsejera**, la acusada Carmen Martínez Aguayo-, y adicionalmente, al ser la consejería de adscripción de IFA en el año 2003, a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía -de la cual era titular el acusado Antonio Fernández García-.

(Énfasis añadido)

Esta primera referencia no atribuye conducta alguna a JAGM. Refiere la remisión (a través de la Viceconsejera) en el mes de julio de 2005, de un informe de la Intervención referido a ayudas concedidas por la que fuera Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico¹⁷, durante el ejercicio 2003.

¹⁷ En abril de 2004 la Consejería de Empleo dejó de ser también de Desarrollo Tecnológico, ya que las competencias de ese apartado, incluido el IFA, pasaron a ser competencia de un nuevo departamento: la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. (BOJA N.95 de 17 de Mayo de 2004)

La descripción del contenido de ese informe aparece en la **página 63**:

“Para desarrollar dichos trabajos, **la intervención solicitó a la Dirección General de Trabajo** que le remitiese **una muestra** de los expedientes **-20 de 144-**, de los que se habían tramitado, dado que, como ya se dijo, la documentación acreditativa se residenciaba en dicho centro.

Las deficiencias detectadas, que se recogen en el informe **del expediente de ayudas a HYTASAL,...**”

(énfasis añadido)

Es decir, la resolución tiene por acreditado que la Intervención pidió “una muestra” de los expedientes referidos al **año 2003**, recibiendo 20 de 144 y, de esos veinte analizó **uno**, concretamente el que contemplaba las ayudas otorgadas a la empresa HYTASAL, en el que observó deficiencias que enumera en ese **informe adicional**¹⁸ y hace extensivas a otras ayudas:

“Las deficiencias detectadas, que se recogen en el informe del expediente de ayudas a HYTASAL, transcritas dentro de este informe adicional y **extensivas al resto de los expedientes analizados**, son:

- **Imputación presupuestaria inadecuada**, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario.
- No consta solicitud presentada por los interesados.
- No se aporta presupuesto desglosado por partidas y conceptos y con detalle de ingresos y gastos.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de Subvenciones).
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse.
- No constan informes del Gabinete jurídico en los convenios suscritos.
- No constan autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.

¹⁸ Este informe adicional y su contenido es una **pieza clave** de la sentencia y será aludido en diferentes motivos del presente recurso.

- No consta informe de la Dirección General de Asuntos europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión, las subvenciones concedidas a empresas.

- Estas subvenciones no se han incluido en la base de datos.

- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.

- El texto del "protocolo de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de la Junta de Andalucía e HYTASAL", que se entiende como instrumento de concesión de la ayuda, presenta las siguientes irregularidades:

1. No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo.

2. No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.

3. No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

4. No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.

5. Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas.

6. No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500.000 euros.

7. Se ha omitido la fiscalización previa.

8. No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).

9. El Director General de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.

10. El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10.285.137,38 euros, en lugar de 10.500.000,00 euros.

Y a modo de conclusión se dice:

"Vistas las **anteriores deficiencias** se puede concluir **que la citada Dirección General ha tramitado** subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad **de los examinados** existen **dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados.**"

(Negrilla añadida)

Identifica el informe una defectuosa tramitación en una concreta dependencia, la Dirección General. Pero la referencia a tales "*dudas razonables sobre*

la correcta tramitación del resto de los expedientes” surgen por tanto de las deficiencias detectadas en una ayuda del año 2003 (HYTALASAL) que se afirma que “son comunes a la práctica totalidad de las examinadas” – la muestra remitida incluía 20 de 144 -- y de tales dudas la Intervención informa en un formato sin regulación específica, con un denominado “informe adicional” (se trata, en realidad, de uno de los dos anexos al informe de cumplimiento del IFA), remitido en julio del año 2005.

Los HHPP no recogen que por parte de la Intervención del control financiero, o la General de la Junta, se informara del mismo a la Intervención Delegada en la Consejería de Empleo ni que esta práctica aquí descrita (solicitar una muestra y analizarla) volviera a repetirse, reclamando la remisión de expedientes a la Dirección General de Trabajo en los años sucesivos. Los HHPP no reseñan que la Intervención volviera a realizar algún otro informe en cualquier otro formato, en el que previo análisis de ayudas o de muestra de alguna ayuda, trasladara alguna información sobre el modo de tramitación o gestión de las ayudas en los ejercicios siguientes a 2003.

Atendiendo pues a tenor literal de los HHPP cabe resaltar, en relación a este **informe adicional**, por un lado que si lo fijamos en el tiempo, desde la óptica de JAGM, se refiere a ayudas concedidas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico¹⁹ en 2003, fuera de su dependencia y un año antes de que fuera nombrado Consejero de Economía y Hacienda. Por otro lado la Intervención nunca volvió a fiscalizar en ese formato o en otro las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, derivadas del estado de gastos asignado por el Parlamento a la Consejería de Empleo durante el periodo en el que JAGM fue Consejero de Economía y Hacienda. Tal práctica o iniciativa de la Intervención (solicitar expedientes a Empleo para examinarlos) en tanto **fue posible** en relación con las ayudas del 2003 podría también haber tenido lugar con las de ejercicios posteriores. Pero la realidad que establecen los HHPP es que no volvió a producirse, ni por tanto la Intervención volvió a emitir

¹⁹ Desaparecida como tal por el Decreto del Presidente 11/2004 de 24 de abril.

similares informes respecto de las ayudas otorgadas entre 2004 y 2009 con cargo al programa 31.L.

Los HHPP, como veremos seguidamente, **sí incluyen** la presencia de informes **favorables** de la Intervención previos a la aprobación de todas las modificaciones presupuestarias que aumentaban los fondos del programa 31.L en ese periodo, es decir, con posterioridad a 2003 hasta 2009.

La siguiente mención (2) aparece en el apartado HP DECIMO, **pág.70 y 71** referida al Presupuesto para el **año 2005**:

DÉCIMO. - **Con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria** de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados, (...) **José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda, (...) en el ejercicio de sus competencias y funciones no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto** de la Junta de Andalucía para el **2005**, presupuesto que consignó como crédito inicial en el programa 31L para estas ayudas, la cantidad de 72.261.575 euros, mediante transferencias de financiación.

(Negrilla y subrayado añadidos)

La expresión “conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria”²⁰ atendiendo a los HHPP debe necesariamente vincularse al contenido del informe adicional, ya reseñado en HP NOVENO²¹. Por ello, a pesar de la generalización, en realidad se refiere a “incumplimientos” sobre una ayuda del año 2003 y la extensión de la “duda razonable” al resto de las solicitudes.

Por otro lado, la descripción del comportamiento como no-modificación del tenido en años anteriores (no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores) no puede aplicarse a JAGM para quien este es el primer presupuesto. Lo que resulta relevante es que lo narrado no se ofrece como

²⁰ Aparecen ya menciones generales y referencias imprecisas que se anunciaban en las consideraciones previas y serán objeto del Motivo III.

²¹ De todos los incumplimientos, los referidos a la “gestión presupuestaria” es la Imputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario”

novedad en ese Presupuesto, ni aparece probado que mereciese especial mención a advertencia para JAGM.

La tercera referencia (3) alude a la aprobación de una modificación presupuestaria, si bien --- como veremos que también ocurrirá en anualidades posteriores – los HHPP atribuyen su tramitación *a la persona* de mi mandante, sino a la dependencia administrativa en la que desempeñaba sus funciones, ni tampoco su aprobación que se atribuye al Consejo de Gobierno ²²:

“El 7 de diciembre de 2005, el Consejo de Gobierno presidido por el acusado Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de **la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable** del Director General de Presupuestos y **de la Intervención General de la Junta de Andalucía**, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, **aprobó una modificación presupuestaria** por importe de 799.895,97 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51. 31L "Transferencias financiación al IFA" dando de baja de las aplicaciones 480.01, 480.03, 480.13 del programa 31 L de "transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro".

(Negrilla añadida)

Los HHPP recogen y debe resaltarse, la tramitación (estudio y aprobación de la Comisión de Viceconsejeros) y **el previo informe favorable** del Director General de Presupuestos y **de la Intervención General de la Junta de Andalucía**. No es posible identificar una concreta actuación personal de JAGM en un ámbito esencial –las modificaciones presupuestarias de la 31.L – que será incluido en su condena, como veremos.

Las referencias (2) y (3) se refieren ya a la aprobación del proyecto de presupuestos del año 2005 y a la aprobación de una modificación presupuestaria, instrumento habitual de adaptación a las contingencias en el devenir de la ejecución del presupuesto anual, que como se ha expuesto en las delimitaciones previas, en la

²² Esta atribución en la resolución impugnada de hechos que integran el delito de prevaricación a “la Consejería de Economía y Hacienda” y al “Consejo de Gobierno”, convierte en sujeto activo del delito a instituciones públicas, sin perjuicio de su inviabilidad conforme a principios de teoría general, será objeto de crítica en Motivo III, en sede de falta de claridad, pues despersonaliza actuaciones esenciales del relato.

pág. 1652 identifica la Sala de instancia como una de las actuaciones en las que concreta el único delito de prevaricación continuada cometido por todos los condenados.

Estas primeras referencias a JAGM establecen ya un *patrón narrativo* que con la única variación de los datos de “año”, “fecha” y “cantidad” repite el relato de HHPP cada ejercicio presupuestario, año tras año, con idéntica ausencia de referencias específicas a actuaciones personales a JAGM distintas de las propias de su cargo y posición institucional. Y también se repite una similar imprecisión en la descripción de la conducta atribuida, mediante la expresión que sugiere pasividad o continuidad: el “mismo proceder”.²³

La referencia siguiente (4) del apartado DECIMOPRIMERO es el ejemplo de la repetición del mismo formato o patrón utilizado en (2) ahora referido a los presupuestos para el año 2006:

“DECIMOPRIMERO.- Como resultado del mismo proceder de los acusados, (...) **José Antonio Griñán Martínez**, como Consejero de Economía y Hacienda, (...) en el ejercicio de sus competencias y funciones, en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto del presupuesto para el ejercicio 2006, se consignó como crédito inicial del programa 31 L, en la aplicación Transferencias de financiación a IDEA, para el pago de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, la cantidad de 77.291.000 euros.”

(Negrilla y subrayado añadido)

Y del mismo modo la referencia (5) que alude a las modificaciones presupuestarias repitiendo el patrón de la (3), atribuyendo la acción consistente en “tramitar”(previa tramitación) la modificación presupuestaria a “la Consejería” como un actuar colectivo u oficial, sin concreta o personal actuación de JAGM y dando por probado el previo informe favorable de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, además del estudio previo y aprobación por la Comisión General de Viceconsejeros, con la aprobación final del Consejo de Gobierno:

²³ El Motivo II solicitará una modificación de esta idea del “mismo proceder”, como actuación pasiva o continuista de JAGM, al venir desmentida por documentos literosuficientes que se identificaran.

“El 7 de noviembre de 2006, el Consejo de Gobierno, presidido por el acusado, Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos, de la Intervención General, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 9.300.000 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51.31L "Transferencias financiación Agencia IDEA", dando de baja de aplicaciones del programa 32 A. Cantidad destinada según la contabilidad de IDEA y la memoria de la modificación, al pago de ayudas sociolaborales.

Previamente, la Comisión de Viceconsejeros, acordó en su sesión de 31/10/2006, elevant al Consejo de Gobierno la reseñada modificación.”

(Énfasis añadido)

La referencia siguiente (6) situada en el apartado **DECIMOSEGUNDO** **pág. 73**, tras citar la información contenida en la memoria del informe de Control Financiero Permanente que debía ser conocida en 2007 por “los acusados que formaban parte del Consejo de Gobierno” entre los que debemos incluir a JAGM, vincula dicho conocimiento a “la aprobación de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios siguientes, y de sus modificaciones presupuestarias,”. Es decir, atribuye a JAGM y otros las aprobaciones de proyectos de presupuestos de los años 2008 y 2009, pese al contenido de esas informaciones.

Se trata de una segunda fuente de información sobre irregularidades, que no tiene nada que ver con la reseñada en el HP OCTAVO, denominada informe adicional de ayudas de 2003.

“DECIMOSEGUNDO.- El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobaba, a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda, **un programa anual de control financiero permanente de empresas y entidades públicas**, en el cual se establecen las actuaciones de control que la IGJA debe de realizar durante el ejercicio, acuerdo que se aprobó anualmente hasta el 2007, año en el cual se le confirió carácter definitivo. Como documentos que se acompañaban al proyecto de acuerdo, **se incluye una memoria resumen** de los trabajos que la Intervención General de la Junta de Andalucía ha realizado en el ejercicio anterior. En la materia que nos ocupa, **la memoria** de los trabajos realizados en el 2005, recoge que IDEA no remitía o remitía tarde información, que se había obviado en determinadas operaciones de esta Agencia la autorización del Consejo de Gobierno, **la insuficiencia de medios** de control, e **irregularidades en la contabilización** de las transferencias de financiación.

El 8 de mayo de 2007, el Consejo de Gobierno aprobó el programa de control a realizar en el ejercicio 2007. Como documentos que se acompañaban al proyecto de acuerdo, y por ello, **con conocimiento por los acusados que formaban parte del Consejo de Gobierno a la fecha**, consta como Anexo II **"Memoria de Control Financiero Permanente**, referida a los trabajos realizados en el ejercicio 2006" que recoge en su punto VII.3.3:

<<La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, la Empresa Pública de Gestión de programas culturales, la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, EXTENDA, EGMASA, EPDASA, GIASA, RTVA y TURASA, presentan defectos en la contabilización de las Transferencias de financiación, que afectan a resultados o en la clasificación de activo y pasivo>>.

Y en el apartado VII.4 *<<Informes adicionales dirigidos a las consejerías>>*, se recoge:

<<Del examen del tratamiento contable dado por las empresas públicas a las transferencias de financiación recibidas, se han puesto de manifiesto irregularidades en la tramitación de los expedientes administrativos utilizados por algunas Consejerías para el envío de fondos a aquéllas. De tal modo que, de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa.>>

<<...Por ello, serán objeto de análisis diferenciado cuyas conclusiones se integrarán en anexos a los informes definitivos sobre las empresas, que se remitirán a las consejerías afectadas.>>

Los acusados Manuel Chaves González, Gaspar Zarrías Arévalo, **José Antonio Griñán Martínez**, Francisco Vallejo Serrano y Antonio Fernández García, como integrantes del Consejo de Gobierno, en el ejercicio de sus funciones y competencias, **pese al contenido de dicha memoria, procedieron a la aprobación de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios siguientes, y de sus modificaciones presupuestarias**, en su caso.

Estas **irregularidades o deficiencias** recogidas por la Intervención General de la Junta de Andalucía en las memorias relativas a los acuerdos del Consejo de Gobierno, **se repetían en los informes trimestrales** que elaboraba dicha Intervención General en el marco del control financiero permanente, sobre análisis del cumplimiento, en cuanto a los criterios de contabilización de las transferencias de explotación y capital, o examen de los expedientes administrativos que soportan las operaciones de financiación de las empresas, para actuaciones encargadas con cargo al presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de determinar el grado de cobertura del gasto público ejecutado por esta vía".

(Negrilla y subrayado añadido)

Debe resaltarse ahora que los HHPP refieren la noticia de irregularidades y deficiencias vienen residenciadas en el momento de la ejecución, no en el de la presupuestación. Por otro lado, el contenido concreto de los acuerdos del Consejo de Gobierno sobre el programa de Control Financiero Permanente, impulsados por la Consejería de Economía y Hacienda, a raíz de las memorias, no se incluyen en los HHPP, omisión que será objeto del Motivo II²⁴.

El respeto a los HHPP nos exige ajustarnos a la definición de “irregularidades” y “deficiencias”, enmarcadas en la “insuficiencia de los medios de control” y en “irregularidades en el tratamiento contable” de las transferencias de financiación respecto de las conclusiones de los distintos informes de Control Financiero Permanente. Aparecen referencias a distintas entidades ajenas al marco propio de la presente causa (EXTENDA, EGMASA, EPDASA, GIASA, RTVA y TURASA) que comparten esas irregularidades en la contabilización.

La referencia (7) aparece en el HP DECIMOCUARTO y es idéntica al patrón antes recogido en las referencias (2) y (4) pero respecto del presupuesto para 2007:

“DECIMOCUARTO.- Los acusados (...) **José Antonio Griñán Martínez**, como Consejero de Economía y Hacienda, (...) en el ejercicio de las competencias y funciones de los cargos que desempeñaban, **con conocimiento de las deficiencias e irregularidades descritas -como es lógico, con el alcance recogido en documentos de fechas anteriores-, no cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto del presupuesto para el ejercicio 2007**, el cual consignó como crédito inicial del programa 31L, en la aplicación Transferencias de Financiación a IDEA, para el pago de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, la cantidad de 79.207.500 euros, así como, en la siguiente modificación presupuestaria.”

Insisten los HHPP en las “deficiencias e irregularidades” y en este caso atribuye a JAGM una conducta consistente en **“no cambiar el proceder”, sin**

²⁴ Allí podrá exponer cómo es posible constatar documentalmente que siempre se admitieron e impulsaron las indicaciones y propuestas que realizaba la Intervención en las memorias de Control Financiero Permanente.

que como en anualidades anteriores pueda identificarse en qué consistía concretamente tal “proceder” referido en general al “ejercicio de sus competencias”.

Y en la referencia (8) repite el patrón de la (3) refiriéndose a la aprobación por el Consejo de Gobierno, de nuevo sujeto activo de la acción, de la aprobación de una modificación presupuestaria, tramitada por la Consejería de Economía y Hacienda, incluyendo como HHPP de nuevo el previo informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía:

“El 27 de noviembre de 2007, **el Consejo de Gobierno** presidido por el acusado Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 7.448.503,44 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51. 31L "Transferencias financiación Agencia IDEA", dando de baja de otras aplicaciones...”

(Énfasis añadido)

Para el ejercicio 2007 se concluye con un párrafo que se establece reiteradamente como descripción del punto final del iter del proceso analizado:

“El montante total del ejercicio 2007 que **se puso a disposición** del acusado, Francisco Javier Guerrero, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, dentro del programa 31L, alcanza la cifra de la cifra de 86.656.003 euros, dentro del programa 31L, **para que éste los gestionara, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno**, en este caso, el de subvenciones excepcionales.”

(Énfasis añadido)

Debe resaltarse de nuevo, la impropia imprecisión contenida en el término “se”²⁵ reiteradamente utilizado en distintos pasajes esenciales en el relato de HHPP. El pronombre es utilizado por la Sala de instancia para la descripción de una acción tan esencial en todo el relato, como es la *“puesta a disposición”* de los fondos que son objeto material del delito de malversación. Ese pronombre *“se”* abarca

²⁵ RAE 2. pron. person. 3.ª pers. m., f. y

n. U. con verbos transitivos en voz activa para indicar que la interpretación del verbo es pasiva y que el sujeto es paciente. *Los papeles se distribuyeron entre los asistentes.*

-- y esconde -- en este caso, entre otros organismos y entidades públicas, uno que tenía una especial significación por su decisiva aportación a la acción consistente en determinar a favor de quien se ponen a disposición fondos públicos: el Parlamento de Andalucía a través de la Ley de Presupuestos. Los HHPP refieren la aprobación de los Presupuestos, sin referencia a que la misma se realizaba por el Parlamento de Andalucía.

En coherencia (que como veremos no siempre mantendrá la sentencia recurrida) con la inicial limitación del objeto del enjuiciamiento ²⁶, el relato de los HHPP en este caso termina en el momento previo a la determinación y ejecución del destino final de los fondos.

La referencia (9) se ajusta al mismo patrón que la (3) y la (8) pero referido al 2008 y se contiene en el HP DECIMOQUINTO:

“DECIMOQUINTO.- Del mismo modo, los acusados (...) **José Antonio Griñán Martínez**, como Consejero de Economía y Hacienda, (...), en el ejercicio de las competencias y funciones de los cargos que desempeñaban, **no cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto de 2008**, el cual consignó como crédito inicial en el programa y aplicación presupuestaria ya reseñada, de transferencias de financiación a IDEA por parte de la Consejería de Empleo, la cantidad de 87.478.495 euros, así como en las siguientes”

(Énfasis añadido)

Permanecen los términos utilizados en ejercicios anteriores.

Y de nuevo en la referencia (10) se repite el modelo de la (3) y la (5) al referirse a la tramitación de una modificación presupuestaria:

“El 22 de diciembre de 2008, el Consejo de Gobierno aprobó, presidido por el acusado Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, -de los cuales formaba parte la acusada Lourdes Medina Varo desde el 3/05/2008-, **previa tramitación de la Conse-**

²⁶ Más tarde se analizará con más detalle y será objeto de análisis específicamente en el Motivo IV Segundo, pero debe adelantarse ahora que con términos tajantes la sentencia de instancia resuelve la cuestión previa planteada por el Ministerio Fiscal sobre el objeto del procedimiento que recoge la **página 139**: “Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa.”

jería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General, y estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, una modificación presupuestaria por importe de 1.253.853,89 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51.31L "Transferencias de financiación Agencia IDEA" y 740.51.31L "Transferencias de financiación IDEA", dando de baja de otras aplicaciones del programa 32H, "Planificación para el Empleo". Cantidad destinada, según la contabilidad de IDEA y la memoria de la modificación, al pago de ayudas sociolaborales..."

(Énfasis añadido)

La mención (10) no alude a las aprobaciones sino que introduce un dato fáctico nuevo: "*gravedad de la situación*"²⁷ y al conocimiento de "*las actuaciones que llevaron a cabo los acusados de la Consejería de Empleo*":

"DECIMOCTAVO.- La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, **y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo**, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados **José Antonio Griñán Martínez**, -Consejero de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y presidente de la Junta de Andalucía en el periodo abril 2009/septiembre 2013-, Carmen Martínez Aguayo,..."

Este párrafo de los HHPP obliga al lector a volver sobre lo narrado buscando cuáles sean esas "actuaciones llevadas a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo". A salvo de las descritas sobre la ayuda a HYTASAL que tuvo lugar **en 2003** (página 63, HP NOVENO) no encontramos en el relato anterior otras actuaciones de los acusados de la Consejería de empleo.

La mención (11) repite el formato de las anteriores para el presupuesto del ejercicio 2009 con utilización de las mismas imprecisas y abiertas expresiones ("proceder") vinculadas a los cargos públicos institucionales desempeñados sin personalizar la conducta de JAGM:

DECIMONOVENO. - **Sin cambiar el proceder**, los acusados Manuel Chaves González, como presidente de la Junta de Andalucía, Gaspar Zarrías Arévalo, como Consejero de la Presidencia, **José Antonio Griñán Martínez, como**

²⁷ En el Motivo II.2 se propondrá la supresión de esta afirmación al estar contradicha por toda la documentación literosuficiente que contiene las valoraciones ofrecidas durante todo ese periodo por las instancias de control interno y externo de la Junta de Andalucía.

Consejero de Economía y Hacienda, Antonio Fernández García, como Consejero de Empleo, Francisco Vallejo Serrano, como Consejero de Innovación, Agustín Barberá Salvador, como Viceconsejero de Empleo, Carmen Martínez Aguayo, como Viceconsejera de Economía y Hacienda, Juan Márquez Contreras, como Director General de Trabajo y Seguridad Social, Lourdes Medina Varo, como Secretaria General Técnico de la Consejería de Empleo, (3-5-2008/17-5/2012), y Antonio Vicente Lozano Peña, como Director General de Presupuestos, **en el ejercicio de sus respectivas competencias y funciones**, participaron en la elaboración, tramitación y **aprobación del anteproyecto de presupuesto de 2009**, el cual consignó como crédito inicial de la aplicación presupuestaria ya reseñada la cantidad de 80.420.634 euros, dentro del programa 31L

EL HP VIGESIMOSEGUNDO – que será analizado en el apartado referido al motivo de infracción de ley referido al delito de malversación -- **se aparta de la coherencia señalada antes**, y saltándose la exclusión de las ayudas del objeto de enjuiciamiento, alude a ayudas concretas concedidas, en abierta contradicción con lo dispuesto por el propio tribunal en Cuestiones Previas. En todo caso, debemos resaltar ya desde este momento que en ningún momento alude ni directa ni indirectamente a JAGM.

La referencia (12) del HP VIGESIMOTERCERO vinculado al anterior y afirma que estos “hechos”, eran “conocidos”:

VIGESIMOTERCERO.- Estos hechos no sólo eran conocidos por los acusados (...) -por el desempeño de sus cargos en la Consejería de Empleo en los periodos ya reseñados-, sino también eran conocidos por los demás acusados, **José Antonio Griñán Martínez**, Presidente de la Junta desde el mes de abril de 2009, y destinatario antes, como Consejero de Economía y Hacienda, de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA Carmen Martínez Aguayo, Consejera de Economía y Hacienda, y antes como Viceconsejera, receptora de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, (...). Todos ellos tuvieron conocimiento del uso del procedimiento descrito, de las conclusiones de la Intervención Andaluza, a partir de la comunicación del **informe adicional de ayudas de 2003**, -que se incluye como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del entonces IFA, del año 2003, y que lleva por título "Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social", firmado en el año 2005, **y cuyas conclusiones fueron repitiéndose, en mayor o menor medida**, en los sucesivos informes de la Intervención de las cuentas anuales de IDEA de los ejercicios siguientes, así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L, que

ya han sido descritas, y que posibilitaron y permitieron que, año tras año, -conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados-, se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito.”

(Énfasis añadido)

Se trata de un HP que será objeto de análisis en el capítulo referido a la malversación que si bien atribuye a JAGM el conocimiento de las ayudas concretas del HP anterior, seguidamente identifica en relación sus dos fuentes de conocimiento de “estos hechos”: el Informe adicional de 2003 y los informes de Control Financiero Permanente. Ninguna de esas dos fuentes contiene la información de las ayuda del HP VIGESIMOSEGUNDO.

1.1.2.2. Los datos fácticos referidos a JAGM situados en el apartado FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Como hemos advertido en el apartado anterior, resulta también relevante señalar aquellos datos fácticos situados *fuera* del apartado de HHPP (con incumplimiento del mandato de los artículos 248.3 LOPJ Y 142 LECRIM, que establecen la consignación “*expresa y terminantemente de los [hechos] que se estiman probados*” y de la doctrina jurisprudencial que únicamente admite que se incluyan en los FFJJ afirmaciones fácticas “...*que complemente el hecho probado*”²⁸).

En todo caso, al objeto de evitar el riesgo de que pueda atribuirse a este recurso en el marco de la queja por infracción de ley haber realizado un análisis

²⁸ STS 235/2009: “No cabe duda que una alteración del contenido de la sentencia, respectivamente dividido, en hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo, conforme a los arts. 142 de la Ley procesal y 248.3 de la Organización del Poder Judicial, puede implicar una indefensión del recurrente que no puede emplear las vías de impugnación respectivamente previstas en la ley procesal para impugnar la sentencia, en este caso, condenatoria. Es por ello que esta Sala, en Sentencias STS 470/2005, de 14 de abril, y 945/2004, de 23 de julio, ha declarado que la posibilidad de que se contengan en la fundamentación de la sentencia afirmaciones de carácter fáctico siempre ha sido de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado (SSTS 945/2004 de 23.7, 302/2003 de 25.2 y 209/2002 de 12.2), pues se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 1369/2003 de 22.10), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales.”

incompleto de los HHPP, incluiremos en nuestro análisis también todas las afirmaciones fácticas ubicadas en sede de FFJJ. Tanto las que se refieren a JAGM como las que por ser anteriores a abril de 2004 no le afectan.

A) DATOS QUE NO AFECTAN A JAGM.

El FJCUARTO (pág. 226) denominado “*Cronología de los hechos*”, contiene, a pesar de venir situados en el apartado de FFJJ, sobre todo datos fácticos. Encontramos aquí en la pág. 237 y 238 el relato de la creación del “sistema” como una decisión impersonal bajo el “se” tan reiteradamente utilizado (“...se toma la decisión...” “... los responsables del Gobierno de la Junta...”) de naturaleza explícitamente declarada política (“...con la finalidad de lograr la plasmación de la decisión política...”) que se data concretamente en el 18 de abril de 2000, por tanto fuera del marco temporal de JAGM²⁹. En el mismo sentido en la **página 259**³⁰.

²⁹ 7.- Tras los problemas sufridos en los expedientes de ayuda a IAMASA, HAMSAS, y otros, se toma la decisión de cambiar totalmente el modo de proceder. En el mes de abril del año 2000, con la finalidad de lograr la plasmación de la decisión política de concesión de ayudas con total rapidez, tanto en la concesión, como en su pago, y ante los obstáculos encontrados, ya reseñados, en el expediente de ayuda a extrabajadores de IAMASA, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas, se produce la primera modificación presupuestaria en el presupuesto de la Junta de Andalucía para ese año 2000, y que tiene como finalidad detraer de los fondos correctamente presupuestados y destinados hasta entonces a subvenciones excepcionales, teniendo por destinatarios, bien a empresas, bien a familias o asociaciones sin ánimo de lucro, conceptos 47 y 48, respectivamente, y aumentar una partida nueva, la 440.01, esto es, transferencia de financiación al Instituto de Fomento de Andalucía, dentro del programa 22E (...) Pero las citadas necesidades de rapidez e inmediata respuesta a los problemas sociales, con las circunstancias ya vistas de los informes desfavorables del Gabinete Jurídico, y reparos de disconformidad por parte de la Intervención, y la duración de la correcta tramitación de todo expediente de subvención excepcional, determinó a los responsables del gobierno de la Junta a establecer un sistema distinto, cuyo punto de inicio es la modificación que se produce el 18 de abril del año 2000, fecha en la que el Consejo de Gobierno, presidido por el acusado Manuel Chaves González, aprueba la modificación presupuestaria, por la cual se dan de baja créditos de la aplicación 472, ya citada, dentro del programa 22E, y se incrementa una aplicación nueva, dentro del programa 22E, cuál era la 440.12, transferencias de financiación al Instituto de Fomento de Andalucía. El programa 22E seguía siendo el mismo, esto es, el programa desde el cual se habían dado las ayudas sociolaborales hasta la fecha. La aplicación 440 es una transferencia de financiación, y por tanto un instrumento técnico de trasvase de fondos desde la Consejería de Empleo al Instituto de Fomento de Andalucía, como entidad pública de la Junta. El primer efecto

Hemos de llamar la atención sobre la descripción sobre los propósitos, finalidades, justificaciones o motivos que conforme a los HHPP “determinaron” a aquellos a quienes les atribuye la responsabilidad de tomar esa decisión de -- acreditada por la Sala de instancia -- naturaleza política de crear “un sistema”: conseguir una mayor rapidez para una inmediata respuesta a problemas sociales. Afirmaciones que pudieran entrar en colisión o introducir relevantes matices a la calificación del sistema como “fraudulento” que aparece por primera vez en la **página 287** que seguidamente referiremos.

B) DATOS QUE AFECTAN A JAGM

En la pág. 264 se amplía el contenido del informe de la mención (1) a JAGM en el HP OCTAVO y en la pág. 268 se vincula su conocimiento a la actuación de “todos los acusados”:

“La simple lectura del citado informe adicional, y el hecho de su extensión a la totalidad de los expedientes que se reclamaron de la Dirección General de Trabajo, tuvo que hacer ver a todos los que conocieron el contenido del mismo, que ante tan graves deficiencias, los fondos dispuestos por el Director General de Trabajo, no tenían que haber salido de la Junta de esa forma.

A pesar de lo cual, todos los acusados que tuvieron conocimiento del contenido del informe definitivo de cumplimiento de la Agencia IDEA del ejercicio 2003, con este anexo, llamado informe adicional, confeccionado y remitido en el año 2005, **permitieron que el sistema**, tal como ha sido explicado anteriormente, **siguiera funcionando**, y que se siguieran consignando indebidamente las transferencias de financiación de la Consejería de Empleo

conseguido es no poder identificar quién era el beneficiario de estas subvenciones excepcionales.”

³⁰ “Gracias a **este sistema**, articulado en un principio a través de expedientes de modificaciones presupuestarias, en los años 2000 y 2001, el acusado, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, dispuso de más de 93.000.000 €, **sin sujeción alguna a la fiscalización previa de la Intervención General de la Junta de Andalucía**, y sin necesidad de tramitar expediente alguno de subvención excepcional, como por el contrario, se había estado haciendo hasta la fecha de la primera modificación de 18 de abril de 2000”.

al IFA, en los proyectos de presupuestos de ejercicios posteriores, y en las modificaciones presupuestarias, **al menos hasta el año 2009.**”

Será en los Motivos del apartado IV del presente recurso el lugar para valorar esa vinculación que se introduce entre el informe de 2003 y los fondos que se atribuyeron en años posteriores a la Dirección General de Trabajo

Baste recordar que el párrafo se refiere a ese informe adicional con el contenido que refleja la página **HP NOVENO pág. 63**. Es decir, el análisis de una ayuda que se extiende a 24 de las 144 concedidas en 2003.

En los apartados sucesivos a éste la resolución se refiere a “los acusados” genéricamente, sin que aparezca mención nominal a JAGM.

En la **página 287** y **por primera** vez se atribuye al “sistema” la condición de “*fraudulento*”, para señalar el momento de su finalización:

32.- Desde el punto de vista presupuestario, **todo este sistema fraudulento** expuesto anteriormente, finaliza con la elaboración del anteproyecto de ley de presupuestos para el ejercicio 2010, puesto que en él se abandona el uso de la partida presupuestaria 440.51, transferencias de financiación a la Agencia IDEA”

(Énfasis añadido)

Merecen resaltarse dos detalles.

Primero, que el carácter “*fraudulento*”, como se adelantaba ya, aparece por primera vez en esta página 287 y entra en contraposición o tiene que convivir aunque sea como el agua y el aceite, con otras finalidades descritas anteriormente con detalle, que lejos de ser *fraudulentas* tiene un significado contrario, *encomiable*: responder con rapidez a problemas sociales.

Segundo, que el presupuesto de 2010, primero que supera las dificultades planteadas por el uso inadecuado de las transferencias de financiación, es precisamente el primero elaborado con JAGM como Presidente de la Junta de Andalucía³¹.

³¹ El Motivo II, apartado Tercero permite una exposición detallada del progresivo proceso de superación del instrumento presupuestario de las transferencias de financiación, que tiene lugar siguiendo las indicaciones de la Intervención.

Ya dentro del FJ DECIMOQUINTO que lleva por título “Elaboración del presupuesto en la Consejería de Economía y Hacienda” (pág. 525), detectamos la mención de actuaciones consistentes en la *inclusión indebida* de créditos para Transferencias de Financiación al IFA/IDEA como una forma de “*incorrecta presupuestación*”, que se atribuyen a la Consejería que, siguiendo la línea iniciada en los HHPP, sigue siendo es actor o sujeto activo institucional, objetivo e innominado (pág. 543):

“En definitiva, la ley encomienda a la Consejería de Hacienda todas las funciones inherentes, tanto a la elaboración del Presupuesto, hasta su elevación al Consejo de Gobierno, como a la correcta consignación de las partidas presupuestarias que la misma Consejería ha establecido con carácter obligatorio, por mandato de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía.

11) A la vista de lo cual, hemos de concluir, que desde 2002 a 2009, **en el anteproyecto y proyecto de presupuesto del programa 31L, de la Consejería de Empleo, se incluyeron indebidamente por esta Consejería**, créditos para Transferencias de Financiación a IFA-IDEA, los cuales iban a ser destinados a la concesión de subvenciones. Y, aunque la propuesta inicial parte de la Consejería de Empleo, lo cierto es que, **la elaboración del presupuesto es competencia de la Consejería de Economía y Hacienda, que la ejerce a través de la Dirección General de Presupuestos, bajo la dependencia directa de la Viceconsejería de Economía y Hacienda.** Y en dicha elaboración del anteproyecto, se incluía esta partida. Por consiguiente, aunque la propuesta parte de la Consejería de Empleo, **es la Consejería de Economía y Hacienda la que decide su inclusión en el Anteproyecto de Presupuesto.**

12) **A esta misma conclusión, sobre la incorrecta presupuestación, llegó la Cámara de Cuentas de Andalucía...”**

La referencia a la Cámara de Cuentas será objeto de análisis más extenso en otros lugares del recurso. Baste adelantar que el informe referido se emitió en **el año 2012**. La aclaración es pertinente pues a un lector desprevenido la referencia al informe de la Cámara de Cuentas, que la sentencia recurrida introduce en diversos momentos, pudiera llevarle a pensar que entre 2004 y 2009, dicha institución de control externo, dependiente del Parlamento y con la expresa atribución de control de subvenciones, hizo alguna advertencia o alusión a las transferencias de financiación. No fue así y no aparece mención alguna en los HHPP.

Ninguna referencia a JAGM, pero aun no siendo propiamente datos fácticos, se refiere a las “actuaciones encomendadas a la Consejería de Hacienda” (pág.544) y en el siguiente apartado, en una serie de contestaciones a alegaciones defensivas (sin referencia al delito a que se refieren ni al elemento del delito concreto sobre el que versan), en la pág. 585 la resolución, de nuevo teniendo a la Consejería --- no a JAGM – como sujeto activo, refiere *lo que pudo hacer*:³²

“Pero **lo que sí puede enmendar** la Consejería de Economía y Hacienda es el instrumento presupuestario que pretende utilizar la consejería de la que parte la propuesta de gasto, porque eso sí es competencia de la Consejería de Economía y Hacienda.”

La referencia a *lo que sí podía enmendar* la Consejería, además de ofrecer dificultades de identificación de la persona que merece el reproche, alude a una conducta omisiva, consistente en dejar-de-hacer-lo-que-se –debía/podía-hacer. Y como vimos, las conductas omisivas fueron expresamente excluidas del concepto de resolución y por tanto de los hechos por los que condena.

El FJ TRIGESIMONOVENO (pág. 1421) lleva por título JOSE ANTONIO GRIÑAN MARTINEZ y su contenido según la propia resolución debiera ser el análisis de la prueba practicada respecto del mismo. Encontramos afirmaciones fácticas en la línea de los HHPP, en su mayor parte referidas a “lo conocido” por JAGM:

Página 1443

Pues bien, bajo su mandato se elaboraron los anteproyectos de presupuestos, sin ajustarse al régimen de las transferencias de financiación, establecido en la normativa a la que hemos hecho referencia en fundamentos anteriores.

2.- Como Consejero de Economía y Hacienda intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2005 a 2009. Participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Habiéndose incluido en los anteproyectos de presupuestos el uso de la transferencia de financiación al IFA, dentro del programa 31L

³² Referencia a lo que pudo hacer y **no hizo** que resulta incompatible con la exclusión de la forma de comisión **omisiva** del delito de prevaricación y de malversación.

Poco después la resolución ofrece una serie de deducciones encadenadas --- que serán objeto de valoración crítica en otro motivo³³ – para concluir que JAGM conocía las *irregularidades* en la fase de ejecución del gasto:

Pág. 1446

Por lo que mal puede alegarse **desconocimiento de irregularidades en la fase de ejecución del gasto**. Pues, como hemos dicho, el uso del expediente de transferencia de financiación abocaba a la imposibilidad de tramitar expedientes para la concesión de las subvenciones, y, por consiguiente, **que no pudieran ser objeto de la preceptiva fiscalización previa**.

Lo anteriormente expuesto es válido tanto para la elaboración de los proyectos de presupuestos, como para las modificaciones presupuestarias que aumentaron los créditos del programa 22 E, posteriormente 31L.

Esto, era conocido por el acusado.

Sin embargo la resolución – quizás por un lapsus -- vincula ese *conocimiento* a una referencia temporal discordante respecto de mi mandante, pues se refiere al **año 2000** en el que él no tenía ningún cargo:

“Reiteramos aquí las razones expuestas, que nos llevan a establecer como única conclusión razonable, que lo que se pretendió con las modificaciones presupuestarias del año 2000, y con las demás que se aprobaron en el año 2001, fue eludir la tramitación de los expedientes de concesión de subvenciones, con los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, así como la fiscalización previa por parte de la Intervención”

La sentencia de instancia ofrece una inferencia o juicio de intenciones situado fuera del periodo en que JAGM está presente en el escenario de los hechos, sin que de otro lado consigne hechos (comunicaciones, contactos o acuerdos) que le pongan en conocimiento las supuestas intenciones o finalidades perseguidas por quienes establecieron el “sistema”.

Lo que atribuye a JAGM es que “se” siguiera “haciendo un uso inadecuado de las transferencias de financiación”, pero ni le atribuye **a título personal** tal uso, ni mucho menos compartiendo las finalidades de quienes lo establecieron años antes cuando aprueba con el Consejo de Gobierno el Proyecto de Ley de Presupuestos. Así se expone de forma literal en la pág. 1447

“5.- Siendo Consejero de Economía y Hacienda, **se** siguió haciendo este **uso inadecuado** de las transferencias de financiación en las distintas

³³ Ver Motivo IV.

modificaciones presupuestarias que se produjeron, incrementando el programa 31L, en lo relativo a las transferencias de financiación al IFA, en materia de relaciones laborales. Participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno, del que formaba parte..."

(Subrayado añadido)

E inmediatamente después refiere una circunstancia fáctica relevante que aparece por primera vez en esta página: una modificación presupuestaria de diciembre de 2004. Es preciso recordar --- aunque pase desapercibido en los HHPP, que el 14 de marzo de ese año se celebraron elecciones al Parlamento de Andalucía, cuya nueva legislatura se inició en abril con una reestructuración del gobierno que suprimió, por Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril (BOJA num.996, de 25 de abril), la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, cuyas competencias fueron asumidas en todo lo que se refiere al desarrollo tecnológico por la nueva Consejería de Innovación Ciencia y Empresa, IFA incluido. Por ello los créditos aprobados por el Presupuesto para 2004 tuvieron que reestructurarse cuya culminación definitiva solo tendría lugar en el presupuesto para 2005".

6.- Entre estas modificaciones presupuestarias, destacar que acordó elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación (PPRI, INFORME IGAE COMPLETO, ANEXO TOMO 5, página 47) la que tuvo lugar en diciembre de 2004, que incrementaba el programa 32H "Servicio Andaluz de Empleo", por importe de 2.994.876 euros. A pesar de que los fines del programa 32H eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas. Y que, por consiguiente, era ilegal, al ser contraria a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos serán vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (artículo 38 de la ley General de la hacienda pública de Andalucía), lo que impide su aplicación a fines distintos de los previstos en la misma.

Desarrolla aquí la resolución los hechos que ya narró en el HP NOVENO, sin mención o referencia a JAGM.³⁴

³⁴ No se incluye en los HHPP el hecho de que en marzo de 2004 hubo elecciones al Parlamento Andaluz de las que nació en nuevo gobierno, en el que ya participó JAGM. Así pues el ejercicio presupuestario **se vio partido en dos legislaturas** lo que obligó a la adaptación del estado de gastos de los departamentos que sufrieron alguna reestructuración, señaladamente el de Empleo por la creación de la Consejería de Innovación Ciencia y Empresa.

Finalmente en la **página 1467** se incluye una relevante proclamación general con un contenido fáctico, pero también claramente valorativo³⁵:

“24.- Por consiguiente, el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.”

Se trata ahora, en el presente motivo de analizar si **los hechos que se declaran PROBADOS** atribuidos a JAGM, por lo que las valoraciones sobre la “palmaria ilegalidad” o sobre la “asunción” serán objeto de crítica en otros motivos.

1.1.3. Conclusión: Los HHPP referidos a JAGM en relación al delito de prevaricación.

Conforme a todo lo expuesto, podemos concluir que la sentencia señala como HHPP referidos a JAGM relacionados con el delito de prevaricación continuada los siguientes:

La participación entre los años 2004 y 2009, como titular de la Consejería de Economía y Hacienda en el proceso de tramitación del ante-proyecto de ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias y como miembro del Consejo de Gobierno en la aprobación de ambas, incluyendo en el programa 41.L, una utilización inadecuada de las Transferencias de Financiación, para de ese modo...

(hasta aquí referidos al delito de prevaricación),

...disminuir controles, conociendo irregularidades en la gestión y asumiendo la eventualidad de que esos fondos pudieran destinarse a un fin público distinto al que estaban presupuestados.

(última frase referida al delito de malversación).

³⁵ El presente motivo y el presente apartado contiene las **referencias fácticas** de la resolución impugnada a lo que JAGM “conocía” o las actuaciones que le atribuye en relato de HHPP. No tiene ahora encaje las afirmaciones **valorativas** (“palmaria ilegalidad”) de la sentencia cuya crítica tendrá acomodo en otros motivos.

1.2. No concurrencia de los elementos del delito de prevaricación.

1.2.1. Calificación jurídica por la que condena a JAGM.

La sentencia condena a JAGM como co-autor directo - junto con otros diecinueve condenados - de un delito de prevaricación administrativa continuado cometido a lo largo de los años 2004 a 2009 (en concurso medial con un delito de malversación, con la misma forma de autoría, pero en este caso junto con nueve condenados).

Como ya se advirtió en apartado previo, la resolución no ofrece un FJ dedicado al análisis y exposición de los distintos elementos de los delitos por los que condena a JAGM, por lo que hemos de *buscar* aquellos fundamentos en las argumentaciones **generales** contenidas en los FFJJ CUADRAGESIMO QUINTO a QUINCUAGÉSIMO (**páginas 1652 a 1813**), así como en otras referencias dispersas por toda la sentencia recurrida.

1.2.2. La autoría atribuida a JAGM.

La sentencia no explica qué forma de autoría atribuye a JAGM. **Simplemente no aborda este punto** ni en el apartado FJ CUADRAGESIMOQUINTO, de calificación jurídica, ni en el FJ TRIGESIMONOVENO dedicado a JAGM.

Entendemos por ello que solo puede ser una autoría directa y conjunta del art. 28.1 CP: *“Son autores los que realizan el hecho (...) conjuntamente...”*, por cuanto que no aparece en la resolución referencia, argumento o consideración alguna acerca de *la necesidad* de actuaciones de JAGM en relación con una actuación ajena, que pudieran indicar alguna forma de participación como cooperador necesario del art. 28.2 CP (*“También serán considerados autores...”*).

La única referencia encontrada en la sentencia de instancia al concepto de *“cooperación necesaria”*, aparece en relación con la respuesta del tribunal de instancia a alegaciones defensivas de otro condenado. La respuesta es denegatoria con remisión a explicaciones supuestamente ofrecidas en el apartado de calificación jurídica que no hemos encontrado. Así aparece en la **página 1753**.

“Por las defensas de (...) se plantean, de modo subsidiario, una tesis defensiva, consistente en que los hechos cometidos por sus patrocinados, determinarían una cooperación necesaria en lugar de una autoría.

Alegación que no puede ser acogida. (...)

Se trata de un supuesto de coautoría con división de funciones entre los intervinientes (STS de 12/03/2014, n° de resolución: 158/2014, n° de recurso: 10814/2013).

De otro lado no hemos encontrado referencia alguna distinta de ésta en toda la sentencia de instancia. Habrá que concluir que, por tanto, JAGM es considerado autor directo y conjunto en los términos de la sentencia citada³⁶. Es decir, conforme a la calificación por el que la sentencia de instancia condena a JAGM tanto en el delito prevaricación como en el de malversación, debería mantener un dominio funcional de la acción principal y realizar actos ejecutivos con el dominio de la acción, asumiendo su propia función.

Encontramos – con ese carácter general, conjunto y difuso, innominado e impersonal como los HHPP desarrollan la descripción de los comportamientos -- alguna vinculación *débil* entre la aprobación presupuestaria y las irregularidades de gestión, con términos como “posibilitó” o “podía ocurrir”, que carecen no solo de una atribución personal concreta, sino incluso de una mínima entidad semántica

³⁶ STS 158/2014, que se dicta sobre un supuesto de hecho muy distinto y sin relación alguna con el delito de prevaricación, pues se trata de unos narcotraficantes que en la costa malagueña secuestran a quien escondían dinero o drogas (*El día 14 de Julio de 2010, los procesados Damaso , Feliciano , -que también usa el nombre de Miguel - Gregorio - que también usa el nombre de Raimundo en la vivienda situada en Punta Chullera, URBANIZACIÓN000 , Bahía de la Roca, CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Manilva, Málaga, acordaron retener a Jose Antonio , y para ello lo amordazaron, le taparon los ojos y ataron sus manos y pies con cinta adhesiva. Estimo en esa situación al 10 días, durante los cuales lo golpearon fuertemente en la cabeza, propinándole golpes y puñetazos en todo el cuerpo, con el fin de que les revelara donde estaba una determinada cantidad de dinero, de la que según ellos, se había apropiado*) **Pero en lo nos interesa, lo que señala la sentencia dictada por la Sala de instancia es que** “*Como hemos dicho en SSTs. 927/2013 de 11.12 (RJ 2013, 7919), 776/2011 de 20.7 (RJ 2012, 3380), 391/2010 de 6.5 (RJ 2010, 5167), 960/2009 de 16.10 (RJ 2009, 5993), se diferencia la coautoría de la cooperación o de la participación, en el carácter o no, subordinado del participe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes...*”

suficiente para poder establecer ni tan siquiera una relación de causalidad necesaria en el plano objetivo, ni desde luego un consentimiento respecto de esa mera posibilidad, en el plano subjetivo. En todo caso, no es posible encontrar ese dominio propio de la acción que se predica como forma de autoría. Los HHPP no recogen reparto de funciones, acuerdo o participación con otros de JAGM que no sea la objetiva, oficial, obligada y neutra derivada de su cargo y su posición institucional. No incluyen los HHPP alguna relación o contacto, vínculo o actuación fuera de ese marco objetivo e institucional de JAGM con otro u otros de los acusados.

Tampoco hemos encontramos en los HHPP ninguna alusión a alguna forma de influencia psicológica ³⁷ de JAGM sobre otros, debiendo descartarse por ello cualquier participación *por inducción* en los delitos por los que le condena.

Aparecen serias dificultades a la hora de identificar con claridad **“el hecho”** que JAGM realiza *“conjuntamente”*, pues la sentencia de instancia lo que identifica propiamente **es una participación en procesos pre-legislativos en ejercicios de sus competencias como Consejero de Economía y Hacienda o como miembro del Consejo de Gobierno**. Ya hemos visto con qué términos polisémicos, imprecisos, abiertos, referenciales y ambivalentes se hace esa descripción *“de trazo gordo”* como *“proceder”*, *“idéntico proceder”*, *“no modificaron el anterior proceder”*³⁸ o *“participar en la elaboración del presupuesto”*.

Tales expresiones imprecisas están vinculadas al contexto de la narración a una determinada forma de presupuestación de una partida presupuestaria (programa 31.L) y de modificación de la misma, que resultaba conforme al criterio de la Intervención *inadecuada* (por usar transferencias de financiación) realizada en la Consejería de Empleo, iniciada en el año 2000 y abandonada en el 2009. Ya hemos visto que JAGM aparece en escena en abril de 2004 y los HHPP lo que le atribuyen seguir con *“el mismo proceder”*. Esa *inadecuada* presupuestación, según explican los HHPP perseguía, cuando se inició, cuatro años antes de la incorporación de JAGM a la Junta de Andalucía, conseguir una mayor agilidad y rapidez de respuesta a

³⁷ Lo que se ha denominado *“maniobras de persuasión suficientes”* STS 537/2002 de 5 de abril.

³⁸ Ver Motivo III

situaciones de crisis de empresas, *eludiendo* controles previos (por eso es considerada por la sentencia como un mecanismo “fraudulento”) en la dependencia encargada de la gestión, disposición o distribución de esos fondos destinados a ayudas socio-laborales y “posibilitó” una eventual disposición de los gestores para fines distintos de los públicos a los que debían destinarse.

Más allá de la expresa exclusión de la sentencia para otro condenado y del silencio respecto de JAG, dos razones impiden atribuir a esa vinculación con quienes actuaban en el marco de la gestión de fondos (en el marco de la Consejería de Empleo) una forma de participación en la condición de *cooperador necesario* de JAGM en las eventuales ilegalidades o delitos de prevaricación cometidos por aquellos o que aquellos pudieran cometer:

(a) de un lado que el término “*posibilitar*” es tan amplio y objetivo que impide atribuirle un determinado grado o intensidad o grado de *necesidad* en el curso causal de los acontecimientos y

(b) de otro que no es posible encontrar análisis, mención o indicación alguna sobre la existencia de un *acuerdo de voluntades* entre mi mandante JAGM y aquellos otros acusados vinculados a la gestión de los fondos, situados en otra dependencia administrativa sobre los que no mantenía relación jerárquica alguna³⁹.

En todo caso, debemos concluir que conforme a la doctrina recopilada por la STS 607/2019 de 10 de diciembre⁴⁰, la calificación jurídica que la sentencia

³⁹ El momento en que JAGM tuvo esa superioridad jerárquica, al ser nombrado Presidente, en abril de 2009 queda fuera del marco temporal del delito de prevaricación continuado.

⁴⁰ “Son pues coautores los que conscientemente realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, **siempre que tengan un dominio funcional del hecho**, de suerte que pueda predicarse que el hecho pertenece a todos los intervinientes en su ejecución (SSTS 529/05, de 27 de abril (RJ 2005, 5218) ; 1315/05, de 10 de noviembre (RJ 2006, 3099) ; 1032/06, de 25 de octubre (RJ 2006, 7115) , 258/07, de 19 de julio (RJ 2007, 4869) ; 120/08, de 27 de febrero (RJ 2008, 1572) ; 989/09, de 29 de septiembre (RJ 2009, 5985) 708/10, de 14 de julio (RJ 2010, 7342) ; o 220/13, de 21 de marzo (RJ 2013, 3965)), diferenciándose la autoría material y directa, de la cooperación, en que **el cooperador no ejecuta el hecho típico**, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, pudiendo calificarse de necesaria cuando la actividad coadyuvante resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósi-

recurrida atribuye a JAGM, como autor directo, activo y conjunto, exige un dominio funcional pleno sobre el hecho y una ejecución de actos propios del autor, es decir, típicos, consistentes en este caso en un delito de prevaricación continuada – conectado por la relación de medio a fin con un delito de malversación de caudales públicos --.

La autoría directa y conjunta, sin referencia a acuerdo, comunicación, convenio o vínculo con los otros autores directos -- distinto de la pertenencia a la administración autonómica --, de nuevo nos remite a la incriminación de la actuación de entidades y organismos públicos, con quiebra de principios generales. Tales organismos públicos, titulares del *ius puniendi* serían en todo caso, perjudicados de los delitos de prevaricación y malversación⁴¹.

Afloran en este apartado dificultades de entendimiento del concreto hecho atribuido a JAGM atendida la utilización de términos, genéricos e imprecisos o de explicación de cómo relacionar su actuación con finalidades atribuidas por los HHPP a un momento anterior y a otras personas.

La autoría directa y conjunta de un delito de prevaricación continuado exigiría identificar la norma o el conjunto de normas violadas mediante una actuación propia. La sentencia recurrida no permite tampoco esa identificación.

1.2.3. Bien jurídico.

El objeto de protección asociado al delito de prevaricación administrativa no es la salvaguarda de la *utilización adecuada* de los instrumentos de presupuestación, sino la sujeción al principio de legalidad de la actuación de las personas que ejercen la potestad de dictar resoluciones que afectan derechos e intereses de los

tos criminales asumidos por unos y otros (STS 954/10, de 3 de noviembre (RJ 2011, 2366)) y de la complicidad cuando la aportación, sin ser imprescindible, sea de alguna forma relevante, en el sentido de favorecer o facilitar la acción o de la producción del resultado (STS 970/04, de 22 de julio (RJ 2004, 6267))”

⁴¹ Estamos ante uno de los graves errores o quiebras conceptuales que subyacen en la sentencia impugnada que, para es mejor entendida, a pesar de la aberración jurídica que supone, debe aceptarse que en realidad juzga y condena la actuación de la Junta de Andalucía, verdadero sujeto activo de la acción consistente en inventar un sistema para repartir fondos sin control.

ciudadanos o las entidades jurídicas, frente a un ejercicio caprichoso, arbitrario que sustituye los intereses públicos por los propios.

Los HHPP no identifican vulneraciones de normas atribuidas a JAGM. Más bien lo contrario: la actuación en ejercicio de sus competencias siguiendo las indicaciones de los encargados de velar por la legalidad de la actuación de las autoridades y funcionarios.

Lesiona el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa, el apartamiento del funcionario o la autoridad del sometimiento a criterios objetivos de defensa del interés general con sometimiento a la Ley y el Derecho (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 CE), incurriendo en conductas mediante las que hace valer, impone o hace prevalecer su propia voluntad e interés, con criterios subjetivos y particulares que prescinden, se apartan o modulan arbitrariamente las normas que sujetan sus facultades y potestades puestas así a su personal servicio o su singular criterio. Por tanto, obliga la prevaricación a identificar algún abuso o extralimitación del marco de actuación en ejercicio de sus competencias, que superen en el defectuoso actuar del funcionario o autoridad el margen atribuible al error, el ejercicio torpe, la impericia o la dejadez.

La sentencia recurrida no atribuye a JAGM ninguna actuación ilegal, ni siquiera un uso inadecuado de las transferencias de financiación que los HHPP atribuyen a la Consejería de Empleo, sino la participación en los procesos presupuestarios como miembro del Consejo de Gobierno tramitando o aprobando modificaciones o anteproyectos de presupuestos que contenían en un programa de otra Consejería un uso inadecuado del instrumento presupuestario de las trasferencias de financiación.

No lesiona esa conducta el principio de legalidad.

La doctrina y la jurisprudencia incluyen, en el análisis del bien jurídico del delito de prevaricación administrativa, una referencia al principio de intervención mínima o de última ratio, pues el derecho administrativo previene mecanismos de corrección de resoluciones administrativas que se apartan del derecho que reducen los comportamientos criminales a los supuestos de pura arbitrariedad,

expresión de un ejercicio despótico con un apartamiento grosero, palmario y manifiesto del derecho. Nada de eso aparece en los HHPP que afectan a JAGM.

La actuación descrita respecto de JAGM en los HHPP viene ubicada en el ámbito de la dirección política del conjunto de actuaciones de la entidad que ordena la tramitación pre-legislativa de la elaboración del proyecto de **ley de presupuestos**, y de su traslado al Consejo de Gobierno para su aprobación de modificaciones presupuestarias. Pero los HHPP consignan que todas ellas, sin excepción, **siguieron los trámites y procedimientos establecidos por la ley y fueron previamente informadas favorablemente por la Intervención General de la Junta de Andalucía y examinadas y aprobadas por la Comisión General de Viceconsejeros**. A tal descripción le resulta inaplicable el delito de prevaricación.

Los HHPP no contienen referencia, alusión o mención ni directa, ni indirecta, circunstancial, tácita o presunta al apartamiento de JAGM en su “proceder” de criterios objetivos de defensa del interés general mediante la imposición arbitraria de voluntad o interés propio, subjetivo o personal.

No es posible identificar en los HHPP de la sentencia, ni en los datos de hecho incluidos a lo largo de sus FFJJ ni una sola alusión, referencia o mención a algún interés, preocupación o atención particular de JAGM que fuera la razón de ser de una actuación impropia o desviada como autoridad pública, ni en la elaboración de los proyectos de presupuestos, ni en las tramitaciones de las modificaciones presupuestarias.

Así pues en los HHPP referidos a JAGM no se advierte afectación o lesión del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa, razón por la que solicitamos que sea estimado el presente motivo, al infringir la condena el art. 404 CP.

No toda ilegalidad administrativa *lesiona el bien jurídico* protegido por el delito de prevaricación, sino aquella que en términos de la última jurisprudencia, suponga una aplicación de la ley incompatible con ninguna interpretación posible o aceptada de la norma. Los HHPP, en general, refieren un “*uso inadecuado*” por otros de un instrumento presupuestario, ni siquiera un *uso ilegal*. Pero desde luego, en

ningún caso los HHPP atribuyen ninguna forma de tal ilegalidad indefendible o evidente *ictu oculi*, al “proceder” atribuido a JAGM.

1.2.4. Sujeto activo.

Resulta indiscutible la condición de autoridad de JAGM en el marco del art. 24.1. CP, en su condición de Consejero de Economía y Hacienda, durante los años (2004 a 2009) en que tienen lugar las por las que se procede a su condena por un delito continuado de prevaricación administrativa.

Como ya se ha expuesto, debe denunciarse en este apartado la atribución en los HHPP de la sentencia de los comportamientos por los que finalmente se termina condenando a JAGM a “la Consejería” o al “Consejo de Gobierno”, convertidos de ese modo dichas entidades públicas, en verdadero sujeto activo del delito. Tal forma de aludir a JAGM como sujeto activo abre espacios de falta de claridad y necesaria y mínima concreción que son analizados en el Motivo III de este recurso.

1.2.5. Conducta típica.

Como ya se ha expuesto, la sentencia no dedica ningún FJ a analizar la concurrencia de los elementos o requisitos que definen la conducta típica del delito de prevaricación administrativa por el que condena a JAGM. La resolución impugnada, como ya se ha denunciado, entre las **páginas 1652 y 1706** ofrece explicaciones del delito de prevaricación genéricas para todos los condenados. Personas con presencia cronológica muy distinta y con diferentes ubicaciones en el organigrama de la Junta de Andalucía y responsabilidades institucionales tan dispares como la de un Director General o de un Presidente del Consejo de Gobierno.

La sentencia de instancia concentra su exposición en las cinco actuaciones en las que conforme a la **pág. 1652**, atribuye la consideración de “resolución” mediante las que se procede a la comisión del mismo. De esas cinco actuaciones que la sentencia entiende que son susceptibles de ser consideradas resoluciones a los efectos del delito de prevaricación, solo pueden referirse a JAGM las referidas a la elevación para la aprobación en Consejo de las modificaciones presupuestarias y el anteproyecto de ley de presupuestos.

Por tanto, hemos de analizar si de acuerdo con los HHPP concurren en esas concretas conductas, únicas que pueden ser atribuidas a JAGM los elementos y requisitos del delito de prevaricación administrativa.

1.2.5.1. Dictar⁴² una resolución.-

El núcleo del delito, el verbo típico es “dictar” una resolución (“...*el que dictare...*”) lo que permite atribuir una naturaleza activa al delito de prevaricación. Aunque un sector de la doctrina y algunas sentencias -- vinculando la cuestión del verbo típico a la teoría del silencio administrativo y a la dogmática de la comisión por omisión -- han admitido la posibilidad de modalidades de prevaricación omisivas, en este caso, la resolución de instancia que impugnamos la descarta de manera expresa en todos los enjuiciados y, por tanto, también en relación con JAGM en el FJ VIGESIMOPRIMERO (pág. 629)⁴³. A JAGM que según los HHPP no participó la “creación “del “sistema”, se le atribuye *no haber impedido su continuación*, lo que si no configura como una conducta omisiva debe entender como que actuó pero no modificó el anterior “proceder”.

Los HHPP no permiten identificar el dictado por JAGM de una concreta resolución⁴⁴.

⁴² RAE 2ª “Dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc.”

⁴³ “Pero, en todo caso, es claro que ese no hacer que se imputa al acusado en ningún caso puede entenderse constitutivo de una “resolución” administrativa en los términos en que nuestra Jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora, a que se hace referencia en la misma cita de que se hace mérito en la sentencia recurrida (STS 23 de octubre de 2013): Este delito, con arreglo a reiterada jurisprudencia puede cometer por omisión, “concretamente en aquellos casos especiales en que el imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación , en la medida que la ley 30/92, de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas”.» (El subrayado es nuestro). VII.- Por consiguiente, resulta claro que la conducta omisiva de la que se acusa a los acusados, en ningún caso puede entenderse constitutiva de una “resolución” administrativa, en los términos en los que el Tribunal Supremo viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora.”

⁴⁴ No constituyen resoluciones los reglamentos y demás normas con carácter general.

No aparece en ningún caso una decisión, una expresión de su concreta voluntad trasladada a un acto administrativo. Los HHPP no atribuyen a JAGM haber dictado nada, sino *haber tomado parte* en su condición de miembro del Consejo de Gobierno y titular de la Consejería de Economía y Hacienda en actos de trámite (firma del “elévase” en las solicitudes de modificaciones presupuestarias procedentes de la Consejería de Empleo) y actos de dirección política del trámite de la elaboración de los presupuestos o su modificación. Tal como se describen y con sometimiento al respecto reverencial a los HHPP que exige el presente motivo, se trata de una actuación que se define como “proceder”, asociada a la posición institucional u orgánica que ocupaba, conforme a la que le correspondía intervenir en el trámite o impulso de ese proceso administrativo. Tal “proceder” que únicamente se define por ser igual al de años anteriores, carece de contenido material, resolutivo o decisorio o de expresión de voluntad propia.

Así pues, conforme describen la actuación de JAGM los HHPP estamos ante actos reglados y debidos, de trámite o colegiados, sin que venga descrita alguna aportación decisional propia, inidóneos por completo para incluirse en el contenido semántico del verbo “dictar”, núcleo y esencia del delito de prevaricación.

1.2.5.2. El concepto de “asunto administrativo”.

No toda conducta antijurídica de un funcionario puede constituir delito de prevaricación, sino solo aquellas que se hayan desarrollado en un asunto administrativo en el ejercicio de funciones administrativas⁴⁵. Incluso actuaciones tan reprochables como inexplicables, como la de la autoridad que dio la orden a un subordinado para que redactara una nota en que vertía expresiones injuriosas contra un Magistrado, han sido excluidas del ámbito del delito de prevaricación por no poder ser enmarcadas propiamente en un asunto administrativo⁴⁶.

⁴⁵ STS 621/2003 de 6 de mayo.

⁴⁶ STS 866/2008 de 1 de diciembre.

El adjetivo asociado al sustantivo “asunto”, “*administrativo*”, excluye igualmente conforme a consolidada jurisprudencia ⁴⁷, aquellas actuaciones de funcionarios públicos o autoridades, cuyo control se sitúa al margen del derecho administrativo, ya sea por corresponder al derecho civil o mercantil, o como en nuestro caso, al control político del Parlamento, única instancia en donde JAGM rendía puntual y diligentemente cuentas respecto de las actuaciones vinculadas a su actuación de dirección política, como órgano superior de la Administración⁴⁸, en el proceso de elaboración de presupuestos o modificaciones presupuestarias.

En este marco, la sentencia aborda con la técnica discursiva de hacer frente a alegaciones defensivas, la cuestión de los “*actos políticos*” como extraños al concepto de resolución a los efectos del delito de prevaricación. Pero sitúa estas alegaciones en la fundamentación de su consideración como “resolución” del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 (**página 1670**). Se trata de un Convenio absolutamente ajeno a la actuación de JAGM, por lo que se trata de consideraciones que no se formulan en ningún caso para que le puedan ser de aplicación.

Los HHPP, en todo caso, sitúan las referencias a JAGM en el ámbito de decisiones **en ejercicio de las competencias regladas y mediante actos debidos del Consejero y del miembro del Consejo de Gobierno aprobando un proyecto de presupuestos**. Se trata de actuaciones inocuas o de trámite o de dirección política, que deben considerarse situadas claramente fuera del marco propio del derecho administrativo, **sometidas al control político del Parlamento**. Resultaría imposible y absurdo jurídicamente someter a la jurisdicción contencioso-administrativa esas actuaciones de JAGM incluidas en la vaga e imprecisa expresión de “*proceder*”, y referidas a su intervención en la dirección política de la tramitación de modificaciones presupuestarias y de elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos.

En efecto, el artículo 97 de la CE encomienda al Gobierno la dirección de la política interior y exterior. Se trata esta de una función abierta y genérica cuyo

⁴⁷ Por todas STS 340/2012 de 30 de abril

⁴⁸ Artículo 16 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

desarrollo concreto tiene lugar a través de diversas potestades que determinan una posición activa del gobierno y que claramente trasciende su concepción como Poder Ejecutivo.

De hecho, y por lo que se refiere al objeto de este recurso, idéntica naturaleza de dirección política se atribuye al Consejo de Gobierno en el Estatuto de Autonomía (arts. 34 y ss. Hoy es el 119)⁴⁹. Precisamente mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa atribuida ex artículo 33.1 (hoy 111⁵⁰) del Estatuto como el Gobierno lleva a cabo la más importante manifestación de la citada **función de dirección política**, con la que, precisamente, el Gobierno traspasa su clásica función meramente ejecutora de la Legislación del Estado, para desempeñar un papel directo y primordial de *dirección política*, en nuestro caso de la Comunidad autónoma. Con esta función de iniciativa legislativa el gobierno pasa a ejercer “*una capacidad de impulso originario, de creación que se califica de política*” en cuanto innovadora y creadora y no meramente ejecutiva de mandatos de otros”.

En definitiva la actuación de JAGM descrita en los HHPP de la sentencia se enmarca en esa potestad de iniciativa legislativa por la que el Gobierno se erige de modo muy nítido en sujeto activo (y no solo pasivo) de la clásica función que la doctrina italiana ha denominado *de indirizzo político* del Estado. Sin duda alguna existe una simbiosis plena entre la participación del Gobierno en el proceso

⁴⁹ **Artículo 119 del Estatuto de Autonomía**

1. El Consejo de Gobierno está integrado por el Presidente, los Vicepresidentes en su caso, y los Consejeros.
2. El Consejo de Gobierno de Andalucía es el órgano colegiado que, en el marco de sus competencias, ejerce la dirección política de la Comunidad Autónoma, dirige la Administración y desarrolla las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía.

⁵⁰ **Artículo 111. Iniciativa legislativa.**

1. La iniciativa legislativa corresponde a los Diputados, en los términos previstos en el Reglamento del Parlamento, y al Consejo de Gobierno.

de elaboración de las leyes a través de la iniciativa legislativa y la función de dirección política que le atribuye la Constitución.

Pues bien, la sentencia incurre en una aplicación indebida del delito de prevaricación al subsumir en el mismo el “proceder” de JAGM, pues **un proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Gobierno, es un acto de naturaleza inequívocamente política, regido por principios de oportunidad. Por tanto, ni es una “resolución”, ni tiene lugar en el marco de un asunto administrativo** ni es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, **ni desde luego marco idóneo para la comisión de un delito de prevaricación.**

La iniciativa legislativa no es el simple producto de un actuar de la Administración, sino del ejercicio de unas funciones específicas que el Estatuto y la Constitución encomienda al Gobierno -entre otros-, en cuanto que, en el Consejo de Ministros y en los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas concurre una doble naturaleza; ya que si bien y, por una parte, están integrados en la Administración Pública constituyendo su órgano superior, por otra, cuando realizan una actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la «iniciativa legislativa» en orden a la aprobación y remisión de las Cortes Generales de un determinado proyecto de ley, se trata de una **actividad política** que culmina en un acto del Parlamento, del Poder Legislativo, una Ley no susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La STC 45/1990, de 15 de marzo (BOE núm. 85, de 09 de abril de 1990) lo expresa con meridiana claridad:

“no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución”.

Pues bien la iniciativa legislativa en materia presupuestaria constituye, sin lugar a dudas, una de las manifestaciones más relevantes de la potestad de

dirección política del Estado: La Ley de presupuestos aprobada por el Parlamento supone un reflejo matemático y cifrado de la política y se erige en “*instrumento fundamental que recoge la función de dirección política en cifras*”⁵¹. Podemos afirmar de forma tajante que la aprobación de un proyecto de Ley y, por supuesto, de un proyecto de ley de presupuestos **no tiene la naturaleza ni puede ser considerado un asunto administrativo como marco de actuación de la autoridad y funcionario idóneo para el delito de prevaricación**, sino que se trata de **actos de gobierno**⁵² también denominados **actos constitucionales** que regulan las relaciones entre los poderes constitucionales.

Así lo ha señalado de forma categórica la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) en la Sentencia de 20 abril 1993 (RJ 1993\5118), al analizar si un proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Valenciana podía ser objeto de un proceso contencioso administrativo. Para la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo la cuestión es clara y meridiana, al no tratarse de un asunto administrativo, sino de gobierno, no cabe recurso contencioso e inadmite la demanda. La Sentencia de 20 abril 1993 señala concretamente que:

“(Sentencia apelada)” «PRIMERO.-La pretensión de la actora es la de que se declare la inconstitucionalidad de la actuación del Consell de la Generalitat Valenciana de remitir a las Cortes el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Generalitat Valenciana para 1990 (LCV 1990\124), sin haber convocado a la Mesa General de Negociación de la Función Pública.

SEGUNDO.-Plantea la Administración demandada la inadmisibilidad del presente recurso, pues lo que se pretende fiscalizar es la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo Autonómico. Nos encontramos en efecto ante un acto que tiene su cobertura en la propia Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), con lo que la

⁵¹ Vid., JIMENA QUESADA, I., *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁵² En el concepto de “asunto administrativo a los efectos del delito de prevaricación es doctrina constante y consolidada que deben excluirse los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6, 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 (RJ 1999, 469), 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 (RJ 2002, 5449) , 504/2003 de 2.4 (RJ 2003, 4204) , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 (RJ 2003, 6367) , 406/2004 de 31.3 (RJ 2004, 2815) , 627/2006 de 8.6, 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12 (RJ 2008, 7135)).

doctrina llama actos constitucionales que regulan las relaciones entre los poderes constitucionales y que unánimemente consideran no pueden ser fiscalizada sino por el Tribunal Constitucional al determinar la incidencia de los «acta interna corporis» en la validez de las normas legales. Corresponde pues al Tribunal Constitucional el análisis de la relevancia de la omisión que la actora denuncia en la validez de la Ley de Presupuestos para 1990 para la Generalidad Valenciana, como se desprende por lo demás claramente del contenido de la STC 45/1990, de 15 marzo (RTC 1990\45).

PRIMERO.-La sentencia apelada ha declarado inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la remisión a las Cortes, por el Consell de la Generalidad Valenciana, del Proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma correspondiente a 1990 para su tramitación parlamentaria, por entender **que lo que se pretende fiscalizar es la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo Autonómico, no regulada por el Derecho Administrativo, sino por la propia Constitución**, lo que la hace no revisable en este orden jurisdiccional. **N o cabe duda, pues, que el objeto del recurso es la remisión a las Cortes Valencianas por el Consell de la Generalidad del Proyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1990, actuación esta que se pretende sea declarada inconstitucional, yéndose incluso más allá en la demanda al postular también la declaración de nulidad del Proyecto y, en su caso, de la tramitación de la Ley de Presupuestos.**

Se trata, por tanto, de revisar la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, **lo que no es posible en este orden jurisdiccional por constituir una actuación no regulada por el Derecho Administrativo**, como acertadamente señala la sentencia apelada, y ello cualesquiera que sean los motivos en que se apoye la impugnación, que no pueden confundirse con el objeto procesal del recurso -acto o disposición impugnados-, ni éste con las medidas que eventualmente se soliciten para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretenda”.

Un proyecto de Ley (sea un proyecto de Ley de presupuestos o cualquier otro) **no es un asunto administrativo** y, por tanto, no es fiscalizable ante la jurisdicción contencioso-administrativa **ni por ello marco adecuado de actuaciones prevaricantes** conforme a doctrina jurisprudencial consolidada. La STS 26 octubre 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), RJ 1999\7449 en la que se analizaba el Acuerdo de 11 de julio de 1989 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia adoptó el Acuerdo de aprobar el Anteproyecto de Ley de Creación del Municipio de Los Alcázares y de adopción de medidas complementarias, y su remisión a la Asamblea Regional para su tramitación,

Proyecto de Ley recurrido por el **Ayuntamiento de Torre-Pacheco** y que fue desestimado con base en los siguientes fundamentos.

“SEGUNDO.-La Sentencia debe confirmarse, pues sus fundamentos se ajustan a la jurisprudencia de esta Sala y a la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con la naturaleza que ha de atribuirse a la iniciativa legislativa, cuyo control no puede residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta jurisprudencia y doctrina puede sintetizarse de la siguiente forma:

a) La iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras, amén de las prerrogativas que tienen las Asambleas de las Comunidades Autónomas para solicitar del Gobierno la adaptación de un proyecto de ley o remitir a la mesa del Congreso una proposición de ley, no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues tal iniciativa no es el simple producto de un actuar de la Administración, sino del ejercicio de unas funciones específicas que la Constitución encomienda al Gobierno -entre otros-, en cuanto que, en el Consejo de Ministros concurre una doble naturaleza; ya que si bien y, por una parte, está integrado en la Administración Pública constituyendo su órgano superior, por otra, cuando realiza una actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la «iniciativa legislativa» en orden a la aprobación y remisión de las Cortes Generales de un determinado proyecto de ley, se trata de una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto «a sensu contrario» en los artículos 37 y 1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956\1890 y NDL 18435) y, asimismo, a tenor de lo establecido en el artículo 2 b) de la misma (STS 25-10-1990 [RJ 1990\7972]).

b) No toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto Constitucional, está sujeta a Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos jurisdiccionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) (STC 15-5-1990).

c) Estas ideas, formuladas en términos generales respecto de las relaciones entre Gobierno y Cortes, son también aplicables a las relaciones entre los ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas, ya que la solución contraria podría desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones (STC 29-11-1990 [RTC 1990\196] y ATC 1012-1990 [RTC 1990\426]).

d) No estamos en presencia de un acto de la Administración Pública, sujeto al Derecho administrativo, cual exige el artículo primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que ésta pueda desarrollar su función fiscalizadora, sino que es objeto de impugnación jurisdiccional un acto del Gobierno, en cumplimiento de la potestad constitucional de iniciativa legislativa que le corresponde (artículo 87.1 de la Constitución), diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios mecanismos de control; sin que, en consecuencia y por tanto, pueda ejercer esta Jurisdicción su función, ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios que esta Sala ha ponderado ante supuestos de distinta naturaleza y contenido al aquí enjuiciado (ATS 3-12-1998 [RJ 1998 \ 10658])".

De lo expuesto se desprende con claridad que la compleja tramitación y aprobación por un Consejo de Gobierno de un proyecto de Ley de **presupuestos no es un asunto administrativo**, marco en donde son posibles actuaciones prevaricadoras. Por tanto, no cabe la comisión de un delito de prevaricación en el conjunto de actuaciones situadas en el seno de la tramitación de un anteproyecto de presupuestos que siempre ha de ser objeto de examen, enmienda y aprobación por el poder legislativo.

1.2.5.3. Concepto de resolución.-

Una "resolución" de una autoridad es una decisión, un acto de voluntad de contenido decisorio que se pronuncia entre distintas opciones y elige una: un acto de voluntad se inclina, opta por *dar* a unos y *quitar* a otros, conforme a criterios que deben venir motivados y refrendados por la ley. Conforme a doctrina consolidada una resolución a los efectos del delito de prevaricación es una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos e intereses de un ciudadano o una colectividad de ciudadanos implicados, y al interés de la colectividad. Debe por ello tener un efecto *ejecutivo* respecto de una cuestión en la que se enfrentan concretos intereses en conflicto que han sido *sometidos a juicio* de la Administración.

La mayor amplitud del concepto de resolución en sede penal respecto del concepto de la dogmática administrativista, no puede desdibujarlo hasta hacerle perder su esencialidad, como acto de autoridad que afecta a los administrados.

La sentencia impugnada asume y admite en el plano general esta concepción de resolución (página 1680 y ss.). Sin embargo al aplicar aquella doctrina general a JAGM lo hace indebidamente pues **los HHPP no describen ninguna resolución⁵³ dictada por JAGM.**

Veamos en cada caso.

A) La elaboración del anteproyecto de ley de presupuestos

Señala la sentencia:

“C. En el presente caso, como dijimos al tratar el tema de la elaboración de los presupuestos, **existe un procedimiento minuciosamente reglado** para la elaboración de los mismos. Definiendo los criterios de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar (orgánica, económica y de programas), el calendario de actuaciones, y el procedimiento minucioso de elaboración del anteproyecto de presupuesto, tanto de las Consejerías, como de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía

Así pues, conforme a la jurisprudencia que hemos expuesto, no es objeto de control judicial la decisión política o de gobierno sobre el destino o distribución de los créditos presupuestarios entre los distintos programas y partidas presupuestarias (ordenados por capítulos, artículos, conceptos y subconceptos). **Pero el procedimiento administrativo minuciosamente reglado para la elaboración de los presupuestos, sí es objeto de control judicial.**

(...)

D. Admitido el control judicial de los actos reglados previstos en las normas reguladoras del acto político o de gobierno, analizaremos a continuación la alegación relativa a que ninguna de estas decisiones es subsumible en el concepto de “resolución en asunto administrativo”, conforme está configurado este elemento del tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa por el Tribunal Supremo.”

- énfasis añadido -

La afirmación de que el que denomina “procedimiento administrativo minuciosamente reglado”, puede ser objeto de control jurisdiccional, resulta incompatible con el principio de exclusión de control de los actos políticos y, por con-

⁵³ Como se recuerda en la STS nº 309/2012, de 12 de abril (RJ 2012, 5612), “ lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración”.

secuencia los preparatorios de los actos políticos. Además de por la previsión general del artículo 25.1 de la Ley 29/1992 de la Jurisdicción contencioso-administrativa que excluye los actos de trámite, salvo que estos decida directa o indirectamente el fondo del asunto, producen indefensión o perjuicio irreparable, porque nadie está legitimado para interponer recurso tratándose de un acto político y de un acto preparatorio sin destinatario individualizado.

Siguiendo con esta primera afirmación de la sentencia impugnada hemos de advertir que, además, **en los HHPP no se identifica en qué medida o de qué forma JAGM se aparta, incumple o quiebra ese proceso minuciosamente reglado. Todos los actos incluidos en ese concepto vago del “proceder” de JAGM se ajustan a la ley. Dicho de otro modo, no se identifica algún precepto legal que el “proceder” de JAGM infrinja o incumpla.**

Resolución y Acto no son estrictamente lo mismo, pero un acto de trámite puede ser impugnado cuando concurre ese carácter determinante de la resolución final. En el caso de la tramitación y elevación de los presupuestos al Consejo de Gobierno y en su aprobación por este y remisión al Parlamento no se da esa adhesión a la resolución final de los actos preparatorios. Dejando aparte que se trata de actos políticos del Gobierno es preciso destacar que entre esas actuaciones y los Presupuestos que se aprueban al final por el Parlamento no se da esa vinculación. Ni el proyecto de Ley de presupuestos “decide directa o indirectamente” la Ley de presupuestos que finalmente apruebe el Parlamento.

Tampoco los actos preparatorios deciden el proyecto de Ley de Presupuestos que acuerde remitir al Parlamento el Consejo de Gobierno

La sentencia de instancia para atribuir la naturaleza de “resolución en asunto administrativo” al proceso de elaboración del proyecto de presupuestos, en términos generales, se remite a la **STS de 26/03/2019**, nº de resolución 163/2019, nº de recurso 2263/2017 (Caso Playa de Las Teresitas) ⁵⁴, con expresa referencia de dis-

⁵⁴ El resumen del encabezamiento de los índices jurisprudenciales dice así: *PREVARICACIÓN: existencia: Alcalde junto con concejal y responsables de urbanismo acuerdan la compra de terrenos por cantidad muy superior a la real mediante una reiterada manipulación del procedimiento administrativo, con ocultación de*

tintos pasajes de la misma. Pero, con todos los respetos, no ofrece una reseña *fiel* al contenido de la misma porque omite, lo que es doctrina central de la misma, que no es que los actos preparatorios sean, sin más, resoluciones administrativas, sino que examina con detalle la “participación” concertada y decisiva en las resoluciones administrativas de todos los que informaron con carácter previo. Por tanto, de la sentencia del Caso de Las Teresitas no cabe concluir que cualquier participación previa en actos de trámite, es equivalente a una resolución sino aquellas que son **participaciones determinantes** como expone en los párrafos del FJ 18:

“De esta manera, un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como “resolución” en el marco del tipo penal del art. 404 CP, y dentro de la amplitud conceptual con la que esta Sala está considerando en la cadena del tracto sucesivo del expediente administrativo estas decisiones interlocutorias, pero con eficacia en la resolución final del propio expediente.”

La Sentencia del Supremo citada por la Sala de instancia de lo que está hablando, en realidad, todo el tiempo es de una forma de participación en el delito de dictar resolución injusta. Participación necesaria con actuaciones que son determinantes de la resolución final.

Si aplicáramos a nuestro caso esa doctrina del Supremo, incluso prescindiendo ahora del carácter político de las actuaciones y que al final de las mismas el producto es una Ley, la conclusión solo podría ser la absolución. los HHPP a ninguna de esas actuaciones le atribuyen la condición de determinantes ni de lo que aprueba el Parlamento, ni de la gestión en sede de la Consejería de Empleo. Ni lo son objetivamente, ni tampoco subjetivamente, aunque solo sea por el dato de que esas transferencias que se incluyen en los borradores de la Ley de presupuestos se venían incluyendo desde antes y se habían aprobado siempre por el Parlamento.

No existe, en el “proceder” de JAGM, esa **íntima adherencia** al resultado final --- dejando aparte que como hemos ya señalado no es una resolución sino una Ley --que la Sentencia del TS que se evoca como fundamento, sí constata con todo detalle y concreción, para vincular el comportamiento de los condenados con

periciales sobre su valor y utilización de otras realizadas con criterios impuestos por los acusados, acordado en pleno del Ayuntamiento y mediante un convenio de adquisición, motivando la resolución arbitraria;

el resultado del expediente culminado con la aprobación de un convenio urbanístico en la Playa de Las Teresitas. Allí el relato incluye como de forma concertada incluyeron y elaboraron informes falsos sobre el precio de los terrenos y ocultaron documentos que debían haber formado parte del expediente para que los órganos que tenían que aprobarlos no llegaran a enterarse de la realidad de lo que aprobaban, coaccionaron a la arquitecta municipal, entre otras conductas reprochables. Es decir, llevaron a cabo y son descritas actuaciones inequívocamente contrarias a derecho a sabiendas y con la finalidad de que se dictara una determinada (e injusta) resolución final. Esa participación en esa resolución final – votándola, preparando informes u ocultando documentos para que se dictara tal resolución – permitiría hablar de una forma de comisión en el delito por participación en el mismo con un acto que sin él no se hubiera producido. En este caso sería aprobar una resolución contraria a derecho que sería el fundamento de una malversación posterior. La sentencia del TS citada no afirma, como parece que la Sala de instancia pretende, que esos actos previos de tramitación sean, en sí mismos y sin más, una resolución o que equivalgan a dictar una resolución, sino que en la resolución final desviada “confluyen” determinados actos ilícitos previos que preparan y resultan relevantes para hacer posible ese resultado final, y en esa medida se integran el delito **porque tienen eficacia determinante**:

“Así pues, y ante el motivo planteado hay que señalar que en el iter que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el delito de prevaricación. Y ello, en base a la “eficacia determinante” del acto o informe desplegado, que coadyuva a la decisión final que se dicta “a sabiendas de su injusticia”. De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP, de tal manera que suponen, y podrían calificarse como “eslabones de relevancia” en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, “decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta”.

El FJ DECIMOCTAVO de la sentencia hace una exposición clara:

“Estos hechos, constitutivos de delitos de prevaricación y malversación de fondos públicos, se cometen mediante la actuación concertada de los acusados Abel, Jesús Ángel, José Francisco y Juan Antonio, y con la participación de Pedro Enrique y Juan Alberto en las actuaciones preparatorias y, en particular, de manipulación del proceso de formación de la voluntad del Pleno del Ayuntamiento con relación al precio”.

Los hechos que se declaran probados en esta sentencia revelan que por parte de Abel , Jesús Ángel , José Francisco y Juan Antonio se desarrollaron diversas actuaciones prevaricadoras, pues:

1. - *O bien adoptaron resoluciones arbitrarias abiertamente contrarias a sus deberes como funcionarios públicos.*

2. - *Toleraron conscientemente dichas actuaciones por parte de sus subordinados.*

3. - *Manipularon el contenido del expediente de compra de los terrenos y de aprobación del Convenio de 18 de septiembre de 2001 para ocultar el pago de un extraordinario sobreprecio por los terrenos, la transferencia de aprovechamientos públicos sin causa, o la modificación radical del planeamiento mediante el cambio de usos de un modo ajeno al interés público y en beneficio exclusivo de los propietarios de los terrenos, Pedro Enrique y Juan Alberto .*

4. - *Con incumplimiento de sus deberes como funcionarios facilitaron información mendaz e incompleta a otros funcionarios públicos (tanto a los integrantes de los órganos de control como al resto de concejales del Pleno) para que estos resolvieran a favor de una resolución que los primeros conocían injusta y arbitraria.*

5. - *Y, finalmente, en el caso de Abel y Jesús Ángel , votaron a favor del convenio en el que se materializaba y se creaban las bases para el grave daño al interés público que finalmente se causó.*

Como vemos, narran con meridiana claridad una serie de comportamientos de los condenados de manipulación, ocultación y falseamiento de informes, tasaciones y periciales, dirigidos a alterar el precio de unos terrenos que finalmente son adquiridos por el Ayuntamiento a un precio muy superior al mercado. Todo ese obrar criminal es previo al acto concreto de la firma del convenio urbanístico.

La sentencia de instancia discurre que así como los actos precedentes a la firma del convenio urbanístico se integran en el delito de prevaricación, así pretende incluir los actos previos a la ley de presupuestos en esa misma condición de actos prevaricadores. De esta manera lo expone, aplicando tales criterios al Acuerdo del Consejo de Gobierno:

*“Este carácter ejecutivo hay que entenderlo en el contexto del expediente administrativo en el que se adopta dicha decisión. **Esta decisión tiene carácter ejecutivo, por cuanto pone fin al procedimiento de elaboración del Proyecto de Presupuesto y acuerda su remisión al Parlamento.** Sin dicha decisión, sería imposible que el Parlamento pudiera aprobar el Presupuesto. Por consiguiente, no cabe confundir el carácter ejecutivo del Presupuesto, una vez aprobado por el Parlamento, con el carácter ejecutivo de la decisión del Consejo de Gobierno aprobando el Proyecto de Presupuesto,*

como decisión que pone fin al procedimiento administrativo de elaboración del mismo.

- Aplicando la citada jurisprudencia al presente caso, ninguna duda cabe de que **la decisión del Consejo de Gobierno** de aprobar el Proyecto de Presupuestos y su remisión al Parlamento, constituye una resolución a los efectos del delito de prevaricación. Pues, constituye un acto decisorio adoptado sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.

Tampoco es esta última decisión de aprobación del Proyecto de Presupuesto por parte del Consejo de Gobierno, la única a tener en consideración a efectos del delito de prevaricación. Pues, para que pueda producirse dicha aprobación, son necesarios otros acuerdos esenciales y necesarios, como son **el acuerdo de elevación del anteproyecto de presupuesto por el Consejero de Economía y Hacienda**, que supone **dar por concluida** la fase de elaboración del anteproyecto en la Consejería de Economía y Hacienda, así como el acuerdo de la Comisión General de Viceconsejeros de elevarlos al Consejo de Gobierno, previo estudio y deliberación de la citada Comisión.

Conviene recordar las instrucciones sobre el funcionamiento de la Comisión General de viceconsejeros, conforme al documento exhibido en el acto del juicio, y obrante en el PSEP\TOMO - 2\TOMO 2, páginas 415 y siguientes, consistente en "INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE ASUNTOS DEL CONSEJO DE GOBIERNO Y DE LA COMISIÓN GENERAL DE VICECONSEJEROS (14 DE JUNIO DE 2.000)."

Documento procedente, según su encabezamiento de la "CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA", "Secretaría General Técnica". En el que se indica:

«La Comisión puede adoptar en relación con los asuntos a ella sometidos las siguientes decisiones:

- a) Informar favorablemente para elevación al Consejo de Gobierno en "INDICE VERDE", aquellos asuntos suficientemente debatidos, con expedientes completos, pendientes únicamente de su aprobación por el Consejo de Gobierno.
- b) Elevar a Consejo de Gobierno en "INDICE ROJO" aquellos asuntos, en los que, habiendo acuerdo básico, existan propuestas alternativas puntuales, así como los asuntos de singular trascendencia y los anteproyectos de ley.»

Ya hicimos referencia a que la STS de 26/03/2019, señala que lo importante del acto que constituye delito de prevaricación es que sea **un acto de contenido decisorio**, aunque no sea una resolución en sentido propio. Considerando como tal, una memoria que se presenta al Pleno de un Ayuntamiento, que se enmarca en el desarrollo causal, con una eficacia determinante del resultado final de la aprobación, como resultado del iter discursivo del expediente administrativo.

Añade, la citada sentencia:

«No se trata, por ello, de anudar el carácter de "resolución" a la propiamente dicha decisión final, sino que lo que hay que valorar es el carácter determinante en el proceso de formación de voluntad del acto para configurarlo con la adjetivación que permite aplicar el ilícito penal de prevaricación, y, sobre todo, la contribución causal del acto a esa formación de la voluntad.» (El subrayado es nuestro).

Se afirma igualmente, en la citada sentencia:

«De esta manera, un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como "resolución" en el marco del tipo penal del art. 404 CP , y dentro de la amplitud conceptual con la que esta Sala está considerando en la cadena del tracto sucesivo del expediente administrativo estas decisiones interlocutorias, pero con eficacia en la resolución final del propio expediente.»

«Así pues, y ante el motivo planteado hay que señalar que en el iter que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el delito de prevaricación. Y ello, en base a la "eficacia determinante" del acto o informe desplegado, que coadyuva a la decisión final que se dicta "a sabiendas de su injusticia". De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP , de tal manera que suponen, y podrían calificarse como "eslabones de relevancia" en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, "decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta".» (El subrayado es nuestro).

Fundamentación de la aplicación del delito de prevaricación que, en relación con JAGM merece nuestra respetuosa crítica por resultar, en los términos que venimos exponiendo, completamente inaplicable a nuestro caso. El Tribunal de instancia utiliza esta única sentencia para justificar o dar fundamento a la afirmación de que la actuación de los condenados por prevaricación --- y entre ellos JAGM -- en el curso de la aprobación de los proyectos de ley de Presupuestos entre los años 2005 y 2009 puede considerarse como "resolución" a efectos del delito de prevaricación.

Afectarían a JAGM el que denomina "acuerdo de elevación" y su participación en el "Acuerdo del Consejo".

El primero (acuerdo de elevación) en realidad consiste en **incluir el anteproyecto en el orden del día del Consejo**. No hay ni siquiera una simple firma, como en las modificaciones. En ese caso, esa firma bajo la palabra “elévase” es un mero acto debido de trámite, reglado y obligado si se han cumplido los previos antecedentes, en tanto que viene precedido por una larga preparación avalada por los preceptivos informes favorables (como los HHPP recogen).

El segundo (el Acuerdo del Consejo de Gobierno) **tampoco contiene ningún efecto ejecutivo distinto de la remisión al Parlamento abriendo el marco de debate y discusión previa a su votación cuyo resultado es una ley, no un acto administrativo**. Su adopción responde al contenido estrictamente *político* del acto. La resolución que impugnamos se remite a la doctrina emanada de una única sentencia para atribuir la condición de resolución a efectos del delito de prevaricación administrativa:

- a la participación de JAGM en los acuerdos del Consejo de Gobierno por los que se acordaba remitir el Proyecto de ley de presupuestos al Parlamento de Andalucía

- y al trámite de “elévase” del Consejero de Economía y Hacienda en la tramitación de las modificaciones presupuestarias.

Propone la sentencia de instancia la tesis de que una actuación previa a la propiamente resolutoria también puede ser prevaricadora y funda la afirmación en la referencia a una sentencia que describe actuaciones previas a un Convenio urbanístico, sancionadas por prevaricadoras. La aplicación resulta con relación a JAGM inviable pues no participa en actos previos a una resolución administrativa, sino previos a una Ley.

La **STS de 26/03/2019**, nº de resolución 163/2019, nº de recurso 2263/2017 (Caso Playa de Las Teresitas) en la sala de instancia se apoya **no reúne las mínimas similitudes para que pueda ser de aplicación en las presentes actuaciones**. Es decir, la analogía del supuesto referido en aquella sentencia de la Sala Segunda (Convenio urbanístico por el que se acuerda comprar unos terrenos por un Ayuntamiento) con la actuación de JAGM resulta inviable, jurídicamente inadmi-

ble porque entre ambos supuestos se producen las siguientes diferencias que hacen inviable la analogía.

(i) Contexto o marco normativo.

La resolución que la sentencia de instancia utiliza para aplicar por analogía las declaraciones allí contenidas para justificar la atribución del concepto de “resolución” al acuerdo de aprobación del proyecto de presupuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, se refiere a la actuación de un Ayuntamiento (el de Santa Cruz de Tenerife) en un concreto expediente referido al Convenio Urbanístico de 21 de septiembre de 2001.

No es posible comparar ni un Ayuntamiento con una Comunidad autónoma de las dimensiones de la Comunidad autónoma de Andalucía, ni un concreto expediente administrativo de un Convenio Urbanístico que efectivamente sí es un “asunto administrativo”, con **todos los procesos de aprobación del proyecto de ley de presupuestos, durante una década**, y en el caso de JAGM, a lo largo de media década, que responde a una preparación de un debate parlamentario previo a la aprobación – o no -- una ley.

La STS 163/2019 sí refiere a un **expediente administrativo** que culmina con una resolución de un asunto administrativo, pero se trata de un supuesto radicalmente distinto:

- Diferencias cualitativas, por la naturaleza del expediente: la tramitación de un Proyecto de ley de Presupuestos o de una modificación presupuestaria **no tiene similitud alguna** con un acuerdo municipal que aprueba un Convenio Urbanístico.
- Diferencias cuantitativas por la relevancia efectiva o ejecutiva de la intervención: la intervención de los condenados por el delito de prevaricación administrativa en aquel caso es descrita en la sentencia y tiene una importancia decisiva. En nuestro caso, la intervención de JAGM es irrelevante, no solo porque se trata de actos reglados y debidos en las modificaciones presupuestarias, sino porque la

aplicación 31.L es una parte mínima del anteproyecto del presupuesto.

La analogía es imposible.

(ii) Identificación de una resolución en asunto administrativo y de los comportamientos delictivos cometidos por los condenados.

La sentencia de referencia del caso de la Playa de Las Teresitas identifica de manera clara y precisa una concreta y determinada resolución administrativa: un Convenio Urbanístico. Pero además **describe comportamientos inequívocamente delictivos** con toda precisión: la elaboración de informes sobre premisas falsas, la manipulación del expediente administrativo para extraer del mismo aquellos informes que no resultaban convenientes, las presiones sobre la arquitecta municipal, la introducción de memorias que impedían conocer las manipulaciones y extracciones realizadas al Interventor municipal.

Todo ese conjunto de actuaciones mendaces, fraudulentas, falsarias y manipuladoras dotan de significación delictiva a todas y cada una de las conductas por las que son condenados el alcalde, le Secretario y el Gerente de urbanismo.

En nuestro caso, los HHPP de la sentencia no identifican en JAGM ningún comportamiento similar: no refieren en ningún momento de JAGM manipule, falsee, altere o modifique de manera mendaz y fraudulenta el expediente administrativo previo a la aprobación por el Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias o del proyecto de Presupuesto.

Los HHPP no atribuyen ningún comportamiento manipulador, falsario ni es posible encontrar referencia a un plan delictivo urdido y desarrollado por JAGM con ninguno de los demás condenados.

(iii) Concurrencia de confluencia de intereses particulares que se resuelven en una **decisión final**.

La naturaleza de “resolución administrativa” en la sentencia TS 163/2019 viene vinculada a una situación propia de confluencia de intereses públi-

cos y particulares, que cristalizan en el proceso de compra de unos terrenos privados por el Ayuntamiento. La sentencia expone la situación y la actuación de los condenados que mediante falsedades, ocultaciones, presiones y otros comportamientos fraudulentos, a pesar de su condición de funcionarios y autoridades, lejos de defender los intereses públicos a ellos confiados, defienden el interés de los particulares propietarios de los terrenos, fijando un precio muy superior al de mercado y dejando en manos de los particulares aprovechamientos urbanísticos que todavía hacen más injustificable el precio fijado.

No es posible identificar tales intereses, confluencia de derechos de los ciudadanos y situaciones jurídicas en concurrencia, marco propio de una resolución administrativa, en el curso de la tramitación del proyecto de ley de presupuestos. No aparece identificado ningún interés particular, no tiene entrada ningún particular o ninguna empresa en un expediente pre- legislativo, que culmina con la promulgación en el Parlamento, previa su discusión y debate, de una Ley.

De nuevo, con todos los respetos al tribunal de instancia, la analogía resulta de todo punto inaplicable y la referencia a la STS 163/2019 incapaz de servir al objetivo de dar fundamento a la condición de Resolución en asunto administrativo al acuerdo del Consejo de Gobierno que aprueba remitir un proyecto de ley de presupuestos al Parlamento.

- (iv) La decisión final: la inviable analogía entre un convenio urbanístico (acto administrativo) y una ley de presupuestos (acto del legislativo).

La naturaleza jurídica de un proyecto de ley de presupuestos o de unas modificaciones presupuestarias, último eslabón de la cadena de actuaciones administrativas en donde se enmarca el “proceder” de JAGM por el que se le condena, es radicalmente distinta al acuerdo municipal que aprueba un convenio urbanístico por el que se compran inmuebles a particulares y se ceden aprovechamientos urbanísticos.

Pero es que además, en realidad, el proyecto de ley de presupuestos solo alcanza algún efecto jurídico en la medida en que sea aprobado por el Parlamen-

to y se convierta en Ley. La naturaleza jurídica de una ley, sometida a control político y de constitucionalidad, nada tiene que ver con la de un Convenio urbanístico, sometido a control de legalidad, previo administrativo y jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, la Sala Segunda a que nos dirigimos debería proceder a casar y corregir por incorrecta la afirmación contenida en la página 1688 de la sentencia de instancia, cuando afirma que

“Aplicando la citada jurisprudencia al presente caso, ninguna duda cabe de que la decisión del Consejo de Gobierno de aprobar el Proyecto de Presupuestos y su remisión al Parlamento, constituye una resolución a los efectos del delito de prevaricación. Pues, constituye un acto decisorio adoptado sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.”

Respecto de JAGM, del que en ningún caso la sentencia impugnada analiza individualizadamente su actuación, de ninguna forma cabe aplicarle ninguna forma de analogía con la actuación de alcalde, secretario o gerente de urbanismo del caso de la Playa de las Teresitas. Para ello deberían los HHPP, atribuirle la realización de informes falsos o manipulados. Muy al contrario, lo que describen los HHPP es que *su “proceder”* consiste en elevar, cumplidos todos los trámites previos, y con todos los informes favorables – incluido el de la Intervención General-, como recogen los HHPP,— el proyecto de ley o la modificación presupuestaria al Consejo de Gobierno.

Pero los HHPP no identifican esos comportamientos fraudulentos respecto del Consejo de Gobierno en general ni de JAGM en particular, describiendo los HHPP a un comportamiento de éste sin apenas contenido, simple, plano, de trámite, institucional y ajeno a cualquier atisbo de voluntad, decisión o finalidad particular o personal en su actuar, con expresiones como sin modificar el proceder, actuando del mismo modo, y similares.

La iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno al enviar al Parlamento el Proyecto de Ley de Presupuestos no puede ser considerada una resolución administrativa a los efectos del delito de prevaricación.

Tal y como señala el Reglamento del Parlamento de Andalucía para el estudio y aprobación del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía se seguirá el procedimiento legislativo ordinario, con las limitadas excepciones establecidas en el Reglamento.

Es importante recordar las consideraciones del Tribunal Constitucional realizadas en la Sentencia 63/1986 al afirmar que tienen la consideración de Ley no solo el articulado de la misma sino **también los estados de gastos e ingresos de las Leyes de Presupuestos**. Para el Tribunal Constitucional el contenido de los Presupuestos Generales del Estado se integra tanto por el articulado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado como por los estados de autorización de gastos —en concreto por cada una de las Secciones presupuestarias que contienen los créditos destinados a hacer frente a las correspondientes obligaciones del Estado—. Por esta razón, (**tanto el articulado como los estados de autorización tienen fuerza de Ley**), estos últimos, adquieren fuerza de ley a través de la norma de aprobación incluida en el art. 1.º de las respectivas Leyes de Presupuestos, razón por la cual tienen la misma fuerza que cualquier Ley y pueden derogar o modificar otras Leyes previas y no pierden tal carácter por el hecho de que para su comprensión, interpretación e incluso integración, sea preciso acudir a otros preceptos, tal como ocurre con muchas normas jurídicas.

Por este motivo, dado que tienen la consideración de Ley no solo el articulado de la misma sino también los estados de gastos, es por lo que el **artículo 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía** señala que el debate del Presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañarlo.

Pues bien una vez presentada la iniciativa legislativa del Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento del Parlamento de Andalucía podrán presentarse enmiendas a la totalidad del Presupuesto tanto las que postulen la devolución de aquél al Consejo de Gobierno como las que impliquen la impugnación completa de una sección presupuestaria.

De acuerdo con dicho precepto en el debate de totalidad, que se iniciará por la presentación que del proyecto efectúe un miembro del Consejo de Gobierno, serán primero objeto de discusión la valoración general del proyecto y las enmiendas a la totalidad con propuestas de devolución en su caso presentadas. A continuación se debatirán las enmiendas de totalidad que se hayan formulado a las secciones presupuestarias.

Pero a la hora de considerar la “ejecutividad” necesaria para integrar el concepto de “resolución” es preciso advertir que si el Pleno del Parlamento acordase la devolución del proyecto (como en más de una ocasión se ha producido), éste quedará rechazado y decaerá el resto de las enmiendas presentadas. **No tendría ningún efecto jurídico, no crearía ningún derecho, no afectaría a ningún interés particular.** La aprobación de una enmienda que implique la impugnación completa de una sección presupuestaria dará por concluido el debate sobre el proyecto, al entenderse que se ha acordado su devolución al Consejo de Gobierno. Una vez finalizado el debate de totalidad sin que el proyecto sea devuelto al Consejo de Gobierno, se remitirá a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos para que prosiga su tramitación conforme a los artículos 131 y 132 del Reglamento.

En la tramitación los grupos políticos podrán presentar enmiendas que supongan una eliminación o minoración de los créditos de gasto, no un aumento.

La votación final del dictamen se realizará diferenciando el conjunto del articulado de la ley, o en su caso determinados artículos o grupos de artículos, y cada una de sus secciones.

De este breve resumen del procedimiento de tramitación se vislumbra con claridad que es competencia del Parlamento de Andalucía, rechazar el presupuesto, enmendarlo y, en su caso, aprobarlo. La iniciativa legislativa (proyecto de Ley de presupuesto), una vez remitida a la Cámara, queda sometida a una serie de avatares, que pueden, desde luego, alterarla notablemente en su contenido, pero que, sobre todo, la modificarán radical y necesariamente en su naturaleza, que pasará a ser puramente una propuesta que no alcanza a tener ninguna eficacia normativa.

Por eso no cabe duda de que un proyecto de Ley de presupuestos así como todos los trámites previos a su elaboración carece de los efectos ejecutivos propios de las resoluciones, pues son actos de trámite que agotan sus efectos en la iniciación de un procedimiento cuyo resultado final está completamente fuera de su alcance. Más precisamente, se trata de los dos primeros trámites del procedimiento de elaboración de los presupuestos, es decir, de producción de una disposición o norma que si concluyera con éxito el iter que con ellos comienza a recorrerse adoptaría la forma de ley y sólo podría ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional.

En efecto, el Acuerdo del Gobierno Andaluz por el que se aprueba el proyecto de Ley, culmina un procedimiento gubernamental de elaboración de una iniciativa legislativa, pudiendo entenderse también como un compromiso con un contenido que expresa una concepción política de lo que ha de ser una posible Ley de Presupuestos, **pero que en modo alguno significa un aval que ponga a salvo el texto de su devolución o de profundas modificaciones, ni que su desvirtuación en la fase de enmiendas en sede parlamentaria lleve al Gobierno a retirarlo.**

A los efectos del presente motivo lo importante es que el Acuerdo del Consejo de Gobierno en el que participa JAGM entre los años 2004-2009 **no puede ser tenido por resolución a los efectos del delito** de prevaricación pues se limita a impulsar la iniciación de un procedimiento formal y que la idea o concepción que anima al texto de la propuesta pertenece al mundo de lo político, de lo ideológico y valorativo, siendo, por tanto, inaprehensible jurisdiccionalmente en tanto no se transforme en norma vigente.

Adviértase la diferencia radical con la sentencia de la Playa Las Teresitas que es utilizada por el tribunal de instancia para atribuir la condición de resolución administrativa a actos previos al acuerdo municipal por el que se aprueba **un Convenio**, que sí es un acto administrativo a los efectos del delito de prevaricación, a diferencia de **una Ley de Presupuesto**, estación de llegada del conjunto de actuaciones entre las que se atribuyen a JAGM como miembro del Consejo de Gobierno o como Consejero de Economía y Hacienda, pues obviamente **una ley no es un Acto Administrativo, ni cabe asimilar actos previos de tramitación de un acto adminis-**

trativo --- susceptibles de integrar el concepto de resolución – de los actos previos de tramitación de una ley de presupuestos, inhábiles para tener efecto jurídico

alguno distinto del efecto interno de provocar debate parlamentario y por ello inhábiles para integrar el concepto de resolución como elemento objetivo del acto prevaricador.

En el caso de los actos previos de elaboración del anteproyecto de Presupuestos o del acuerdo de remisión del Proyecto al Parlamento por más que sea una propuesta jurídico- normativa, cualquier valoración sobre su adecuación o inadecuación al orden constitucional es meramente política y obedecerá a una interpretación distinta o, incluso, opuesta a la plasmada en el texto, **pero el único foro donde esas valoraciones e interpretaciones pueden realizarse y transformarse en enmiendas o motivos de rechazo de la iniciativa con plenos efectos es en las Cámaras parlamentarias, no en los Tribunales**, y sin que el hecho de que el texto pueda ser conforme o disconforme al ordenamiento suponga limitación o menoscabo de la función representativa de los parlamentarios, ni acote con carácter definitivo e irreversible el debate ni el contenido de lo que haya de ser, si no es rechazada antes, la propuesta legislativa sometida por el Gobierno a la enmienda, deliberación y votación de la Cámara.

En definitiva **un proyecto de Ley de Presupuestos** (o cualquier otro proyecto de ley) **no puede ser calificado de resolución tratándose**, por el contrario, de meros actos de tramitación de un proyecto de ley que agotan sus efectos en la iniciación de un procedimiento cuyo resultado final, de carácter normativo, no ejecutivo, está completamente fuera de su alcance.

Así las cosas, el "Proyecto de Ley", en su condición de iniciativa de discusión parlamentaria, no produce más efecto jurídico que el puramente *ad intra* ligado a su subsiguiente tramitación parlamentaria, trascendiendo únicamente ad extra la dimensión política inherente a su condición de desencadenante de un debate parlamentario.

Así se ha mantenido por Tribunal Constitucional en el *Auto 135/2004, de 20 de abril de 2004. Impugnación de disposiciones autonómicas 6761-2003 y en el que*

Inadmite a trámite la impugnación de disposiciones autonómicas 6761-2003, promovida por el Gobierno de la Nación en relación con la "Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi".

En concreto el Gobierno Vasco, tal y como se desprende de los Antecedentes recogidos en el AUTO, alegaba que los Acuerdos impugnados (proyecto de Ley de reforma de Ley Estatutaria), **carecen de los efectos propios de las resoluciones**, pues son actos de trámite que agotan sus efectos en la iniciación de un procedimiento cuyo resultado final está completamente fuera de su alcance. Más precisamente, se trata de los dos primeros trámites del procedimiento de elaboración de una reforma estatutaria, es decir, de producción de una disposición o norma que si concluyera con éxito el iter que con ellos comienza a recorrerse adoptaría la forma de ley orgánica y sólo podría ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad.

Para el Tribunal Constitucional resulta claro que **un proyecto de Ley no puede ser calificado de resolución**, en concreto afirma que:

"La iniciativa, una vez remitida a la Cámara, queda sometida a una serie de avatares, que pueden, desde luego, alterarla notablemente en su contenido, pero que, sobre todo, la modificarán radical y necesariamente en su naturaleza, que pasará a ser puramente normativa en el caso de que de ella resulte, lo que puede no ser el caso, una norma de Derecho. En tanto no se agote el procedimiento parlamentario iniciado con la remisión de la "Propuesta" no cabe más inconstitucionalidad, en su caso, que la que resulte de la infracción de las normas que disciplinan ese procedimiento.

La "Propuesta" del Ejecutivo vasco no es capaz de otro efecto que el de dar inicio a un debate parlamentario. *De ese debate puede resultar finalmente una norma, o no resultar nada más allá de las conclusiones que quieran extraer del debate los ciudadanos representados por quienes han de participar en él, en tanto que parlamentarios. Una "Propuesta" como la impugnada, una vez asumida por el Parlamento, teóricamente podría rechazarse ab initio como consecuencia de la aceptación de una enmienda a la totalidad, o experimentar alteraciones radicales en su contenido por la aprobación de enmiendas parciales, o frustrarse como consecuencia de una disolución anticipada de la Cámara, etc.; sin descartar, como es natural, la posibilidad de que, superada con éxito la tramitación parlamentaria en la propia Cámara, la propuesta de reforma del Estatuto no prospere en el Congreso de los Diputados, paso obligado en todo procedimiento de reforma estatutaria. Por último, y a propósito de la alegada necesidad de que previamente se reforme la Constitución, nada impide que, advertida por la Cámara esa necesidad, ella misma decida reconvertir la "Propuesta" en una iniciativa propia de reforma de la Constitución, para lo que está constitucionalmente legitimada*

(arts. 166 y 87.2 CE). En fin, en el estadio actual del proceder parlamentario no puede anticiparse ningún resultado normativo y, en consecuencia, todo posible juicio es, inevitablemente, prematuro.

La "Propuesta" impugnada, en tanto que iniciativa de debate parlamentario, agota todos sus efectos en esa sola condición, y, como tal, no puede ser objeto de otro juicio que el de oportunidad o conveniencia, para el que este Tribunal es manifiestamente incompetente, por estar reservado a los propios parlamentarios y, mediatamente, a sus representados. Así las cosas, la "Propuesta", en su condición de iniciativa de discusión parlamentaria, no produce más efecto jurídico que el puramente ad intra ligado a su subsiguiente tramitación parlamentaria, trascendiendo únicamente ad extra la dimensión política inherente a su condición de desencadenante de un debate parlamentario.

En definitiva, el Acuerdo del Gobierno Vasco es expresión de una atribución inherente a todo Gobierno en un sistema democrático parlamentario, cual es la de someter a la Cámara legislativa iniciativas normativas o de pura discusión política, que pueden dar lugar, o no, a la asunción de un texto normativo y, en todo caso, al debate público sobre cuestiones de interés general, de cuyo acierto en punto a la oportunidad y a las posiciones defendidas por los grupos parlamentarios sólo puede legítimamente pronunciarse el cuerpo electoral. El enjuiciamiento jurisdiccional queda naturalmente descartado, pues, por definición, supuesta la formal constitución e integración del Gobierno y de la Cámara, así como las formalidades de tiempo y lugar imprescindibles para que ésta sea tal, y no un mero agregado de individuos, el debate es absolutamente libre en su contenido. Libre también en sus conclusiones, si éstas se formalizan en textos sin valor normativo. En el presente caso, como es evidente, se está muy lejos aún de esa fase de formalización normativa, careciendo este Tribunal, por ello, de la inexcusable jurisdicción o competencia para pronunciarse (art. 4.2 LOTC).

En pocas palabras, sentado que "la Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos, ni somete el deber de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7), la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, sólo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público.

La claridad de la doctrina constitucional pone de manifiesto sin ningún género de dudas que el Proyecto de Ley no tiene la consideración de Resolución y por tanto la actuación de JAGM cuando participa en el Consejo de Gobierno en la presentación y aprobación del Proyecto de Presupuestos no realiza un acto subsu- mible en la conducta típica del delito de prevaricación por el que fue condenado.

Por tanto, regresando al hilo conductor, el proyecto de ley no puede ser una resolución, ni tampoco un acto previo y necesario configuración de una resolución posterior, porque la Ley que aprueba el Parlamento, tiene naturaleza de disposición general.

La resolución impugnada atribuye al Parlamento una posición de autor *inmediato* o ciego del obrar como autor *mediato* del Ejecutivo, a partir de la afirmación de su ignorancia o falta de información suficiente incompatible con la posición institucional de control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo y todas sus distintas expresiones normativas e institucionales⁵⁵ de las que la resolución impugnada prescinde.

⁵⁵ El Ejecutivo está sometido al control externo de la Cámara de Cuentas cuya Ley reguladora 1/1988, de 17 de marzo define como “órgano técnico **dependiente del Parlamento de Andalucía**” al que le corresponde la fiscalización de la gestión económica, financiera y contable de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía por propia iniciativa o por iniciativa del Parlamento.

El artículo 62 del Reglamento del Parlamento de Andalucía establece que, el seno de la Secretaría General funcionará una Oficina de Control Presupuestario con las siguientes funciones: Asesorar técnicamente a los órganos de la Cámara en materias presupuestarias; e informar a los Grupos parlamentarios y a los miembros de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos sobre la documentación que se reciba en la Comisión acerca de la aprobación y ejecución de los mismos, nivel de ejecución de las inversiones y aplicación y ejecución de los fondos europeos, así como sobre aquellos aspectos de la actividad parlamentaria que tengan repercusión en los ingresos y gastos públicos. También cuentan los diputados con las comparecencias de los Consejeros (y otros altos cargos que puedan pedir) para explicar sus respectivos presupuestos y con la posibilidad de exigir toda la documentación que consideren pertinente solicitar **Y, muy especialmente a los efectos de este caso, con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 122/1987, de 6 de mayo por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley del Instituto de Fomento de Andalucía:** *El Presidente del Instituto de Fomento de Andalucía deberá presentar ante la Comisión de Economía, Industria y Energía del Parlamento de Andalucía el informe anual al que se refiere el artículo 73 de la Ley 3/1987 de 13 de abril. Dicho informe se referirá al contenido, fines y cumplimiento del Programa de Actuación, Inversiones y Financiación, ejecución del presupuesto, inventario de activos y riesgos, situación de las empresas participadas y acciones de todo tipo ejecutadas para lograr los fines del Instituto.*

B) La aprobación de las modificaciones presupuestarias. -

La sentencia que impugnamos, para la explicación de la naturaleza de “resolución” de la actuación de JAGM en el caso de la aprobación de las modificaciones presupuestarias se remite --- en la fundamentación jurídica general y común para todos los condenados -- a lo referido a la aprobación del proyecto de presupuestos, por lo que es todavía más parca su motivación. Todo lo que ofrece se contiene en la **pág. 1695**:

E. Todo cuanto acabamos de exponer sobre la aprobación de los anteproyectos y proyectos de presupuestos, es predicable igualmente respecto de las modificaciones presupuestarias.

- La decisión del Consejero de Economía y Hacienda, o del Consejo de Gobierno, según los casos, de aprobar las modificaciones presupuestarias, constituye una resolución a los efectos del delito de prevaricación. Pues, constituye un acto decisorio, adoptado sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo.

- Tampoco en estos casos, es esta última decisión de aprobación de la modificación presupuestaria por parte del Consejo de Gobierno, la única a tener en consideración a efectos del delito de prevaricación. Pues, para que pueda producirse dicha aprobación, fueron necesarios otros acuerdos esenciales y necesarios, como son:

- El acuerdo de elevación de la propuesta para su aprobación, que supone dar por concluida la tramitación de la misma. En unos casos, este acuerdo era adoptado por el Director General de Presupuestos, y en otros, por el Consejero de Economía y Hacienda.

- Así como el acuerdo de la Comisión General de Viceconsejeros de elevarlos al Consejo de Gobierno, previo estudio y deliberación de la citada Comisión. Pues, al igual que con la aprobación de los anteproyectos de presupuestos, estos actos relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito.

En el caso de JAGM todas las modificaciones presupuestarias en las que intervino fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno. Así que la realidad es que JAGM tuvo una intervención reducida a firmar un “*elévase*” que llega a su mesa después de un conjunto de trámites respecto de los que los HHPP no solo no indican ninguna irregularidad, sino que establecen que aparecen avalados por el cumplimiento de todos los trámites legales y la emisión de todos los informes precepti-

vos, entre ellos el de legalidad que siempre emitió de forma favorable el Interventor General de la Junta de Andalucía, desde el primero en diciembre de 2004 hasta el último de ellos. La oposición de JAGM a otorgar ese trámite del “elévase” habría sido un acto fuera de sus competencias, manifiesta y palmariamente ilícito, ya que se trataba siempre de una propuesta que hacía otro Departamento y contaba con el visto bueno del órgano fiscalizador: la única actuación prevaricadora imaginable en ese proceso atribuible a JAGM sería impedir u obstaculizar una modificación presupuestaria que contara con el Informe favorable de la Intervención.

Lo que describen los HHPP es un acto reglado y, si reúne los previos informes favorables, debido.

Los expedientes de aprobación de modificaciones presupuestarias, como recogen los HHPP, tuvieron siempre el Informe favorable de la Intervención, sin advertencia, observación o reserva alguna.

La argumentación de la sentencia cuando establece que el Informe de la Intervención “no era vinculante”, resulta ciertamente contradictoria, pero al pertenecer al ámbito de la valoración será objeto de tratamiento en el Motivo IV.

El sentido de no ser vinculante se traduce en la aprobación o no de la solicitud de modificación presupuestaria, en tanto que decisión política, corresponde al Consejero o al Consejo, y no queda “vinculada” por el informe favorable de la Intervención. Es decir, aunque la Intervención informara favorablemente, el Consejero o el Consejo podrían no admitir la solicitud. Cumplidos los trámites legales – ese es el significado del informe favorable de la Intervención – en sede del principio de oportunidad, el Consejo o el Consejero deciden. Pero si la solicitud no pasa el trámite del informe favorable de la Intervención, es decir, no es ajustada a Derecho, no es que sea vinculante, es que tal solicitud ni siquiera llega a la mesa del Consejo o Consejero, porque se devuelve para subsanación y si no se subsana no se tramite.

Por tanto, sin perjuicio de valorar el razonamiento absurdo de la sentencia en su marco casacional propio, baste señalar ahora que el Informe de la Intervención en las modificaciones presupuestarias era mucho más que vinculante: sin el Informe favorable de la Intervención la modificación presupuestaria no podía

tramitarse, debía rechazarse, ya que, si ésta aprecia que la modificación era contraria a la ley de Hacienda o a la del Presupuesto, deberá **devolverla** al órgano proponente conforme establece el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía⁵⁶

En cuanto a la participación de JAGM en el acuerdo del Consejo cuando la sentencia de instancia afirma que la aprobación de una modificación presupuestaria constituye una decisión sobre “el fondo de un asunto”, cabe preguntarse a qué “asunto” se refiere, entendiendo asunto como campo de enfrentamiento o debate con alguna forma de concurrencia de posiciones o intereses de administrados. Los HHPP no aportan dato alguno sobre tal “fondo” pues se trata de un conjunto de actuaciones administrativas presupuestarias ajenas al concepto de “asunto administrativo”. Desde la perspectiva general propia del Consejero de Economía y Hacienda, deberá recordarse que la modificación presupuestaria, por su propia definición en ningún caso altera la dimensión cuantitativa del presupuesto dado que todo aumento de una partida ha de suponer una reducción en la misma cuantía de otra partida de la misma sección. Es por ello un gasto posible y ajustado a la voluntad del Parlamento “dueño del presupuesto”.

De nuevo nos encontramos con un proceso administrativo interno destinado a la **distribución de fondos para hacer frente a las distintas políticas** implementadas desde el ejecutivo y sujetas al control político del parlamento. No se trata en ningún caso de acuerdos decisorios “*respecto de una cuestión sometida a juicio de la Administración*”⁵⁷. La referencia “al fondo” del asunto exige algo más que una participación en el curso del complejo proceso de elaboración del proyecto de pre-

⁵⁶ Artículo 20 Cuando el expediente de modificación presupuestaria propuesto no se ajuste o contravenga lo establecido en la Ley General de Hacienda Pública o en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, el Interventor correspondiente recabará del órgano proponente que se subsanen los defectos observados, o devolverá el expediente para que se amplíe su instrucción en los extremos deficientes. (RIJA, Decreto 149/1988, de 5 de abril)

⁵⁷ F. MORALES PRATS y M.J. RODRIGUEZ PUERTA “ *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*” (p.1649)

supuestos o de modificaciones presupuestarias. Resolver significa “*decidir en sentido material, o como se ha dicho, sobre el fondo del asunto*”⁵⁸.

A los efectos del presente motivo casacional, lo relevante es que no se atribuye a JAGM en los HHPP **ninguna actuación decisoria** distinta de la proyectada sobre una actuación debida, enmarcada en un proceso reglado, en el que no se describe algún margen de maniobra, alguna disyuntiva entre acciones o posiciones posibles y en donde en ningún caso es posible identificar intereses o derecho de ciudadanos e entidades sometidas a juicio de JAGM.

La relación de causalidad necesaria entre la aprobación de modificaciones presupuestarias o aprobación de proyectos de presupuestos y posibles deficiencias en la gestión de los fondos, resulta inviable al situarse ambas actividades en momentos distintos, lo que hace inviable establecer una conexión que derive en alguna forma de responsabilidad penal. La descripción de los HHPP remiten a una práctica ordinaria, en ejercicio de competencias y funciones, a través de los cauces procedimentales propios, ajenos a ninguna forma de ocultación, desvío o arbitrariedad.

Pero incluso aunque se pudiera establecer esa débil relación causal, de la misma no puede derivarse sin más la alteración de la naturaleza del acto previo que hace posible el acto posterior. Es obvio que sin la propuesta de sanción, en el plano objetivo del curso causal de un expediente, no es posible la imposición de la sanción. El Auto del TS de 19 de julio de 2004 que considera la resolución que impone la sanción como prevaricadora excluye la condena respecto de la propuesta, por cuanto la propuesta de sanción, por ser antecedente necesario de la sanción no se convierte en resolución y por tanto carece de la condición de “resolución” a los efectos del delito de prevaricación. En las conocidas actuaciones judiciales que terminaron con la condena de un Magistrado de Instrucción por acordar la intervención de los locutorios donde los imputados se reunían con sus abogados defen-

⁵⁸ STS 939/2003 de 27 de junio; 373/2017 de 24 de mayo.

sores (STS 79/2012)⁵⁹, los miembros de la policía judicial que llevaron a cabo los atestados e informaciones previas (actos previos y desde el punto objetivo casualmente necesarios para el dictado de la resolución prevaricadora), ni fueron imputados como autores del delito de prevaricación, ni esa relación causal de sus actos con el auto finalmente dictado convirtió los mismos—sus informes y peticiones -- en resolución.

Tampoco es posible equiparar la actuación de JAGM a los efectos de atribuir la condición de resolución a efectos penales a su intervención en los procesos de elaboración de presupuestos y de modificaciones presupuestarias, en los términos contenidos en los HHPP de la sentencia, en tanto que no refieren la introducción de ningún contenido específico de naturaleza opcional o decisional. Tal como se expone en los HHPP, la actuación de JAGM se incluye en un proceso administrativo, ajustando su intervención de manera expresa al “ejercicio de sus competencias”, sin referencia a extralimitación, abuso o desviación alguna. Será otro marco casacional el que permita la respetuosa crítica a la enorme amplitud semántica de la expresión “participar en la elaboración del presupuesto”⁶⁰. Conviene en este momento resaltar la inexistencia de resolución en sentido penal propia del delito de prevaricación en las actuaciones que dentro de ese amplio concepto los HHPP atribuyen a JAGM.

⁵⁹ Según recoge la sentencia “A juicio policial, trasladado al acusado, los datos que manejaban hacían suponer que, a pesar de que se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, los que consideraban los máximos responsables de la organización continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. Según entendían los funcionarios de policía, y así lo comunicaron verbalmente, en esas actividades pudieran estar interviniendo algunos abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa. Comunicada esta información al acusado, dictó un auto de fecha 19 de febrero de 2009 del siguiente tenor literal:...”

⁶⁰ Ver Motivo IV.

No podemos dejar de insistir, por su evidente significación jurídica, sobre el hecho recogido en los HHPP de que todas las modificaciones presupuestarias **fueron informadas favorablemente** por la Intervención.

1.2.5.4. La naturaleza arbitraria de la resolución.

Sin resolución no puede existir resolución arbitraria.

Solo a efectos dialécticos y para el caso de que el Alto Tribunal, desestimando las razones anteriormente expuestas llegara a considerar que las actuaciones narradas en los HHPP referidas a JAGM pudieran ser tenidas por “*resoluciones dictadas en asunto administrativo*”, para que pudieran integrar el delito de prevaricación por el que se condena, hemos de afrontar el presupuesto o requisito necesario de la “arbitrariedad”.

Como ya expusimos en sede de “Bien Jurídico protegido”, resultan necesarias consideraciones vinculadas al principio de intervención mínima y ultima ratio para acertar en la identificación de los contornos del delito de prevaricación. En este sentido, la nota de la “arbitrariedad” de la resolución resulta especialmente relevante pues es precisamente la que convierte el posible control en sede contenciosa en ineficaz o inútil, dando sentido a la aparición de la responsabilidad penal.⁶¹

⁶¹ Por todas STS 25 de octubre de 2016: *De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más*

La arbitrariedad de la resolución constitutiva del delito de prevaricación no solo se proyecta en actos discrecionales, sino que puede concurrir también en los actos reglados respecto de aquellos aspectos previos y reglados como competencia, fundamento, motivación, etc.

La arbitrariedad se equipara en la definición jurisprudencial ya estandarizada por su reiteración a la **ilegalidad manifiesta, patente, evidente, esperpéntica y palmaria**, como la propia sentencia de instancia recoge en sus citas jurisprudenciales de referencia⁶².

La dimensión temporal de los hechos y su identidad a los largo de los años ofrece una primera consideración ¿cómo puede darse una ilegalidad grosera, patente, palmaria, etc. sin que sea detectada, advertida o denunciada por nadie? Es decir, si “palmario” o “evidente” significa que *puede ser advertido a primera vista*, la actuación de JAGM que se describe en los HHPP, que es difícil de identificar en sus contornos precisos a la vista de su descripción (“su proceder”) además de no poderse enfrentar a ninguna norma infringida, carece de las notas de evidente o palmaria ilicitud.

graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

⁶² **Página 1654** Recuerda el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 la STS. 627/2006 de 8.6 en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II , por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.»

Los HHPP no describen una actuación de JAGM que pueda ser calificada de ilicitud grosera, palmara o esperpéntica, sino en todo caso, incapaz de evitar o corregir que en otra Consejería se haga un uso indebido de un instrumento presupuestario.

La arbitrariedad de la resolución es tratada en la sentencia, de modo general y referido en abstracto a todos los condenados, del siguiente modo en las páginas **1691 a 1694**.

En cuanto a la arbitrariedad, la STS de 26/03/2019, antes citada, señala:

*«Recuerda el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 la STS. 627/2006 de 8.6 en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución **no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley**. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("**palmaria**", "**patente**", "**evidente**" "**esperpéntica**", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.»*

.../...

*«En la sentencia del Tribunal Supremo 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 se recoge en este punto de la adjetivación de la resolución que esa contradicción material entre la decisión y la legalidad se manifiesta cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo **evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente** que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la C.E, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.»*

En el presente caso, **se incluyó** en los anteproyectos de presupuestos, el uso de las transferencias de financiación con una finalidad contraria a la legalmente establecida para las mismas.

Así, en las propuestas de anteproyectos de presupuestos, **se utilizó** la aplicación presupuestaria 440, dentro del programa 31L, transferen-

cias de financiación, reiterando el esquema ya iniciado con las modificaciones presupuestarias del año 2000 y 2001. Contraviniendo la clasificación económica que había sido establecida en las Órdenes de 22 de mayo de 1998 y 4 de junio de 2003, por mandato expreso, contenido en el artículo 33 de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía.

Como indicamos al abordar el tema de la naturaleza y destino de las transferencias de financiación, la única finalidad legal de la partida presupuestaria, Transferencia de Financiación, es la cobertura de las pérdidas de financiación, han sido regulados en el período 1992 - 2014 (23 años) de forma coherente por un conjunto de 45 normas, integrado, al menos, por las siguientes:

En este amplio cuerpo normativo de las Transferencias de Financiación, siempre han tenido, y en la actualidad siguen teniendo (Ley 7/2013, de 23 de diciembre), la misma naturaleza y destino: la cobertura de las pérdidas de una entidad pública. Por el contrario, la ley nunca permitió que con cargo a aquéllas se concedieran subvenciones sociolaborales, ni de ninguna otra clase.

Entre este amplio cuerpo normativo se encuentran las tres Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda, por las que se establece la clasificación económica de los créditos presupuestarios y se define su contenido, dictadas en cumplimiento del mandato del artículo 33.1 de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía (Orden de 22 de mayo de 1998, Orden de 4 de junio de 2003 y Orden de 3 de julio de 2012).

En conclusión, han sido al menos 45 normas las que, durante 23 años, han regulado distintos aspectos de la figura presupuestaria Transferencias de Financiación, conformando así un cuerpo normativo coherente y con criterios idénticos, nunca contrapuestos, los cuales en la actualidad se mantienen vigentes.

Por consiguiente, la inclusión en los anteproyectos y proyectos

- 23 Leyes

- 2 Decretos

- 16 Órdenes de la Consejería de Hacienda

- 4 Instrucciones una entidad pública. La naturaleza, el destino, la de presupuestos, de la figura presupuestaria Transferencias de Financiación para que con cargo a las mismas se concedieran subvenciones sociolaborales, o de otra clase, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.

Tan es así, que la Instrucción nº 1/2009 de la Dirección General de Presupuestos, puso por escrito lo que era de todos conocido, en cuanto al uso inadecuado de las transferencias de financiación. **Uso inadecuado**, que había sido reiteradamente denunciado por la Intervención en sus informes.

Esta contradicción manifiesta con la legalidad, ha quedado reflejada, no sólo en los informes de control financiero de la Intervención Ge-

neral de la Junta de Andalucía, sino también en el informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas, ya reseñado

Adviértase la reiterada utilización del impersonal del pronombre “se”⁶³, ajena a la identificación concreta alguna, para referirse a la que pretende ser esencial de la arbitrariedad:

“En el presente caso, **se incluyó** en los anteproyectos de presupuestos, el uso de las transferencias de financiación con una finalidad contraria a la legalmente establecida para las mismas.”

Como vemos, como en otros elementos del delito de prevaricación, la sentencia analiza el de la arbitrariedad en relación con la aprobación del proyecto de ley de presupuestos sin incluir referencia, mención o indicación referida a JAGM. La fundamentación no puede ser más impersonal, general y difusa, mediante la utilización del pronombre “se” que hace imposible conocer o identificar a persona o personas concretas en un colectivo plural y en una actuación diferida en el tiempo durante años y años. Con estos precedentes cabe advertir la extraordinaria debilidad de la argumentación del elemento de la arbitrariedad ofrecida en la resolución recurrida: el “uso inadecuado” de un instrumento presupuestario, las transferencias de financiación.

Pero entrando ya en la argumentación, esta puede resumirse en la equiparación de **arbitrariedad**, que conforme a la sentencia traída a colación por la propia sentencia, debe asociarse a una resolución situada en el máximo grado de ilegalidad (*cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal...*)

Lo que los HHPP atribuye a JAGM es ni tan siquiera un “**uso inadecuado**” de un instrumento presupuestario, que sería atribuible a la Consejería de Empleo, sino que “se” incluyeron en el proyecto de ley de presupuestos. Para la sentencia la arbitrariedad consiste en la utilización, dentro de todo un presupuesto, de

⁶³ RAE, 2ª. pron.person.3. ^apers.m.,f.y

n. U. con verbos transitivos en voz activa para indicar que la interpretación del verbo es pasiva y que el sujeto es paciente. *Los papeles se distribuyeron entre los asistentes.*

un instrumento presupuestario inadecuado en la consignación de una partida presupuestaria.

Conforme al sentido literal de las palabras resulta inviable equiparar lo inadecuado a lo irregular, mucho menos a lo ilegal (antes de 2005, tres leyes de presupuestos recogieron las transferencias de financiación), ilícito y desde luego, en ningún caso, a lo clamorosamente o palmariamente ilícito.

La propia realidad de que ese “uso inadecuado” del instrumento presupuestario de las transferencias de financiación tanto en los proyectos de ley de presupuestos como en las modificaciones presupuestarias, y en las propias leyes de presupuestos se prolongara durante años y fuera parte integrante de procesos legislativos en los que participan más de un centenar de funcionarios y técnicos, además de todos los parlamentarios y órganos de ellos dependientes, permite apreciar la inviabilidad de la equiparación entre “uso inadecuado” y arbitrariedad de la resolución a los efectos del delito de prevaricación.

La equiparación de la significación jurídico-penal de lo arbitrario a lo simplemente “inadecuado”, extiende la incriminación del actuar administrativo más allá de lo ilícito incluso, obviando todos los comportamientos ilícitos de autoridades y funcionarios ajenos al derecho penal.

STS 1056/2002

“Si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad se genera un grave riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa, y el control de legalidad penal que ejerce la jurisdicción de este orden con respecto a la totalidad de los ciudadanos. Si esta identificación se lleva a sus últimas consecuencias, podría llegar a sostenerse que detrás de todo acto administrativo contrario a derecho habría una autoridad o un funcionario autor de una «resolución injusta» que, de haberse dictado a sabiendas de su injusticia, habría de ser calificada como un delito de prevaricación.

Es llano que este resultado es indeseable por más de una razón. Entre otras, porque ni tendría sentido que en el sector administrativo del ordenamiento jurídico el derecho penal dejara de ser la «última ratio» para convertirse en la primera –dando al olvido el principio de intervención mínima–, ni es buena la judicialización de la vida política a que inevitablemente conduce la derivación hacia el orden jurisdiccional penal de cualquier enjuiciamiento que haya de hacerse en relación a la conducta de las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Un claro indicio de que no puede ser confundida la ilegalidad

administrativa con el delito de prevaricación lo tenemos en la enumeración que se hace en el art. 62 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los casos en que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho”.

Cabe por ello concluir que los HHPP de la sentencia no describen algún comportamiento arbitrario atribuible a JAGM. La sentencia atribuye de manera difusa, genérica e impersonal un comportamiento (“En el presente caso, se incluyó en los anteproyectos de presupuestos, el uso de las transferencias de financiación con una finalidad contraria a la legalmente establecida para las mismas.”) “, que aunque pudiera tenerse por ilegal, -- equiparando el significado de los adjetivos “ilegal” e “inadecuado” -- no podría en ningún caso calificarse como de grosera, manifiesta, flagrante ilegalidad.

En este apartado es preciso recordar que las modificaciones presupuestarias -- conforme al relato de los HHPP -- contaron siempre con **el informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía**, lo que permitía descartar que aquellas ofrecieran alguna duda sobre su legalidad en cualquier sentido. Y no solo sobre la normativa general de la Hacienda Pública, sino, muy en particular, sobre la Ley del Presupuesto.

Como se ha dicho anteriormente, todas las modificaciones presupuestarias en cuya tramitación participó mediante el trámite del “elévase” de JAGM fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno contando con todos los informes previos favorables, lo que hace inviable atribuir a tales actos la condición de arbitrarios. Tal habría sido, como antes se dijo, la actuación del Consejero de Economía y Hacienda si contando con los previos informes favorables, se hubiera negado, careciendo de competencia y capacidad para ello, a elevar la modificación al Consejo de Gobierno para su aprobación.

De modo similar, los HHPP describen la aprobación de Proyecto de ley de presupuestos entre los años 2005 y 2009 con la conformidad de todas las instancias de control interno y externo.

Es así inviable atribuir a ese acto del Consejo de Gobierno la condición de “arbitrario”.

1.2.5.5. *El elemento subjetivo: a sabiendas de su injusticia.*

Para el caso en que el Alto Tribunal que conocerá del presente recurso estimara que pueden salvarse las objeciones expuestas acerca de la inviable consideración de “resolución en asunto administrativo” de lo que describe la sentencia impugnada con la difusa expresión de “proceder”, aludiendo a la intervención de mi mandante en los procesos de aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos o de las modificaciones presupuestarias, e incluso, si el Alto Tribunal de Casación entendiera en tal comportamiento en tanto que incluía un uso inadecuado de las transferencias de financiación en una aplicación presupuestaria pudiera calificarse de manifiesta, flagrante y groseramente ilegal, todavía la descripción de los HHPP deberían además describir respecto de JAGM una actuación que permitiera identificar en el relato el elemento subjetivo del delito de prevaricación (“a sabiendas de su injusticia”), permitiendo descartar toda posibilidad de error, descuido o negligencia.

Los HHPP no describen una actuación intencional inequívoca de JAGM. La expresión “se incluyó” que pudiera referirse a un centenar de individuos, entre ellos JAGM, no identifica la intención y propósito de ninguno de los que pudiera abarcar el pronombre impersonal “se”, ni desde luego de JAGM.

Los HHPP ofrecen una descripción plana, objetiva e institucional de la acción que prescinde de las necesarias notas subjetivas que permitan describir el elemento subjetivo del delito. No aparecen descritos en los HHPP indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio⁶⁴ que acrediten que JAGM actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Además de que los términos utilizados (“incumplimientos” e “irregularidades”) no describen actuaciones que incurran en ilegalidades fragrantemente grose-

⁶⁴ En expresión de la Sentencia núm. 82/2017 de 13 febrero.

ras o severas, aquellas no se atribuyen nunca a JAGM. Lo que se dice es que JAGM conocía “incumplimientos” e “irregularidades” de otros.

Si el hilo conductor del relato de los HHPP que describen la actuación política de la Junta de Andalucía referida a las ayudas socio-laborales durante toda una década, pudiera resumirse en una acción, esta sería “*la creación de un sistema*”⁶⁵. Aquel “sistema” consistiría en la utilización de un modo *inadecuado* de presupuestación con el propósito de “eludir” controles y de ese modo agilizar la concesión de ayudas. Pues bien, en este esquema resulta muy relevante en sede de análisis del elemento subjetivo recordar que:

- a) JAGM no tiene ninguna participación en la creación de tal “sistema” que se sitúa cronológicamente en el año 2001, tres años antes de su incorporación a la Junta de Andalucía y tres presupuestos anteriores al primero que aprueba el Parlamento siendo JAGM consejero de Economía y Hacienda.
- b) La finalidad de quienes lo crean es, conforme a la descripción de la misma en los HHPP, responder con más agilidad a las situaciones de crisis empresarial.

Así se relata en el HP CUARTO:

CUARTO.- Ejercicios presupuestarios de 2000 y 2001.

A) Los acusados Manuel Chaves González, como Presidente de la Junta de Andalucía (27-7-1990/7-4-2009), Gaspar Zarrías Arévalo, como Consejero de la Presidencia y Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros (17-4-1996/24-4-2009), Magdalena Álvarez Arza, como Consejera de Economía y Hacienda (2-8-1994/7-2-2004), José Antonio Viera Chacón, como Consejero de Empleo (29-4-2000/25-4-2004), Antonio Fernández García, como Viceconsejero de Empleo (29-4-2000/25-4-2004), José Salgueiro Carmona, como Viceconsejero de Economía y Hacienda (1990/7-2-2004), Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social (6-10-1999/29-4-2008), Javier Aguado Hinojal, como Secretario General Técnico (1994/14-5-2000), Juan Francisco Sánchez García, como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo (2000/2004), **para eludir la fiscalización previa, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas**, en el ejercicio de sus respectivas competencias, proce-

⁶⁵ Con toda la imprecisión, ambivalencia y polisemia que el término “sistema” abarca.

dieron a proponer, tramitar y aprobar las siguientes modificaciones al presupuesto de la Junta de Andalucía:"

(negrilla añadida)

Refuerza esa misma afirmación fáctica, la **página 233** en el FJ 4 "Cronología de los hechos", la sentencia ofrece una descripción que no deja lugar a dudas:

"4.- Si la decisión política de la concesión de estas ayudas era contar con un sistema propio, complementario del estatal, las circunstancias anteriormente indicadas a modo de ejemplo, suponían un evidente retraso, sino impedimento, para que el dinero llegara a los trabajadores beneficiados, necesitados de la ayuda.

La necesidad política de dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales, llevó a los responsables de la junta Andalucía a establecer un sistema ágil, si bien tal agilidad se consiguió, como se expondrá a continuación, eliminando los mecanismos de control legalmente establecidos".

Incide en la misma descripción de la razón de ser u origen de la actuación que se relata la descripción situada en la **página 238**:

"En el mes de abril del año 2000, con la finalidad de lograr la plasmación de la decisión política de concesión de ayudas con total rapidez, tanto en la concesión, como en su pago, y ante los obstáculos encontrados, ya reseñados, en el expediente de ayuda a extrabajadores de IAMASA, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas, se produce la primera modificación presupuestaria en el presupuesto de la Junta de Andalucía para ese año 2000, y que tiene como finalidad de traer de los fondos correctamente presupuestados y destinados hasta entonces a subvenciones excepcionales, teniendo por destinatarios, bien a empresas, bien a familias o asociaciones sin ánimo de lucro, conceptos 47 y 48, respectivamente, y aumentar una partida nueva, la 440.01, esto es, transferencia de financiación al Instituto de Fomento de Andalucía, dentro del programa 22E."

Y poco más tarde aparece, en la **página 239**, esa idea de "creación de un sistema" por esas mismas razones:

"Pero las citadas necesidades de rapidez e inmediata respuesta a los problemas sociales, con las circunstancias ya vistas de los informes desfavorables del Gabinete Jurídico, y reparos de disconformidad por parte de la Intervención, y la duración de la correcta tramitación de todo expediente de subvención excepcional, **determinó a los responsables del gobierno de la Junta a establecer un sistema distinto, cuyo punto de inicio es la modificación que se produce el 18 abril del año 2000**, fecha en la que el Consejo de Gobierno, presidido por el acusado Manuel Chaves González, aprueba la modificación presupuestaria, por la cual se dan de baja créditos

de la aplicación 472, ya citada, dentro del programa 22E, y se incrementa una aplicación nueva, dentro del programa 22E, cuál era la 440.12, transferencias de financiación al Instituto de Fomento Andalucía.”

(Negrilla añadida)

Con la atribución de una relación de causa-efecto en relación con la actuación ya en sede del destinatario interno de los fondos en la página 259:

“Gracias a este sistema, articulado en un principio a través de expedientes de modificaciones presupuestarias, en los años 2000 y 2001, el acusado, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, dispuso de más de 93.000.000 €, sin sujeción alguna a la fiscalización previa de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno de subvención excepcional, como por el contrario, se había estado haciendo hasta la fecha de la primera modificación de 18 de abril de 2000.”

Por tanto, la difusa expresión de “la creación de un sistema”, ni se atribuye en los HHPP a JAGM, ni -- conforme al tenor literal de los HHPP cabría atribuir a quienes lo llevan a cabo la búsqueda de propósitos o finalidades ajenas a la defensa de intereses públicos. Aun entendiendo que JAGM asume automáticamente el propósito de los que previamente a su toma de posesión “crearon un sistema”, aquel deriva de una suerte de estado de necesidad social en una situación de crisis, que no puede tildarse de fraudulento ni ajeno al interés público de “dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales”

La arquitectura de la resolución impugnada, como ya hemos señalado antes, opta por ofrecer un análisis jurídico de los elementos del delito de prevaricación, genérico, impersonal o *común para todos* los condenados, **lo que respecto del elemento subjetivo del delito resulta inviable**. Por eso, en ese análisis situado en la primera parte del FJ 45, entre las páginas 1652 y 1706 de la sentencia impugnada, ésta analiza el concepto de resolución, de arbitrariedad, de resultado injusto, pero no se aborda el análisis del elemento subjetivo del delito de prevaricación. Si buscamos en el FJ 39 dedicado a JAGM tampoco encontramos tal análisis jurídico, sino una serie de inferencias sobre lo que conocía, o de lo que era consciente, que, en

tanto que ofrecen una valoración probatoria, solo pueden ser objeto de crítica en el seno de otro motivo⁶⁶.

Los argumentos aleatoriamente expuestos de manera asistemática y desvinculados de toda referencia a los elementos del delito, por los que la resolución desestima las alegaciones de la defensa, ni incluyen ni pueden sustituir las necesarias afirmaciones fácticas que describan la concurrencia del elemento subjetivo del delito por el que se condena: en nuestro caso, la inequívoca voluntad de JAGM de “torcer el derecho” imponiendo con su actuación su caprichosa voluntad. Es compatible que la sentencia desestimara de manera razonable⁶⁷ las alegaciones defensivas, pero no describiera en los HHPP -- a los que las alegaciones defensivas no podrían referirse, pues no existían -- los elementos propios del delito de prevaricación y, entre ellos, el elemento subjetivo del delito.

Será en otro motivo donde expondremos por qué incurre en una argumentación absurda o irracional la sentencia al atribuir la condición de “ilegalidad manifiesta, flagrante y grosera” a la utilización reiterada, continuada y permanente durante una década de un determinado instrumento presupuestario, calificado por la Intervención de “uso inadecuado” o hasta qué punto las inferencias sobre lo que conocía o no conocía JAGM (incumplimientos o irregularidades) basadas supuestamente en las reglas de la experiencia, no se sostienen de acuerdo a criterios de en la lógica más elemental.

Lo que en este motivo importa es que lo que se da por probado es el conocimiento de ese “uso inadecuado” realizado por la Consejería de Empleo de un instrumento presupuestario, resultando insuficiente tal *hecho probado* para describir los elementos fácticos propios de los elementos del delito de prevaricación, y concretamente del elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa.

⁶⁶ Motivo IV

⁶⁷ No es el caso, como se expondrá al esgrimir en otro motivo del presente recurso la argumentación absurda o irracional de la resolución.

Por ello, en el marco del presente motivo, solo cumple resaltar que los HHPP atribuyen a JAGM conductas y conocimientos de forma genérica a través de expresiones como que “la Consejería” conocía, lo que impide integrar o subsumir el elemento intencional o subjetivo del delito de prevaricación con esos hechos. Tampoco con referencia a los “responsables de la Consejería”, a quienes atribuye un “uso inadecuado”, ni cumple con esa subsunción la referencia al “mismo proceder”. La cuestión, en el apartado del presente motivo es **que tales HHPP no describen datos, circunstancias o referencias fácticas que permitan integrar o ver reflejado, ese empeño decisionista y deliberado de contravenir el derecho, que constituye el elemento subjetivo del delito de prevaricación.**

Doctrina jurisprudencial unánime y consolidada exige la concurrencia en el delito de prevaricación administrativa de un dolo reforzado, una intención deliberada propia de un dolo directo, sin que quepa desde la reforma de 1995 ninguna forma de forma imprudente de comisión por error, dejadez, desatención, descuido, falta de diligencia suficiente en el cumplimiento de las obligaciones que incumban al funcionario o autoridad.

La “arbitrariedad” o manifiesta, flagrante o grosera ilegalidad objetiva de la resolución, tiene que venir conectada directamente con la voluntad del autor, con su decisión personal. Esto no quiere decir que deba la autoridad o funcionario tener un *interés personal* en su actuación⁶⁸, pero sí que conoce, quiere e impone arbitrariamente *su voluntad* frente al derecho, que se implica de manera consciente y voluntaria y por ello, personal en esa grosera o esperpéntica ilegalidad, despreciando, burlando los preceptos elementales que establecen claros y evidentes límites a sus facultades y atribuciones.

Los HHPP no contienen referencia, alusión o descripción de hechos que dejen ver, o permitan apreciar, esa vinculación personal de JAGM a la decisión de burlar de manera caprichosa las leyes y el derecho. Como se verá más adelante, “el proceder” de JAGM, desde el mismo momento de su incorporación a la Junta fue el contrario: seguir los criterios de la Intervención, no solo para mejorar

⁶⁸ STS 1358/2001

las competencias y atribuciones fiscalizadoras de ésta, sino también para modificar la normativa en la regulación de los encargos de ejecución y las encomiendas de gestión hasta llegar a su aplicación por el programa 31L. Los HHPP incluso enmarcan de manera expresa sus actuaciones en el ejercicio de sus competencias, sin referir extralimitación alguna de las mismas, como manifestación de su propósito de saltarse abiertamente o al menos sortear el perímetro de sus atribuciones y facultades.

En los HHPP de la sentencia que se impugna, no es, por tanto, posible encontrar referencia alguna a la concurrencia del elemento subjetivo del delito de prevaricación respecto de JAGM.

La STS 1956/2002, con cita de otras muchas, recuerda que:

“Y como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», que elimina del tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración (véanse también SSTS de 14 de julio [RJ 1995, 5435] y 28 de noviembre de 1995, 11 de octubre [RJ 1999, 8917] y 2 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8091] y 18 de marzo de 2000 [RJ 2000, 2223] , entre otras muchas).”

La jurisprudencia vincula la objetiva arbitrariedad de la decisión de la autoridad o funcionario, a un ejercicio despótico y caprichoso del poder, que convierte su voluntad en única razón de ser de su actuar. Pues bien, se ejerce arbitrariamente el poder, dicen las Sentencias de la Sala Segunda del TS de 23-5-1998 (RJ 1998, 4256) y 4-12-1998 (RJ 1998, 9225) ,

«cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico –a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el art. 9.1 CE– sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad”.

Si tomamos la segunda de las menciones en los HHPP a JAGM, que ofrece un formato o modelo narrativo que luego va a repetir anualmente tras anualidad en las siguientes menciones, nos encontramos la siguiente descripción:

DÉCIMO. - **Con conocimiento de los incumplimientos** en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis,

los acusados, Manuel Chaves González, como presidente de la Junta de Andalucía, Gaspar Zarrías Arévalo, como Consejero de la Presidencia, **José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda**, Antonio Fernández García, como Consejero de Empleo, Francisco Vallejo Serrano, como Consejero de Innovación, Agustín Barberá Salvador, como Viceconsejero de Empleo, Carmen Martínez Aguayo, como Viceconsejera de Economía y Hacienda, Jesús María Rodríguez Román, como Viceconsejero de Innovación, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social, Javier Aguado Hinojal, como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, y Antonio Vicente Lozano Peña, como Director General de Presupuestos, **en el ejercicio de sus competencias y funciones no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto** de la Junta de Andalucía para el 2005, presupuesto que consignó como crédito inicial en el programa 31L para estas ayudas, la cantidad de 72.261.575 euros, mediante transferencias de financiación.

Comienza la sentencia dando por establecido el conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria. Sin embargo, en la **página 1449**, al rechazar la alegación de que las modificaciones presupuestarias fueron informadas favorablemente por la Intervención, la sentencia dice:

“No puede entenderse que el informe de las modificaciones presupuestarias se extiende a la verificación de los procedimientos de ejecución del gasto público que, en el futuro, se lleven a cabo con cargo a las partidas que se modifican”.

Si el Interventor General que promovió el informe adicional y conocía su contenido, no podía extender su juicio a la fase de ejecución del gasto, con mucha menos razón podía entrar en la fase de ejecución del gasto el Consejero de Hacienda al elevar las modificaciones presupuestarias al Consejo de Gobierno o éste al aprobarlas. Esta separación entre presupuestación y ejecución de las partidas presupuestarias que se deja manifiestamente clara al exculpar de toda responsabilidad la Interventor General, debe aplicarse en todos los demás casos. **Se verá con mayor detenimiento en el motivo IV**

Por tanto, HHPP probados por ello dejan sentadas las siguientes afirmaciones fácticas respecto a JAGM:

- Lo que conoció eran “incumplimientos en la gestión”

- Que los mismos se producían en la gestión “ de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas”
- Que no se salió del ejercicio de sus competencias
- Que “no modificó el proceder” de años precedentes.

No aparecen en tal descripción ni ilícitos graves, ni destinos o fines ajenos al interés público, ni extralimitación, ni en último término, rastro alguno del proceder abusivo, caprichoso, irracional, imponiendo su voluntad, propio del delito de prevaricación en la actuación de JAGM.

La jurisprudencia ha vinculado actitudes propias del elemento subjetivo de la prevaricación administrativa describiendo la tozudez de la autoridad o funcionario en su propósito de hacer de su voluntad la ley, cuando se desconocen previos informes de los servicios técnicos o de asesoramiento jurídico.

Los HHPP recogen en relación con las modificaciones presupuestarias la realidad fáctica de la existencia, en todos los casos, de informes previos favorables de la Intervención.

La tercera referencia (3) de JAGM alude a la aprobación de modificación presupuestaria recogiendo la realidad de ese informe favorable:

“El 7 de diciembre de 2005, el Consejo de Gobierno presidido por el acusado Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de **la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable** del Director General de Presupuestos y **de la Intervención** General de la Junta de Andalucía, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, **aprobó una modificación presupuestaria** por importe de 799.895,97 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51. 31L "Transferencias financiación al IFA" dando de baja de las aplicaciones 480.01, 480.03, 480.13 del programa 31 L de "transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro".

En relación con el anteproyecto de ley de presupuestos, los HHPP no recogen informe técnico previo al que pusieran reparos u objeciones quienes, en sus diferentes fases, iban completando el largo y complejo proceso de elaboración del proyecto de ley de presupuestos. Muy al contrario, lo que se describe es que desde la Dirección General de Trabajo y la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo hasta la Dirección General de Presupuestos, el Presupuesto siguió el proce-

so previsto por la ley y la Orden de elaboración el Presupuesto dictada por el Consejero JAGM. Ninguna infracción normativa o desviación legal en que incurriera tal Orden recogen los HHPP.

Los HHPP de la sentencia que recurrimos no aluden en ningún momento, no describen ni refieren ninguna actuación de JAGM por la que este imponga contra viento y marea, en defensa de sus personales propósitos, un determinado criterio o sentido, en su participación en el proceso de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de modificaciones presupuestarias, distinto al de los órganos administrativos y los Centros Directivos que los tramitaron y al órgano de control que los fiscalizó, sin que tampoco exista constancia en los HHPP de que el Consejero de Hacienda los hubiera condicionado en las actuaciones de su competencia.

Los HHPP no relatan en ningún caso que las actuaciones que atribuye a JAGM tuvieran por finalidad, o se expliquen, por su decisión o intención de imponer su criterio y voluntad en contra de las normas o los principios de imparcialidad y objetividad a la que debe someterse la autoridad y el funcionario. No hay referencia alguna, atisbo o referencia a que JAGM impusiera su voluntad por encima de la ley.

La valoración de la conducta de JAGM en su posición institucional nos llevaría a entender, aun en el caso de considerar que su “elévase” pudiera llegar a considerarse una “resolución arbitraria”, que no cabría deducir directamente que nos encontramos ante un delito de prevaricación, atendidos los precedentes con los que JAGM contó una y otra vez, año tras año, al momento de su firma de ese trámite.

La STS 797/2015 de 24 de noviembre (conocida por referirse a la alcaldesa de Jerez) recuerda la necesidad de tomar en consideración el principio de confianza, sin el que se haría inviable el normal funcionamiento de las instituciones:

“SÉPTIMO.- La firma de la resolución arbitraria no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la citada, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso

previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, pero en el caso actual el indicio expresado (la intervención personal de la Alcaldesa al comienzo del procedimiento para pedir al técnico que tratase con cariño la solicitud) pone de relieve que la acusada había expresado un especial interés por la empresa adjudicataria, que era consciente de las condiciones que limitaban la posibilidad de concederle subvenciones relevantes, condiciones que la misma había aprobado, y que estaba perfectamente al corriente de la imposibilidad de alcanzar el máximo de subvención sin actuar irregularmente.”

En nuestro caso, los HHPP recogen informes favorables previos y una tramitación ordinaria sin incidencias antes de que JAGM intervenga y de otro lado, nunca identifican ningún “especial interés”, ninguna consideración personal, ninguna razón de ser, que quepa atribuir a la voluntad o el interés de JAGM por imponer un criterio contrario a ley.

Los HHPP describen el funcionamiento ordinario de la administración en la preparación de presupuestos y modificaciones. No solo no describen datos o detalles de algún interés espurio o torcido en JAGM, sino lo contrario, la actuación acorde con informes técnicos, siguiendo la tramitación prevista y a través de los procedimientos reglados establecidos, sin incidencia reseñable. Conforme a tales HHPP no es posible subsumir la actuación de JAGM en el delito de prevaricación por el que resultó condenado.

1.3. Las consecuencias del *concurso medial* en relación con el elemento subjetivo del injusto en el delito de prevaricación.

La calificación jurídica por la que la sentencia que impugnamos condena a mi mandante incluye el establecimiento de una relación de concurso medial entre el delito de prevaricación administrativa y el de malversación de caudales públicos, lo que todavía afina o concreta más el elemento subjetivo que debiera alumbrar la actuación de JAGM en su descripción de los HHPP.

Conforme a la mencionada calificación, JAGM no solo debiera imponer su voluntad desconociendo o contraviniendo los preceptos legales a capricho, sino que de ese comportamiento por el que la autoridad impone su voluntad frente o por encima a la ley, debería constituirse en instrumento utilizado con la finalidad

de sustraer fondos públicos por sí o por otro, para de ese modo obtener para sí o para otro un beneficio ilícito. La arbitrariedad en el obrar prevaricador debiera además tener un designio específico dirigido a sustraer caudales públicos.

Ninguno de los HHPP contempla tal actuación en JAGM del que no se predica beneficio alguno, ni relación directa, indirecta o circunstancial con una eventual sustracción de fondos públicos.

La equiparación entre el conocimiento de “deficiencias o incumplimientos” en la gestión de fondos y la finalidad de sustraer para sí o para otro fondos públicos, no aparece recogida como hecho probado, además de resultar inviable y su fundamentación argumental objeto de crítica en los motivos que analicen la racionalidad de la resolución.

En el marco del presente motivo basta con señalar que los HHPP no establecen referencia alguna a la existencia de menoscabo de fondos públicos ni en general, ni desde luego en relación con el “proceder” de JAGM.

Sobre esta falta de fundamento en los HHPP de soporte a esa relación instrumental volveremos en el análisis de la infracción de ley referida al delito de malversación de caudales públicos.

1.4. Conclusión y petitum.

Por todo lo expuesto puede concluirse que los actos y comportamientos que los HHPP atribuyen a JAGM participando en ejercicio de sus competencias en un proceso pre-legislativo o elevando propuestas de modificación informadas favorablemente por la Intervención no son subsumibles en el delito de prevaricación, por lo que se solicita que sea casada la sentencia de instancia por haber hecho una aplicación indebida del art. 404 CP, dictándose otra por la que se absuelva del delito de prevaricación a JAGM.

Segundo.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 432 CP⁶⁹.

Síntesis:

Los HHPP no identifican relación necesaria de capacidad de gestión, custodia o administración de hecho o de derecho entre JAGM y los fondos del programa 31.L sino que declaran que estaban inequívocamente atribuidos como órgano gestor a la Dirección General de Trabajo dependiente de una Consejería distinta de la suya (Empleo y Desarrollo Tecnológico). Tampoco establecen los HHPP que JAGM conociera, consistiera o asumiera que su destino y aplicación concreta fuera que fueran sustraídos por él o por otro para obtener para sí o para otro un beneficio ilícito.

2.1 Identificación de los hechos probados (HHPP) referidos a JAGM relacionados con el delito de malversación de caudales públicos.

2.1.1. En el apartado de HHPP.

Par evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos en este apartado a lo expuesto en el apartado 1.1.del presente Motivo I.

La resolución de instancia reseña datos fácticos relevantes fuera del apartado de “Hechos Probados” (páginas 31 a 96)⁷⁰ que serán considerados. También en este apartado deben recordarse los tres ajustes previos, del que tiene una especial relevancia el primero: la exclusión como Cuestión Previa del destino de los fondos

⁶⁹ En su versión vigente al momento de ocurrir los hechos (texto vigente entre 24 de mayo de 1996 y 30 de junio de 2015). **Artículo 432. [Sustraer caudales o efectos públicos]** “1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.”

⁷⁰ Con incumplimiento del mandato de los artículos 248.3 LOPJ Y 142 LECRIM, que establecen la consignación “expresa y terminantemente de los [hechos]que se estiman probados” y de la doctrina jurisprudencial que únicamente admite que se incluyan en los FFJJ afirmaciones fácticas “...que complemente el hecho probado”.

del objeto del enjuiciamiento⁷¹; el marco temporal aplicable a JAGM (2004-2009); y la exclusión que hace la sentencia de la malversación por omisión⁷².

Como ya explicamos los HHPP sitúan a JAGM como Consejero de Economía y Hacienda atribuyéndole un “proceder” consistente en “elevar” para su aprobación las solicitudes de modificaciones presupuestarias procedentes de la Consejería de Empleo y el anteproyecto de los presupuestos, así como participar en los acuerdos del Consejo de Gobierno en los que se aprobaban las modificaciones presupuestarias y los Proyectos de Ley de Presupuestos que se remitían al Parlamento para su examen, enmienda y aprobación. En ambos casos, dando curso a peticiones procedentes de la Consejería de Empleo en las que según criterio de la Intervención se hacía un *uso inadecuado* de las transferencias de financiación en el programa 31.L dedicado a ayudas socio-laborales.

Atendiendo que el objeto de este apartado es precisamente la determinación de aquellos HHPP que pudieran tener relación con el delito de malversación de caudales públicos por el que se condena a JAGM, es preciso prestar una especial atención a lo que los HHPP establecen en relación con **el destino de los fondos y sobre todo lo que en relación al mismo pudiera establecer alguna referencia o vinculación con JAGM.**

Para abordar este decisivo trance es preciso detenerse especialmente en los **dos últimos apartados de los HHPP VIGRESIMOSEGUNDO y VIGESIMOTERCERO:**

⁷¹ **Página 139:** “Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa”

⁷² FJ VIGESIMOPRIMERO (**página 629**) que lleva por título “Prevaricación por omisión y no exigencia de reintegro”, una proclamación que debe ser tenida en cuenta en la **página 642:** VII.- Por consiguiente, resulta claro que la conducta omisiva de la que se acusa a los acusados, en ningún caso puede entenderse constitutiva de una “resolución” administrativa, en los términos en los que el Tribunal Supremo viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora”.

El HP VIGESIMOSEGUNDO hace una referencia expresa a ese destino de los fondos en distintos casos concretos en abierta y radical contradicción con sus propios pronunciamientos previos⁷³. **No menciona a JAGM, lo que reviste una especial relevancia:** los HHPP no establecen ninguna vinculación de JAGM con las decisiones de ejecución concreta de gestión y administración de los fondos del programa 31.L. Se trata de actos que se localizan en otra dependencia administrativa y como consecuencia son ajenos a la dependencia que dirigía, a las funciones que le correspondían, al presupuesto de su Consejería a los fondos cuya administración y gestión era su responsabilidad.

Tampoco tiene JAGM, de acuerdo con los HHPP, relación **con los destinos concretos, ajenos completamente a su persona, a su entorno, indiferentes a su personal interés, desvinculados por tanto de su persona.**

Las innumerables referencias en la sentencia recurrida a lo que conocía se refieren siempre a un uso inadecuado de las transferencias de financiación, a irregularidades en la gestión de ayudas del 2003 o problemas de contabilización derivados del uso inadecuado.

En el siguiente apartado HP VIGESIMO TERCERO lo que se afirma es que esas decisiones sobre destinos distintos del establecido “eran conocidas” por JAGM, pero tal hecho conforme a doctrina jurisprudencial consolidada resulta insuficiente pues es precisa alguna forma de participación en la ejecución de esas decisiones, algo más que el *mero conocimiento* – o incluso consentimiento – para atribuir alguna forma de autoría⁷⁴.

⁷³ Lo que contradice la primera de las acotaciones previas derivadas de la resolución de las Cuestiones Previas, sino que ofrece razones de impugnación que serán objeto de desarrollo en otros motivos casacionales (**Motivo IV**).

⁷⁴ Sentencia del Proceso 459/2019 con cita de otras: “Pero ni la dogmática ni la jurisprudencia actual admiten la suficiencia del simple acuerdo de voluntades para proclamar la coautoría en supuestos de codeincuencia ya consumada. De ahí que, como expresamos *infra*, al analizar el juicio de autoría, **solo aquellos Consejeros que materializaron actos de dispendio en ejecución de ese acuerdo, van a ser objeto de condena** (cfr. SSTs 314/2010, 7 de abril; 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre, entre otras muchas)”.

Además esa primera impresión tras la lectura de la primera frase del HP decimosegundo, resulta seguidamente matizada. La lectura completa del HP VIGESIMOTERCERO obliga a matizar e incluso rectificar la expresión que le da inicio. Comienza afirmando que los destinos del HP VIGESIMOSEGUNDO anterior “eran conocidos” por JAGM, pero cuando identifica sus fuentes de conocimiento (Informe Adicional sobre ayudas de 2003 e Informes de Control Financiero Permanente) comprobamos, que en ninguna de esas fuentes – atendiendo al contenido que le dan a las mismas los HHPP ⁷⁵-- aparece mención alguna de tales destinos.

Por ello puede concluirse que los HHPP no establecen como acreditado que JAGM pudiera llegar a tener conocimiento – ni a representarse -- cuál sería el destino de los fondos que se relacionan en el HP VIGESIMOSEGUNDO. Y efectivamente, la sentencia de instancia lo que finalmente le atribuye (en otro lugar del presente recurso se hará la crítica al fundamento o mejor falta de fundamento o explicación de tal atribución) no es propiamente que *conociera* tal destino, sino que *“asumiera la eventualidad”* de un destino distinto del señalado⁷⁶.

Veamos.

En las páginas 92 a 96 encontramos el HP DECIMOSEGUNDO:

VIGESIMOSEGUNDO.- Conforme a lo descrito, el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22 E y 31 L, que se dispuso año a año, para atender los compromisos asumidos frente a terceros, por ayudas sociolaborales, ayudas a empresas, y otros conceptos, mediante el mecanismo de las transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA fueron:

Ejercicio presupuestario Importe

⁷⁵ Recordemos **página 63** HP NOVENO para el Informe Adicional y **página 73** HP DECIMOSEGUNDO para las memorias de control financiero permanente.

⁷⁶ En sede del Motivo IV se abordará esta cuestión en el marco de la valoración absurda de la prueba atendida la incompatibilidad de tener como probado que JAGM debía asumir “la eventualidad” del destino de los fondos a fines distintos de los públicos para el que fueron presupuestados sin que el Interventor (absuelto por actuar correctamente) detectara el riesgo de menoscabo de fondos públicos, ni hubiera reflejo o alerta por tal riesgo en ninguno de los medios externos de control.

2000 6.977.751 euros
2001 86.022.863 euros
2002 66.538.654 euros
2003 55.646.899 euros
2004 42.472.719 euros
2005 73.061.471 euros
2006 86.591.000 euros
2007 86.656.003 euros
2008 94.744.185,09 euros
2009 80.720.634 euros"

La acotación cronológica previa obligaría a reducir tales cifras si se pretendieran referir a JAGM pues solo podrían incluirse las de los ejercicios 2005-2009.

Seguidamente los HHPP — saltándose la expresa exclusión del objeto de enjuiciamiento de las ayudas concretas que la sentencia estableció como Cuestión Previa (**páginas 99 y ss.**) y causando indefensión⁷⁷ — se refieren al destino de los fondos distinguiendo tres apartados **A) Ayudas socio-laborales, B) Ayudas a empresas y C) Otros supuestos.**

Veamos cada apartado sobre esos destinos y si, de forma directa o indirecta o circunstancial pueden relacionarse de algún modo con JAGM. **Veremos que no.**

A) Como **ayudas socio-laborales**, para el pago de primas de pólizas de rentas y capital, abonadas por la Junta de Andalucía, de las que se han visto beneficiadas unas 77 empresas, que tuvieron la necesidad de presentar **expedientes de regulación de empleo**, extintivos, o simplemente reducir plantilla mediante despidos.

A este respecto, decir:

1. Al no haberse publicado unas bases reguladoras de estas ayudas, que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, y no registrarse, como era obligado, en la Base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial.

2. Al no establecerse el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado, de las personas beneficiarias de las pólizas, personas que nunca han pertenecido al mismo, han percibido rentas de pólizas abonadas por la Consejería de Empleo.

⁷⁷ Como se expondrá en Motivo IV

3. La no exigencia de justificación alguna, ni de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número de ellos siguiese percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado al mercado laboral.

Ninguna referencia ni directa, ni indirecta ni circunstancial a JAGM: son actuaciones situadas en otra Consejería, por completo ajenas al departamento de Economía y Hacienda. Ninguna relación de JAGM ni con las empresas citadas ni con ninguna persona física.

Los HHPP recogen y resulta relevante a los efectos del delito de malversación que las ayudas estaban vinculadas a un Expediente de Regulación de Empleo (ERE)⁷⁸. Deben tenerse por probadas todas las actuaciones públicas, sindicales, empresariales y privadas *asociadas necesariamente* a dichos expedientes que constituyen un expediente administrativo-laboral minuciosamente regulado por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 2 de octubre. Tales expedientes bajo vigilancia de autoridad administrativa laboral contienen estudios económicos que precisan – a salvo de concretos errores o actuaciones fraudulentas – del control de los afectados, para tomar en consideración todas sus circunstancias de edad, antigüedad, etc. que deben ser consideradas para fijar su posición jurídica y económica en el proceso. Este hecho probado (la existencia de Expedientes de Regulación de Empleo) entra en contradicción la afirmación del p.2 de que no se estableció “el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado,“. **Resulta manifiestamente incompatible con la previa afirmación de que estas ayudas se destinaron a empresas** que tuvieron la necesidad de presentar expedientes de regulación de empleo, extintivos, o simplemente reducir plantilla mediante despidos “. Tanto en caso de ERE y, mucho más en caso de despido, dichos procedimientos

⁷⁸ El Expediente de Regulación de Empleo (ERE) es un procedimiento administrativo-laboral de carácter especial dirigido a obtener de la Autoridad Laboral competente autorización para suspender o extinguir las relaciones laborales cuando concurren determinadas causas y garantizando los derechos de los trabajadores. La sentencia de instancia prescinde de la relevante significación de la existencia de control de la autoridad laboral sobre todo el proceso de despido.

establecen un mecanismo de comprobación, tanto sindical como de la autoridad laboral, de “*la pertenencia al colectivo afectado*”.

A los efectos del presente lo que importa es que los HHPP se refieren innominadamente a que “*hubo personas*” que sin pertenecer a esos colectivos recibieron ayudas. Alusión difusa, indeterminada que más bien parece remitirse a situaciones excepcionales o puntuales que, en todo caso, **no se cuantifican** (la Sala de instancia reconoce expresamente que no puede acreditar si esos supuestos afectaban al 1% o al 90 % de dichas ayudas a empresas en crisis⁷⁹). No se trata de una imposibilidad de cuantificación por falta de medios, ocultación o extravío. La Sala no puede cuantificarlas **porque no fueron objeto de análisis y prueba en el juicio las ayudas concretas ya que la Sala había declarado que estaban fuera del objeto de enjuiciamiento**. Y algo más, tales ayudas (desde las vicisitudes, procedimientos o circunstancias de su solicitud, y concesión, hasta su concreto pago o posterior justificación) son el objeto propio de otros procedimientos judiciales penales pendientes, que constituyen piezas separadas.

Este modo de aludir a esa indeterminada “fuga” de fondos a “personas”, desde la perspectiva de JAGM resulta relevante pues todavía refuerza más su plena desvinculación, por cuanto ese carácter – además de indeterminado -- excepcional o puntual hace que todavía **resulte más inviable establecer alguna conexión entre esas hipotéticas “fugas” y JAGM**. No tiene ninguna función de inspección o control de la gestión de las diferentes consejerías, ni refieren los HHPP vinculación personal alguna, directa, indirecta o circunstancial, con esos destinos genéricamente referidos.

⁷⁹ **Página 1468:** “Se alega que la mayor parte del gasto no tuvo un destino fraudulento. Alegación que está huérfana de prueba.

Por el contrario, los peritos de la IGAE, en su dictamen pericial obrante en PPRI\INFORME IGAE COMPLETO\1.- INFORME DICIEMBRE 2013\ SECCION PRIMERA, señalan que no consta en los expedientes examinados, la existencia de ningún análisis económico realizado por Consejería de Empleo sobre las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta.

El p.3 se refiere a los supuestos de beneficiarios que debieron dejar de serlo. Pero tal realidad se refleja en los HHPP también con una nota de indefinición y de excepcionalidad que permite reproducir el anterior comentario, si se valora este concreto HP en relación con JAGM.

Veamos ahora que se tiene por acreditado en el apartado B) **página 93**:

B) En cuanto a las ayudas a empresas en crisis, al no haberse efectuado una convocatoria de estas ayudas que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, como era exigida, y no registrarse, como era obligado, en el registro de la base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de empresas en situación de crisis económica.

Además, un gran número de estas ayudas carecían de un objeto concreto, respondiendo a fines muy diversos, entre otros, pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por asesoramientos jurídicos, pago de avales.

De nuevo constatamos que no aparece relación con JAGM que **carece de toda relación con estas ayudas a empresas en crisis.**

Finalmente, en el apartado C) se tiene por acreditado lo siguiente:

C) Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines **distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias** del mismo, así podemos reseñar que se abonó:

- Facturas emitidas por las mercantiles TAPSA y CICM, derivadas de varios contratos de campañas de comunicación sobre Fomento de Empleo y divulgación del SAE, por un total de 3.386.017,00 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15/07/2003 a 2/03/2004.

- Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el Consejero de Gobernación, por el cual la Consejería de Empleo realizará las actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 Andalucía, de las dependencias correspondientes a las alas noroeste y Suroeste de la sexta planta del edificio Pabellón de Italia. Los gastos de esta cesión se compensaron contablemente con otros saldos de la Agencia IDEA dentro de la Comunidad de bienes "Centro de Empresas Pabellón de Italia".

- Financiación del programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería, conforme al Convenio firmado el 26/09/2003, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como Consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180.304 euros, para la realización de cursos on line.

- Financiación de Campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, conforme al Protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, de fecha 14/04/2005, que supuso el abono a la entidad CENFORPRE de 491.424,43 euros, mediante la suscripción de póliza de rentas y de capital, en la que figuraba como beneficiario José Antonio Gómez Romón.

- Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, S.A., FCC Medio Ambiente, S.A., y CESPAS, S.A., como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006, que puso fin a la conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada. El pago de estas cantidades se realizó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, S.A. y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276.222,24 euros,

- Colaboración en la financiación de dieciséis Muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo, por municipios andaluces, en los ejercicios 2002 a 2004, de los cuales 14 eran regidos por el PSOE, uno por el PA, y uno por IU, en la fecha de la concesión, y siendo mayoritariamente pertenecientes a la provincia de Sevilla, -sólo uno en Jaén y dos en Cádiz-.

- En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1.192.000 euros para el pago a la Fundación San Telmo, del "Curso de Alta Dirección de Instituciones Sociales", para un total de 100 personas.

De nuevo resulta muy relevante advertir que no aparece referencia alguna a JAGM y que, además, se trata de actuaciones residenciadas en otra dependencia administrativa y completamente ajenas al cargo y las funciones de JAGM (sin perjuicio de que tales destinos no fueran objeto de análisis y comprobación a lo largo de la prueba del juicio oral, al estar fuera del objeto de enjuiciamiento, como tantas veces hemos repetido).

Aunque pudiera resultar obvio, no es irrelevante y merece resaltarse **la inexistencia entre esos destinos que se dan por probados de referencia a cuentas en paraísos fiscales, asientos bancarios en cuentas privadas, joyas, objetos ornamentales, vehículos o embarcaciones de lujo y recreo, etc. tan frecuentes en la casuística de estos delitos** que sancionan el desvío de fondos públicos a patrimonios privados.

Como ya anunciamos, en conclusión, puede afirmarse que JAGM ni aparece ni tiene relación alguna con este HP VIGESIMOSEGUNDO referido al des-

tino, en todo caso para fines públicos vinculados a empresas en crisis de la más distinta naturaleza, de una cantidad no identificada de los fondos asignados a la Consejería de Empleo.

HP VIGESIMOTERCERO establece *el conocimiento* que puede atribuirse a JAGM identificando las vías del mismo que son dos, (i) los informes de control financiero y (ii) el informe adicional de 2003. De acuerdo con los HHPP ninguna de esas fuentes de conocimiento contenían información sobre esos destinos identificados en el HP VIGESIMOSEGUNDO.

Lo transcribimos seguidamente:

VIGESIMOTERCERO.- **Estos hechos no sólo eran conocidos por los acusados** José Antonio Viera Chacón, Antonio Fernández García, Agustín Barberá Salvador, Francisco Javier Guerrero Benítez y Juan Márquez Contreras, -por el desempeño de sus cargos en la Consejería de Empleo en los periodos ya reseñados-, **sino también eran conocidos por los demás acusados, José Antonio Griñán Martínez**, Presidente de la Junta desde el mes de abril de 2009, **y destinatario** antes, como **Consejero de Economía y Hacienda, de los informes de control financiero** permanente de la agencia IDEA, Carmen Martínez Aguayo, Consejera de Economía y Hacienda, y antes como Viceconsejera, receptora de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Francisco Vallejo Serrano, Consejero de Innovación, **y destinatario de los informes de control financiero permanente** de la agencia IDEA, Jesús María Rodríguez Román, Viceconsejero de Innovación, **y concededor del informe adicional al de cumplimiento de 2003** de la agencia IDEA, y Miguel Ángel Serrano Aguilar, como Director General de la Agencia IDEA, y destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia.

Todos ellos tuvieron conocimiento del uso del procedimiento descrito, de las conclusiones de la Intervención Andaluza, a partir de la comunicación del informe adicional de ayudas de 2003, -que se incluye como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del entonces IFA, del año 2003, y que lleva por título "Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social", firmado en el año 2005, y cuyas conclusiones fueron repitiéndose, en mayor o menor medida, en los sucesivos informes de la Intervención de las cuentas anuales de IDEA de los ejercicios siguientes, **así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L, que ya han sido descritas**, y que posibilitaron y permitieron que, año tras año, -conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados-, se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito.

En este último HP se identifican expresamente las vías de conocimiento por las que JAGM debía conocer “los hechos”: los informes de control financiero permanente y el referido a las ayudas de 2003.

Los mencionados informes no contienen referencia a los destinos que se recogen en HP anterior⁸⁰. El denominado Informe Adicional enumera deficiencias e irregularidades en la tramitación de las ayudas a HYTASAL en 2003 y los demás refieren los problemas contables derivados de un uso inadecuado de las transferencias de financiación **Por tanto, los HHPP no establecen vinculación o vía de conocimiento de JAGM con los destinos descritos en el apartado anterior.**

2.1.2. En el apartado FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Como hemos advertido en el apartado anterior, resulta también relevante señalar aquellos datos fácticos situados fuera del apartado de HHPP que se refieren a JAGM y, por ser anteriores a abril de 2004, que no afectan ni pueden afectarle.

Damos por reproducido lo expuesto en el apartado dedicado al delito de prevaricación en relación **acon** todos los datos fácticos que desvinculan a JAGM de la “creación” del “sistema”, sin que de otro lado aparezca reseñada noticia o comunicación del supuesto sistema o de sus objetivos.

En los FFJJ de la resolución se insiste en una misma idea: el Informe Adicional y los informes de control financiero permanente trasladaron a JAGM el conocimiento de incumplimientos e irregularidades derivadas del uso inadecuado de las transferencias de financiación que eran cada año incluidas “indebidamente”, dando lugar a una “*incorrecta presupuestación*”, en la Consejería convertida en actor o sujeto activo (pág. 543):

“En definitiva, la ley encomienda a la Consejería de Hacienda todas las funciones inherentes, tanto a la elaboración del Presupuesto, hasta su elevación al Consejo de Gobierno, como a la correcta consignación de las partidas presupuestarias que la misma Consejería ha establecido con carác-

⁸⁰ Las **páginas 1487** y ss. recogen el contenido de esos informes y aluden a los problemas de contabilización y la necesidad de “cubrir las necesidades comprometidas...” son referencia a destinos concretos.

ter obligatorio, por mandato de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía.

11) A la vista de lo cual, hemos de concluir, que desde 2002 a 2009, **en el anteproyecto y proyecto de presupuesto del programa 31L, de la Consejería de Empleo, se incluyeron indebidamente por esta Consejería**, créditos para Transferencias de Financiación a IFA-IDEA, los cuales iban a ser destinados a la concesión de subvenciones. Y, aunque la propuesta inicial parte de la Consejería de Empleo, lo cierto es que, **la elaboración del presupuesto es competencia de la Consejería de Economía y Hacienda, que la ejerce a través de la Dirección General de Presupuestos, bajo la dependencia directa de la Viceconsejería de Economía y Hacienda.** Y en dicha elaboración del anteproyecto, se incluía esta partida. Por consiguiente, aunque la propuesta parte de la Consejería de Empleo, **es la Consejería de Economía y Hacienda la que decide su inclusión en el Anteproyecto de Presupuesto.**

12) **A esta misma conclusión, sobre la incorrecta presupuestación, llegó la Cámara de Cuentas de Andalucía...**"

Aun no siendo propiamente datos fácticos, se refiere a las "actuaciones encomendadas al titular de la Consejería de Hacienda" (pág.544) y en el siguiente apartado, en una serie de contestación a alegaciones defensivas, en la pág. 585 la resolución, de nuevo teniendo a la Consejería --- no a JAGM – como sujeto activo, refiere los que pudo hacer:

"Pero lo que sí puede enmendar la Consejería de Economía y Hacienda es el instrumento presupuestario que pretende utilizar la consejería de la que parte la propuesta de gasto, porque eso sí es competencia de la Consejería de Economía y Hacienda."

El FJ TRIGESIMONOVENO (pág. 1421) lleva por título JOSE ANTONIO GRIÑAN MARTINEZ y su contenido según la propia resolución debiera ser el análisis de la prueba practicada respecto del mismo. Encontramos afirmaciones fácticas en la línea de los HHPP:

Página 1443

Pues bien, bajo su mandato se elaboraron los anteproyectos de presupuestos, sin ajustarse al régimen de las transferencias de financiación, establecido en la normativa a la que hemos hecho referencia en fundamentos anteriores.

2.- Como Consejero de Economía y Hacienda intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2005 a 2009. Participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Habiéndose incluido en los anteproyectos de presupuestos el uso de la transferencia de financiación al IFA, dentro del programa 31L

Poco después la resolución afirma que JAGM conocía *las irregularidades en la fase de ejecución del gasto*

Pág. 1446

Por lo que mal puede alegarse **desconocimiento de irregularidades** en la fase de ejecución del gasto. Pues, como hemos dicho, el uso del expediente de transferencia de financiación abocaba a la imposibilidad de tramitar expedientes para la concesión de las subvenciones, y, por consiguiente, que no pudieran ser objeto de la preceptiva fiscalización previa.

Lo anteriormente expuesto es válido tanto para la elaboración de los proyectos de presupuestos, como para las modificaciones presupuestarias que aumentaron los créditos del programa 22 E, posteriormente 31L.

Esto, era conocido por el acusado.

Sin embargo la resolución en este momento hace una referencia temporal discordante respecto de mi mandante, pues se refiere al año 2000 en el que él no tenía ningún cargo:

“Reiteramos aquí las razones expuestas, que nos llevan a establecer como única conclusión razonable, que lo que se pretendió con las modificaciones presupuestarias del año 2000, y con las demás que se aprobaron en el año 2001, fue eludir la tramitación de los expedientes de concesión de subvenciones, con los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, así como la fiscalización previa por parte de la Intervención”

Lo que se le atribuye es *“seguir haciendo un uso inadecuado de las transferencias de financiación”*. Así se expone de forma literal en la *pág. 1447*

“5.- Siendo Consejero de Economía y Hacienda, se siguió haciendo este **uso inadecuado** de las transferencias de financiación en las distintas modificaciones presupuestarias que se produjeron, incrementando el programa 31L, en lo relativo a las transferencias de financiación al IFA, en materia de relaciones laborales. Participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno, del que formaba parte...”

(negrilla añadida)

E inmediatamente después refiere una circunstancia fáctica relevante que aparece por primera vez en esta página: una modificación presupuestaria de diciembre de 2004, que como ya se ha expuesto --- en la página 44 de este recurso -- no toma en consideración la modificación de la estructura del Gobierno y sus consecuencias derivadas .

6.- Entre estas modificaciones presupuestarias, destacar que acordó elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación (PPRI, INFORME IGAE COMPLETO, ANEXO TOMO 5, página 47) la que tuvo lugar en diciembre de 2004, que incrementaba el programa 32H "Servicio Andaluz de Empleo", por importe de 2.994.876 euros. A pesar de que los fines del programa 32H eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas. Y que, por consiguiente, era ilegal, al ser contraria a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos serán vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (artículo 38 de la ley General de la hacienda pública de Andalucía), lo que impide su aplicación a fines distintos de los previstos en la misma.

Finalmente en **la página 1467** se incluye una relevante afirmación fáctica que incluye también una valoración de culpabilidad⁸¹ en relación al delito de malversación de caudales públicos se concreta en la expresión "*asumiendo la eventualidad*", en relación con el conocimiento del destino de los fondos;

"24.- Por consiguiente, el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. **Asumiendo la eventualidad** de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados."

Se trata ahora, en el presente motivo de analizar si **los hechos que se declaran PROBADOS** atribuidos a JAGM encajan en el marco propio del delito de malversación.

2.1.3. CONCLUSION: Los HHPP referidos a JAGM en relación al delito de malversación.

Conforme a todo lo expuesto, podemos concluir que la sentencia señala como HHPP referidos a JAGM relacionados con el delito de malversación recordando los ya resumidos del siguiente modo:

La participación entre los años 2004 y 2009, como titular de la Consejería de Economía y Hacienda en el proceso de tramitación del ante-proyecto de ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias y como miembro del Consejo de Gobierno en la aproba-

⁸¹ Que será objeto de crítica en **Motivo IV**.

ción de ambos, incluyendo en el programa 41.L, una utilización inadecuada de las Transferencias de Financiación, para de ese modo...

(hasta aquí referidos al delito de prevaricación),

*...disminuir controles, conociendo irregularidades en la gestión y asumiendo la **eventualidad**⁸² de que esos fondos pudieran no destinarse al fin público para el que estaban presupuestados.*

(última frase referida al delito de malversación).

No se tiene por acreditado en esta relación de HHPP que aquel destino fuera la sustracción para sí o para otros para obtener un beneficio ilícito para sí o para otro.

Por ello, tales HHPP no son subsumibles en el delito de malversación de caudales públicos por el que la sentencia de instancia condena a JAGM.

2.2. No concurrencia de los elementos del delito de malversación

2.2.1. Consideraciones generales.-

La Sentencia núm. 400/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, condena a mi representado como autor responsable (artículo 28 CP) de un delito continuado de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 432.2 CP, con relación al artículo 74 CP, ambos vigentes al momento de los hechos (regulación posterior a la reforma de 1995 y anterior a la reforma de 2015), a las penas de seis años y un día de prisión e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de quince años y un día (**páginas 1811-1812**)⁸³.

⁸² RAE. "Hecho o circunstancia de realización incierta o conjetural"

⁸³ "... para el delito de malversación, también hay que tener en cuenta el número de ejercicios presupuestarios que abarca el delito continuado, durante los cuales intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2005 a 2009, participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno. Acordó elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación, las modificaciones presupuestarias que se tramitaron

Del repaso exhaustivo de esos HHPP a la que nos remitimos cabe advertir ya la **total insuficiencia de tal sustrato fáctico para colmar los numerosos elementos del delito de malversación que, precisamente por eso, conforme a las razones que serán expuestas en este motivo, ha sido indebidamente apreciado.**

El relato fáctico describe la existencia de un procedimiento de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis que la sentencia considera irregular: **el procedimiento, pero no las ayudas en sí.** Quiere decirse que incluso admitiendo a efectos meramente dialécticos que pudiera haber existido en la Consejería de Empleo un uso inadecuado de instrumentos presupuestarios -- no corregido en la Consejería de Economía y Hacienda-- de fondos que “posibilitara” un procedimiento irregular de concesión de las ayudas, **ello en modo alguno determina, por sí mismo, la existencia de un delito de malversación de caudales,** si los caudales públicos fueran finalmente aplicados –en el conocimiento y en la representación de mi representado sin ninguna capacidad de administración y gestión de los mismos– a fines también públicos, ya sean los previstos o bien otros distintos igualmente públicos, **tal como describen en los HHPP.** Es decir, no son subsumibles en el delito de malversación esos HHPP si conforme a lo narrado, a pesar de las irregularidades en la gestión de esos fondos, ninguna relación de administración efectiva o formal tenía JAGM con esos fondos, ni se hubiera producido daño patrimonial, menoscabo de fondos.

2.2.2. Bien Jurídico.

Tras la reforma del 1995, la destipificación del art. 397 anterior a la reforma del 1995 (aplicación pública de caudales a diferente destino) el cumplimiento de la concreta asignación presupuestaria, sin quebranto patrimonial, dejó de ser bien jurídico protegido. El delito de malversación no sanciona por tanto que puedan destinarse caudales públicos a “fines ajenos al fin público al que estaban

en la Consejería durante el ejercicio de su cargo, y su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno, del que formaba parte. Todo ello, asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados”.

destinados”⁸⁴ si no se identifica la sustracción de los mismos con menoscabo de fondos públicos – lo que resultaría inviable dado que el destino de las ayudas fue expulsado del objeto de enjuiciamiento como cuestión previa --.

El patrimonio público y la leal administración del mismo, conforme a doctrina mayoritaria es tras la reforma del 1995 es el bien jurídico protegido de manera preferente⁸⁵. Resulta por ello de especial significación la reiterada afirmación de la Intervención, cuyo máximo responsable resultó absuelto -- acerca de que jamás advirtieron ni riesgo de menoscabo, ni menoscabo efectivo, de fondos, por lo que nunca elevaron, por este riesgo, informes de actuación de acuerdo con lo previsto en el artículo 12, apartado 5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero (BOJA num. 3)⁸⁶, ni incoaron expediente alguno de responsabilidad contable, así como la reite-

⁸⁴ Página 1467.

⁸⁵ SUAREZ MONTES, CASTRO MORENO, GARCIA ARÁN, MATA BARRANCO.

⁸⁶ . **DECRETO 9/1999**. Se trata de la norma que desarrolló el artículo 85.4 de la LGHPCAA: “*El presente Decreto, dice su exposición de motivos, desarrolla el control financiero permanente a realizar en las empresas de la Junta de Andalucía por la Intervención General, de conformidad con el artículo 85.4 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Se trata, pues, de un reglamento, tal y como expresa su decisión aprobatoria: “*En su virtud, a propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda y de los titulares de las Consejerías de las que dependen las empresas que se citan en la Disposición Adicional Primera del presente Decreto, de acuerdo con el Consejo Consultivo, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 19 de enero de 1999...* Firma el Decreto el Presidente y lo refrenda el Consejero de la Presidencia.

Su capítulo IV regula con detalle el Control Financiero Permanente de las empresas públicas y, por primera vez, se configura el procedimiento de intervención del gobierno para resolver las discrepancias entre el Interventor General y el Departamento del que dependa la empresa pública concernida.

Se trata del apartado 5 del artículo 12 que estableció lo siguiente: “La Intervención General, en el plazo de quince días, emitirá informe de actuación en aquellos casos en que los responsables de la gestión controlada no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas. Asimismo, se emitirá informe de actuación en aquellos casos en que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos públicos. El informe de actuación se remitirá al titular de la Consejería de que dependa la respectiva empresa y al de la Consejería de Economía y Hacienda, para que, en el plazo de quince días, manifieste su

rada proclamación en los HHPP de que, en todos los expedientes de modificaciones presupuestarias que elevó a Consejo de Gobierno JAGM existió Informe favorable del Interventor General de la Junta de Andalucía.

2.2.3. Autoría: directa, conjunta y activa.

Como en el caso del delito de prevaricación, la autoría por la que la resolución respetuosamente recurrida condena a JAGM por el delito continuado de malversación solo puede ser la autoría directa y conjunta prevista en el art. 28.1 CP: *“Son autores los que realizan el hecho (...) conjuntamente...”*, . Ello es así por cuanto que ni las acusaciones articulan su acusación a través de alguna forma de participación como cooperador necesario o inductor, ni la sentencia ofrece la más mínima referencia a *la necesidad* de actuaciones de JAGM en relación con una actuación ajena, que pudieran indicar alguna forma de participación como inductor o como cooperador necesario del art. 28.2 CP (*“También serán considerados autores...”*).

Igualmente, en el caso del delito de malversación, nos encontramos con serias dificultades para identificar **“el hecho”**⁸⁷ que JAGM realiza “conjuntamente” con los otros condenados por el delito de malversación. La sentencia de instancia describe una participación en procesos pre-legislativos y de tramitación de modificaciones presupuestarias, por la que condena a JAGM como un “proceder”, o en años sucesivos como un “idéntico proceder”, incluso con una omisión que reprocha no haber intervenido para interrumpir el curso de una conducta repetida (“no mo-

conformidad o disconformidad con el contenido del mismo. En caso de conformidad, los responsables de la gestión de las respectivas empresas darán cumplimiento a las recomendaciones formuladas en los informes de actuación.

Si, por el contrario, existiera disconformidad, el titular de la Consejería de Economía y Hacienda, previo informe de la Intervención General, someterá las actuaciones, en su caso, a la consideración del Consejo de Gobierno para que resuelva lo procedente.”

⁸⁷ Ver Motivo III

dificaron el anterior proceder”). Toda esa difusa e inconcreta actuación está localizada en la Consejería de Economía y Hacienda, y en el seno del procedimiento pre-legislativo presupuestario. Es decir, fuera del marco organizativo de administración y gestión de los fondos públicos (programa 31.L) objeto material de la supuesta malversación.

Lo relevante en este marco casacional es que en ningún caso tal modo difuso y equívoco de definir la conducta o los actos por los que condena a JAGM por el delito de malversación, pueden relacionarse con alguna forma de administrar, gestionar o disponer fondos, por muy amplio o extensivo que sea el significado que se atribuya al término “sustraer”. Tal expresión, ese “proceder” se vincula a una determinada forma (inadecuada) de presupuestación de una partida presupuestaria y sus modificaciones, iniciada en el año 2000 y abandonada en el 2009. Por eso, en relación con JAGM que aparece en escena en abril de 2004, cuando ya durante los años anteriores se había establecido ese modo inadecuado de presupuestación —sin que ninguno de los servicios técnicos de las diferentes instancias hicieran alguna observación —⁸⁸ los HHPP aluden a que *no-modificó-el-anterior-proceder*. Según los HHPP de ese modo “posibilitó” que en aras de una mayor agilidad y rapidez de respuesta a situaciones de crisis de empresas, se disminuyeran los controles previos en la dependencia encargada de la gestión, disposición o distribución de esos fondos destinados a ayudas socio-laborales. Y en relación con el delito de malversación, los HHPP establecen que de ese modo JAGM *“asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31.L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinado”* (**página 1467**). Tal descripción de hechos no pueden subsumirse en el delito de malversación, pues faltan elementos esenciales del delito que no aparecen reflejados.

⁸⁸ El informe de control financiero permanente de 2004 es el primero que ofrece consideraciones críticas vinculadas a problemas de contabilización, respecto de las transferencias de Financiación.(Ver HP DECIMOSEGUNDO, **página.73**)

Atendidas estas descripciones, además de las ya expuestas, aparecen las siguientes razones que impiden atribuir a esa vinculación una forma de participación en la condición de *cooperador necesario* de JAGM:

(a) el término “*posibilitar*” es tan amplio y objetivo que resulta insuficiente para establecer un grado o intensidad de *necesidad* en el curso causal de los acontecimientos.

(b) no aparece en los HHPP relación alguna, ni directa ni indirecta ni circunstancial con el órgano de gestión de los fondos y ni siquiera conforme a los HHPP, los “conocimientos” atribuidos a JAGM, de las “irregularidades”, como hemos expuesto, pueden extenderse más allá de las detectadas en el 2003 (informe adicional) o las referidas a dificultades o disfunciones contables (informe de control financiero permanente⁸⁹) es posible encontrar análisis, mención o indicación alguna sobre la existencia de un *acuerdo de voluntades* entre mi mandante JAGM y aquellos otros acusados vinculados a la gestión de los fondos.

La autoría directa y conjunta, sin referencia a acuerdo, comunicación, convenio o vínculo con los otros autores directos -- distinto de la pertenencia a la administración autonómica --, de nuevo nos remite a la incriminación de la actuación de entidades y organismos públicos.

Como ya habíamos explicado en el apartado correspondiente referido al delito de prevaricación la única referencia encontrada en la sentencia de instancia al concepto de “cooperación necesaria”, la encontramos en relación con la respuesta del tribunal a alegaciones defensivas de otro condenado. La respuesta es denegatoria con remisión a explicaciones supuestamente ofrecidas en el apartado de calificación jurídica que no hemos encontrado. Así aparece en la **página 1753**.

“Por las defensas de (...) se plantean, de modo subsidiario, una tesis defensiva, consistente en que los hechos cometidos por sus patrocinados, determinarían una cooperación necesaria en lugar de una autoría.

Alegación que no puede ser acogida. (...)

⁸⁹ Estos informes tenían un apartado referido a la legalidad, en el que nada se advirtió o se mencionó. Las referencias del HP DECIMOSEGUNDO se introducen en el apartado referido a consideraciones contables.

Se trata de un supuesto de coautoría con división de funciones entre los intervinientes (STS de 12/03/2014, n° de resolución: 158/2014, n° de recurso: 10814/2013).

De otro lado no hemos encontrado referencia alguna distinta de ésta en toda la sentencia de instancia. Habrá que concluir que, por tanto, JAGM es considerado autor directo y conjunto en los términos de la sentencia citada ⁹⁰. Es decir, conforme a la calificación por el que la sentencia de instancia condena a JAGM tanto en el delito prevaricación como en el de malversación, debería realizar actos ejecutivos y mantener el dominio de la acción, asumiendo su propia función.

Los hechos describen las funciones atribuidas a JAGM con relación al ejercicio de sus competencias. Se trata de funciones legales que no pueden ser las propias de una actuación criminal. De estas funciones delictivas no encontramos referencia en los HHPP.

La autoría directa en el delito de malversación contiene una forma activa (sustraer) y una forma omisiva (dejar que otro sustraiga), por lo que es necesario recordar que la resolución respetuosamente impugnada descarta la segunda modalidad comisiva de manera expresa en el FJ VIGESIMOPRIMERO que lleva por título “Prevaricación por omisión y no exigencia de reintegro”, en el que analiza **con** carácter general — para todos los condenados y también para JAGM — la posibilidad de la comisión del delito de malversación por omisión. Y la descarta en las páginas 642 y 643 ⁹¹, al menos para la no exigencia de reintegro, la derivada del no actuar tras el conocimiento de menoscabo, lo que no es incluido entre los HHPP.

Los HHPP no incluyen alguna vinculación entre JAGM y el centro o unidad administrativa en donde residen la gestión de esos fondos. No aparece

⁹⁰ STS 158/2014 “Como hemos dicho en SSTs. 927/2013 de 11.12 (RJ 2013, 7919), 776/2011 de 20.7 (RJ 2012, 3380), 391/2010 de 6.5 (RJ 2010, 5167), 960/2009 de 16.10 (RJ 2009, 5993), se diferencia la coautoría de la cooperación o de la participación, en el carácter o no, subordinado del participe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes...”

⁹¹ VIII.- Por último, queda por analizar si estas conductas omisivas pueden ser constitutivas de un delito de malversación. (...) **Por consiguiente, las citadas conductas omisivas tampoco son constitutivas de un delito de malversación.**

relación ni puntual ni accidental ni de ningún tipo con esos fondos, como seguidamente desarrollaremos.

2.2.4. Sujeto activo: inexistencia en JAGM de la necesaria relación objetiva con los fondos.

El sujeto activo del delito de malversación, a partir de una autoría directa y conjunta en los términos descritos en la sentencia en relación con JAGM debe reunir una doble condición: ser funcionario o autoridad (condición que concurre indiscutidamente en JAGM) y, además, estar en una determinada relación objetiva con los fondos públicos que son el objeto material del delito.

Tan indudable es que los HHPP establecen la primera de las condiciones, es decir, proclaman como acreditado que JAGM era autoridad entre 2004 y 2009 ostentando el cargo de Consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, como que no establecen, es decir, **en ningún caso declaran probado que estuviera en relación con los fondos de las partidas 22.E y 31.L del modo que el tipo objetivo exige para que pudiera ser autor de un delito de malversación, ya sea porque él sustrajera los fondos o porque permitiera que otro los sustraiga.**

Por eso puede afirmarse que, conforme a los HHPP se produce una **inconcurrencia de vínculo sujeto activo – objeto material propio del delito de malversación, conforme seguidamente se expondrá.**

En la configuración del delito de malversación de caudales vigente al momento de los hechos (la anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), no todo funcionario público o autoridad podía ser autor del delito, sino únicamente aquellos que, reuniendo tal condición, tuvieran a su cargo los caudales o efectos públicos por razón de sus funciones. De modo que la mera ostentación de la cualidad funcional, no colmaba sin más la posible autoría del sujeto, sino que era preciso que, además de ello, se acreditara una *determinada relación* entre dicho sujeto activo y el objeto material.

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial más amplia respecto de este presupuesto, se exige en todo caso que la autoridad o funcionario tenga, aunque sea de facto, a su disposición, o en su poder, los fondos, aun cuando tal custodia no

le correspondiera de derecho⁹², y desde esa posición realice actos de disposición o administración sobre los mismos. Incluso aunque tal disponibilidad sea compartida o incluso condicionada⁹³. Tal extensión encuentra su límite máximo en los supuestos en que el funcionario carece de autorización para recoger fondos que hace suyos, por cuanto que en tal caso no obra con *abuso* de sus funciones, sino *fuera o al margen* de las mismas.

La sentencia recurrida reproduce en su FJ CUADRAGESIMOQUINTO, un análisis jurídico global y conjunto — referido a todos los condenados — de los delitos por los que condena, refiriéndose a los elementos del delito de malversación en el apartado 4, letra A) (**páginas 1706 a 1710**) con cita en tres sentencias de este Alto Tribunal, núm. 214/2018, de 8 de mayo, núm. 163/2019, de 26 de marzo y, núm. 360/2014, de 21 de abril.

A los efectos del presente apartado, hemos de reseñar que la propia sentencia refiere el necesario elemento de una relación concreta con los fondos **que en JAGM conforme a los HHPP no concurre en ningún caso.** La sentencia impugnada, en sede de disquisiciones generales e innominadas, recuerda la necesidad de la especial relación entre el sujeto activo y los fondos objeto material del delito, en su **página 1707:**

“Una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;

La STS 214/2018 explica esa “especial relación” desde el punto de vista de las facultades del funcionario o autoridad que deben incluir la *detentación material* de los caudales, incluso si fuera meramente fáctica, siempre que el sujeto activo tenga una “*efectiva disponibilidad material*”.

Pues bien, conforme a los HHPP de la sentencia, **JAGM no tuvo nunca ni facultades de disposición ni la detentación fáctica** respecto de los fondos objeto material del delito. Los HHPP no incluyen como acreditado que JAGM tuviera esa disponibilidad efectiva material sobre los fondos del programa 31.L.

⁹² SSTS 29 de febrero de 1988 y 28 de junio de 1991.

⁹³ STS 6 de abril de 1989.

En este apartado que en realidad es la única fundamentación estrictamente jurídica ofrecida por la resolución impugnada, tras las tres citas jurisprudenciales, continúa un apartado B) (**páginas 1710 a 1733**), en el que se anuncia que se analizará la concurrencia de los anteriores requisitos “en el caso concreto”. Denomina la resolución el “caso concreto” a la valoración de los elementos respecto de todos los condenados por malversación de forma común y global pues la argumentación no incluye referencia alguna a JAGM.

La lectura del FJ permite comprobar que viene dedicado a reproducir los usos irregulares dados a los fondos en beneficio de las empresas y trabajadores «intrusos», trabajadores que seguían percibiendo tales ayudas a pesar de haberse incorporado al mercado laboral, etc. más que a la subsunción misma de tales hechos en los elementos esenciales integrantes del correspondiente tipo penal. En esos términos conjuntos y generales⁹⁴, únicamente es posible encontrar alguna referencia jurídica, «de puntillas» –si se nos permite la expresión coloquial– únicamente en las **páginas 1730 a 1733** de la sentencia.

Sobre la cuestión que nos ocupa («*tenencia a cargo por razón de las funciones*») la sentencia recurrida solo indica (**páginas 1730 y 1731**) que la tenencia a su cargo ha desaparecido de la actual redacción del artículo 432 CP al haber sido sustituida por la mención al actual artículo 253 CP que se refiere a la recepción por título que produzca la obligación de entregar o devolver los caudales o efectos que puede estar constituido por cualquier relación jurídica que conlleve estas obligaciones, sin estar limitado a los casos de depósito comisión o custodia mencionados en dicho precepto a título meramente ejemplificativo. Nada más se indica respecto de dicho elemento ni respecto de JAGM – ni en relación con ninguno otro —, ni desde luego se aborda la justificación de la concurrencia de esa **especial y concreta** relación **necesaria** entre sujeto activo y fondos, para la existencia del delito de malversación, en el caso de JAGM.

⁹⁴ Que lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, por cuanto que no ofrece un razonamiento de convicción ajustado a criterios de racionalidad, como se expondrá en el **Motivo IV**.

Habida cuenta que los HHPP sitúan los caudales o efectos en manos y a disposición fáctica y jurídica de **la Consejería de Empleo, debía la resolución para condenar a JAGM ofrecer alguna explicación de por qué pudiera entenderse que, estando situado claramente fuera de aquella relación con los caudales y efectos objeto material del delito, concurre en su persona este elemento esencial. Nada tiene que ver JAGM, conforme a los HHPP, con la consejería de Empleo ni con quien realizaba la concesión de las ayudas socio laborales concretas.** Esta carencia será objeto de desarrollo en el Motivo IV Tercero.

En el Fundamento de Derecho Trigésimo Noveno (**páginas 1421 y ss.**), cuando la sentencia relata las competencias del Consejero de Economía y Hacienda (cargo que mi representado ostentó durante cinco años entre el 24/04/2004 y el 23/04/2009), se ciñen a cuestiones generales de dirección política sobre el conjunto de los Presupuestos, como son las de elaborar el Anteproyecto de Ley de Presupuesto y someterlo al acuerdo del Consejo de Gobierno, velar por la ejecución del Presupuesto y ordenar los pagos de la Tesorería a las distintas Consejerías para su posible funcionamiento.

"Artículo 9 de la misma Ley 5/1983, establece:

"Corresponde al Consejero de Hacienda en las materias objeto de esta Ley:

b) Elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de Ley del Presupuesto.

e) Velar por la ejecución del Presupuesto y por los derechos económicos de la Hacienda de la Comunidad, ejerciendo las acciones económico-administrativas y cualesquiera otras que la defensa de tales derechos exijan".

f) Ordenar todos los pagos de la Tesorería.

Como se puede observar, se trata a simple vista, de atribuciones generales sobre los presupuestos para someterlos a aprobación al órgano competente para su posterior reparto entre las distintas Consejerías. **En modo alguno la legislación contempla, ni cabe extraer de tales normas un deber específico de JAGM de conocer ni controlar el detalle específico de los innumerables gastos que de esos presupuestos hacen después cada una de las Consejerías responsables de la gestión de los gastos concretos, ni asumir funciones de control que corresponden la Intervención ni ordenar directamente los pagos encomendados a la Tesorería.**

Que el Consejero de Economía y Hacienda no tiene a su disposición los fondos de todas las Consejerías es una obviedad.

Pero además consta en la causa el «*Informe sobre Modificaciones Presupuestarias*» emitido por la Dirección General de Presupuestos de la Junta de Andalucía (folios 13.401 a 13.415), en el que se concluye que **ni los Presupuestos ni sus Modificaciones prejuzgan las decisiones finales del gasto que realizan aquellos órganos administrativos que satisfacen las necesidades inmediatas o finales de los ciudadanos**. Ello, por tratarse de un instrumento al servicio de las distintas Consejerías para que puedan llevar a cabo sus procedimientos de gasto con arreglo a la legalidad vigente, y sin que la infracción de las normas relativas al gasto concreto pueda ser imputable al órgano encargado de la aprobación del Proyecto del Presupuesto o su modificación. Lo que deriva de que **son las distintas Consejerías las competentes (encargadas) para autorizar, comprometer y reconocer los gastos concretos**.

Dirección General de Presupuestos

13414

Los créditos presupuestarios contenidos en las distintas partidas de los estados de gastos aprobados son un instrumento al servicio de las distintas consejerías para llevar a cabo sus procedimientos de gasto, siendo ellas las competentes para autorizar, comprometer y reconocer los gastos, permitiéndoles el derecho presupuestario que dispongan de los recursos públicos necesarios para el cumplimiento de sus fines mediante el ejercicio de las competencias que le son propias.

El Parlamento de Andalucía, en todo caso, autoriza los créditos contenidos en la Ley bajo la presunción de que las decisiones finales de gasto que realizan aquellos órganos administrativos que satisfacen necesidades inmediatas o finales a los ciudadanos, se realizarán con respeto al ordenamiento jurídico establecido en cada caso.

Así se explicaba por parte del Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en su escrito obrante a los folios 13.395 a 13.400, en el que al folio 13.399, sobre la base del anterior informe, explicaba que:

En consecuencia, los créditos presupuestarios contenidos en las distintas partidas presupuestarias de los estados de gastos aprobados mediante Ley por el Parlamento o modificadas por el Consejo de Gobierno no prejuzgan, en ningún caso, las decisiones finales de gasto que realizan aquellos órganos administrativos que satisfacen necesidades inmediatas o finales a los ciudadanos.

Son, en definitiva, un instrumento al servicio de las distintas consejerías para que puedan llevar a cabo sus procedimientos de gasto siempre bajo el respeto al ordenamiento jurídico vigente en cada momento pero sin que la infracción de las normas relativas al gasto pueda ser imputable al órgano encargado de la aprobación o la modificación del presupuesto.

Por tanto, son ellas las competentes para autorizar, comprometer y reconocer los gastos, y en su caso efectuar las preceptivas propuestas, permitiéndoles el derecho presupuestario que dispongan de los recursos públicos necesarios para el cumplimiento de sus fines mediante el ejercicio de las competencias que le son propias.

También desde esta perspectiva es claro que la ejecución del gasto por el órgano gestor no permite atribuir la responsabilidad de su presunta ilicitud al órgano encargado de la aprobación del presupuesto o de su modificación sobre todo en el caso de una entidad como IDEA sometida a control financiero permanente, control que tiene lugar mucho tiempo después de la finalización de cada ejercicio.

En este punto, resulta conveniente volver a referirnos en el presente Motivo, al informe emitido por la Interventora General de la Junta de Andalucía, de 20/12/2011 «sobre el ejercicio de las actuaciones de control que de acuerdo con la normativa aplicable corresponde realizar sobre los procedimientos de modificación presupuestarias y de ejecución de gasto público correspondiente» (folios 13.416 a 13.425 [vuelto]). En el mismo, se explica que, efectivamente, hay dos ámbitos competenciales y temporales diferentes de fiscalización por la IG, el previo relativo a la Modificación Presupuestaria –que es en el que únicamente interviene la Consejería de Economía y Hacienda a la que pertenecía mi representado– y, otro, posterior, en el que la IG fiscaliza el gasto concreto realizado por el órgano gestor competente para determinar y realizar cada gasto –en el que la competencia ya no recae sobre la Consejería de Economía y Hacienda, sino la de Empleo y Desarrollo Tecnológico–

Folio 13.422 (vuelto) / página 14 del Informe IG:

finalmente, **la autorización o aprobación del gasto por parte del órgano competente (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del TRLGHP, son competentes para aprobar los gastos propios de los servicios a su cargo, los titulares de las distintas Consejerías, salvo los casos reservados al Consejo de Gobierno, y salvo los supuestos de delegación o desconcentración de esta competencia).**

La reciente y conocida “sentencia del Procès” (STS 459/19), expone la idea de la desvinculación de la fase presupuestaria del momento ejecutivo del gasto, y la necesidad de realizar **actos concretos** de administración con especial claridad:

“Esos principios, admitidos comúnmente por la doctrina administrativo- financiera, fueron expuestos con absoluta claridad por las expertas que dictaminaron en el plenario -Dña. Gema, Dña. Inés, Dña. Joaquina y Dña. Juana-. Llegaron a calificar el pago ulterior como “ *irrelevante* ” a los efectos de la contratación pública. (...) **El procedimiento presupuestario - concluyeron- no deja de ser un escenario de la realidad. El perjuicio se produce en el momento en que se presta el servicio por el empresario. Incluso en la hipótesis en que no hubiera existido ni siquiera procedimiento administrativo, siempre que haya habido un encargo aceptado de buena fe por el contratista, siempre va a haber un gasto.**

Como ya hemos anticipado, los acusados Sres. Agustín, Alfonso, Andrés, Álvaro y la Sra. Alejandra, no van a ser considerados autores del delito de malversación de caudales públicos que les atribuye el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular.

Es cierto que todos ellos suscribieron el acuerdo gubernativo que anunció la asunción solidaria de todos los gastos que se promovieran por el Govern para la realización del referéndum. Pero la codelinquencia exige, como presupuesto conceptual aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, algo más que el previo acuerdo de voluntades para delinquir. Es indispensable -conforme a la doctrina que hemos anotado *supra*, al justificar la concurrencia del delito de malversación de caudales públicos para otros acusados- que el copartícipe realice actos materiales, nucleares o no, de ejecución. (...) **Y esta es la diferencia respecto de los otros miembros del Govern que sí van a ser condenados por este delito, ya que no se limitaron a una retórica e irrelevante penalmente exteriorización compartida de su voluntad de sustraerse al control financiero propio de las sociedades democráticas -un meramente simbólico y solidario " todos a una "-, sino que ejecutaron actos concretos de dispendio económico que no era otra cosa que la genuina expresión de su deslealtad.**

La propia sentencia recurrida, tiene por acreditado, reconoce y afirma expresamente que **el órgano gestor competente para la autorización y ejecución**

del gasto de las ayudas sociolaborales que nos ocupan era la Dirección General de Trabajo, dependiente de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y no de la Consejería de Economía y Hacienda. Así consta, por ejemplo, en la **página 1007**, cuando en referencia a otro acusado, señala expresamente que el «*órgano que concedía la ayuda*» es «*la Dirección General de Trabajo*».

17.- A pesar de que el informe de Garrigues, señalaba que las subvenciones debían publicarse en el BOJA, e inscribirse en la Base de Datos de Subvenciones, el acusado no hizo ni lo uno, ni lo otro. Siendo el obligado a ello, como titular del órgano que concedía la ayuda, la Dirección General de Trabajo, conforme a lo dispuesto en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 25 de febrero de 2002.

Sin embargo, la sentencia que respetuosamente recurrimos no aborda en su genérica fundamentación jurídica el elemento de la tenencia a cargo de mi representado que da como acreditado que era Consejero de Economía y Hacienda. Señala la intervención de «su» Consejería en la tramitación de las Modificaciones Presupuestarias de los distintos ejercicios en los que él perteneció a aquella, — recogen los HHPP que con informe favorable de la Intervención General de la Junta — , pero se describe siempre que eran los órganos competentes para la gestión y ejecución del gasto (el órgano gestor) la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

Resultaría por tanto y atendiendo a los propios HHPP de la sentencia inviabile atribuir a Consejería de Economía y Hacienda la responsabilidad (penal) sobre todo desvío que de los fondos asignados pudiera hacer cualquier órgano gestor de las distintas consejerías. Habría que asumir una interpretación expansiva del artículo 432.1 CP en cuanto al elemento de la «tenencia a su cargo» y afirmar que el Consejero de Economía y Hacienda tenía a su cargo y a su efectiva disposición **la práctica totalidad del presupuesto de la Junta de Andalucía.** Ninguna interpretación del requisito entre sujeto activo y fondos avala tal interpretación, tampoco las sentencias citadas por la sentencia de instancia, como hemos visto.

La sentencia recurrida señala como “*pruebas de cargo*” el mentado artículo 9 de la Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad, sobre la base de las competencias de la Consejería de Economía y Hacienda para elaborar y someter a aproba-

ción los Presupuestos y sus Modificaciones. Pero nada más. Así lo reitera de nuevo la sentencia en las **páginas 1442 y 1443**.

IV.- Como pruebas de cargo, constan las siguientes:

1.- Como hemos visto, el artículo 9 de la Ley 5/1983, de 19 de Julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, vigente a la fecha de los hechos, y el artículo 1 del Decreto 239/2004, de 18 de mayo, de estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, le atribuye la elaboración del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía.

Y, por tanto, dentro de ellos, tanto los de Empleo, como los del IFA, corresponde a la Consejería de Hacienda, que somete el anteproyecto a la aprobación del Consejo de Gobierno, para que como proyecto de ley de presupuestos, lo remita al Parlamento.

La elaboración del presupuesto, como indica el artículo 38 del mismo texto legal, debe hacerse conforme a las normas que regulan la estructura presupuestaria, y en concreto, a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos serán vinculantes, de acuerdo con dicha clasificación.

(...)

2.- Como Consejero de Economía y Hacienda intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2005 a 2009. Participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Habiéndose incluido en los anteproyectos de presupuestos el uso de la transferencia de financiación al IFA, dentro del programa 31L.

La sentencia recurrida no establece en sus HHPP esa concurrencia del título posesorio «por razón de sus funciones» que la Sala de instancia constata que aunque ha desaparecido del tenor literal del actual artículo 432 CP, si bien permanece inherente al tipo:

Respecto al segundo elemento, por razón de sus funciones, también desaparecido de la redacción legal, permanece inherente al tipo, pues **el funcionario debe tener facultades para administrar el patrimonio público, dado que sólo de este modo puede cometer la acción típica de excederse en sus facultades de administración.**

Aplicando esta fundamentación de la sentencia es obvio que la actuación atribuida a JAGM en los HHPP por confuso o ambivalente que quiera ser el término, “proceder” no se extiende en ningún caso a **la administración de los fondos del 31.L.** ni por tanto pudo nunca excederse en el ejercicio de funciones que no tenía.

Las consideraciones posteriores acerca de que este elemento no precisa de la titularidad permanente, sino meramente interina y que la jurisprudencia de esta Excma. Sala lo ha interpretado en sentido amplio como un mero servidor de la posesión (mero poseedor de hecho) tampoco son de aplicación a JAGM que respecto de esos fondos objeto del delito no tuvo administración ni interina ni permanente, ni ninguna forma de posesión.

Las explicaciones genéricas ofrecidas en la fundamentación jurídica permiten concluir que la resolución que condena por el delito de malversación a JAGM en realidad nunca afirma que concurra en el mismo este elemento. Los HHPP resulta claros en situarlo en el seno de la Consejería de Economía y Hacienda que nunca fue el órgano gestor competente para decidir sobre la ejecución concreta del gasto. Así mismo, los HHPP sitúan la administración de esos fondos en la DG Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo.

Reitera la sentencia recurrida lo que JAGM conocía o debía necesariamente conocer, pero la relación del sujeto activo con el objeto material del delito de malversación cometido en régimen de autor directo y conjunto es una relación objetiva, material, de detentación de esos fondos y capacidad de efectiva decisión sobre su destino, que debe darse en realidad, con independencia de lo que conocía o no.

En la sentencia referida antes del Procès, en algunos acusados concurría mucho más que el conocimiento de una gestión irregular, pues conocían y se jactaban del destino ilícito de los fondos, siendo a pesar de ello absueltos porque no tenían disposición efectiva ni por tanto pudieron ejecutar actos concretos de disposición o administración.

Por todo ello, debe estimarse el presente motivo de casación, además de por los argumentos previos al presente apartado, por no concurrir de acuerdo con los HHPP en JAGM la relación de efectiva disposición con los fondos, caudales o efectos públicos objeto material del delito de malversación por el que le condena.⁹⁵

⁹⁵ En el marco casacional de la valoración del iter discursivo de condena (Motivo IV) será mencionada la resolución del Juez instructor del Tribunal Supremo que, con idénticos materiales probatorios que la

2.2.5. (Subsidiariamente) Conducta típica. Ausencia de «sustracción».

Los HHPP no describen que JAGM haya sustraído fondos públicos, ni consentido que otro los sustraiga. En los Hechos Probados recogidos en la sentencia y que han sido extractados al inicio del Motivo, no se contiene referencia alguna a que mi representado, JAGM haya sustraído caudal o efecto público alguno. En el repaso general y referido a todos los condenados, sin mención o concreción alguna referida a JAGM ni a ninguno, que la Sala *a quo* hace sobre los elementos que integran el delito de malversación de caudales, únicamente dedica un breve párrafo a la acción nuclear del delito (**página 1731**), para señalar que la nueva redacción del artículo 432 CP ha suprimido el verbo «sustraer» que era entendido por la doctrina como «apropiación sin propósito de ulterior reintegro». Esta es la fundamentación jurídica que sobre los HHPP ofrece la resolución⁹⁶.

Más adelante, en las **páginas 1710 a 1723**⁹⁷ mediante el reiteradamente utilizado pronombre impersonal “se” la sentencia refiere pagos “ajenos al interés

Sala de instancia, ya afirmó con términos inequívocos la ausencia de indicios que justificaran la imputación por el delito de prevaricación de JAGM que “no se ha acreditado que interviniera en la concesión concreta de ayudas fraudulentas de fondos públicos ni que supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas”

⁹⁶ Déficit de valoración y argumentación de la convicción de culpabilidad que será objeto de crítica en el Motivo IV.

⁹⁷ g. En conclusión: - Con cargo a los fondos del programa 31L **se hicieron pagos** completamente ajenos al interés público. Como son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución.

- La indemnización por rescisión de la relación laboral, cuya obligación de pago corresponde a la empresa, mediante un plan de rentas contratado con una aseguradora a favor de los trabajadores afectados por el ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente al pago de dicha indemnización, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.

- Las restantes subvenciones concedidas a empresas con fines diversos, que no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un

público”⁹⁸ que pudieran derivar de subvenciones a empresas en crisis que destinaban los fondos a nóminas o deudas, mejoras salariales, etc. Es decir, siempre de acuerdo con el tenor literal de la sentencia, destinos vinculados a la vida de la empresa que necesariamente deberían tener una consideración distinta de otros posibles destinos ajenos al relato de la sentencia y habituales en delito de malversación como paraísos fiscales, vehículos o embarcaciones de lujo y recreo o cualquiera otro de lujo o mera ostentación.

Lo que resulta indudable es que **atendiendo a los HHPP en ningún caso pudiera atribuirse a JAGM la realización de los mismos**. Lo que la resolución afirma (en los términos vagos, difusos, genéricos y comunes a todos en los que desarrolla su fundamentación jurídica) no es que JAGM supiera que “*se* hicieron o “*se* iban a hacer esos pagos, sino que “*eso podía ocurrir*”.

h. **Que esto podía ocurrir**, ya lo advertía la Intervención en sus informes. Resulta necesario recordar algunas de las deficiencias e irregularidades que se ponen de manifiesto en el informe adicional al de cumplimiento de 2003...”.

Advierta el Alto Tribunal que “*esto*” debe referirse a las deficiencias en la tramitación de una ayuda HYTASAL **del año 2003** de una muestra de 24 sobre más de cien. “Que esto podía ocurrir ya lo advertía la Intervención en sus informes” es una interpretación del contenido de los informes que desborda lo que

ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.

- Subvenciones concedidas a empresas sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, careciendo incluso de trabajadores, en las que, salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar, ni figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones.

⁹⁸ Como tantas veces es necesario recordar, La resolución se adentra en estas afirmaciones fácticas que completan las menciones del HP DECIMOSEGUNDO en un territorio exterior al perímetro del objeto de enjuiciamiento delimitado en las Cuestión Previa suscitada por el Ministerio Fiscal (**páginas 99 y ss.**), lo que será objeto de crítica en **Motivo IV**.

en los HHPP se relata: “irregularidades” en 2003 y problemas de contabilización con el instrumento de las transferencias de financiación. Lo que los HHPP refieren y dejan constatado es que la Intervención, que según la sentencia “advertía de que esto podía ocurrir”, **informó favorablemente, año a año durante esa década, las modificaciones presupuestarias que incrementaban los fondos destinados al programa 31.L. Ese informe favorable, año a año, es un hecho probado de la sentencia.**

Salvando el anterior excurso y recuperando el hilo del presente motivo mediante el que se expone ante el Alto Tribunal que los HHPP de la sentencia no describen la conducta del delito de malversación previsto en nuestro CP en sus referencias a JAGM, debemos reseñar que en el “se” referido a los pagos, no puede incluirse a JAGM, además de por las razones expuestas, **porque la propia sentencia los atribuye en numerosos pasajes (entre otros la página 1007)**, a los órganos gestores pertenecientes a otra Consejería distinta a la que dirigía JAGM, sobre la que obviamente carecía de toda relación de jerarquía.

Procede por tanto la estimación del presente motivo pues **los HHPP no describen que JAGM haya sustraído nada ni permitido que otro sustraiga.**

Lo que le atribuyen es *haber continuado realizando*⁹⁹ en la Consejería de Economía y Hacienda las Modificaciones Presupuestarias a la Ley de Presupuestos que ya se venían realizando con anterioridad a su nombramiento en abril de 2004, *sin haber hecho nada por cambiar* el uso indebido de un instrumento presupuestario que representaba el 0’003% (las transferencias de financiación en la 31.L) “*asumiendo la eventualidad*” en términos de mera posibilidad, de que esos fondos “*se destinaran a fines ajenos al fin público al que estuvieran destinado*” (página 1467)

⁹⁹ «no modificaron en ningún extremo el proceder» (página 70), «no cambiaron el proceder» (página 78), «no cambiaron el proceder» (página 79) «no hicieron actuación alguna en el ejercicio de sus funciones» (página 1426), «no modificaron en ningún extremo el proceder» (página 1429), «no cambiaron el proceder» (página 1432), «no cambiaron el proceder» (página 1433); «consintieron la gestión» (página 1435), «sin cambiar el proceder» (página 1435), etc.

que, como ya se ha expuesto, no puede equiparse a que hubieran producido menoscabo y daño patrimonial, como exige el delito a que fueran sustraídos. Es obvio que incluso que tener por acreditado que alguien asuma que fondos fueran a un fin distinto al previsto, es sustancialmente distinto que dar por probado que asume que van a ser sustraídos.

2.2.6. El resultado.-Los HHPP no establecen que todos los fondos del programa 31.L fueran sustraídos.

Como recuerda la sentencia de instancia con cita jurisprudencial incluida en la **página 1708**:

*4.- El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. **Es un delito de resultado** (STS 277/2015 del 3 de junio).*

Se trata de un **delito de resultado** – no de un delito de riesgo --y por ello este elemento consistente en que la acción de sustraer haya tenido lugar y provocado su efecto en el patrimonio público, debe tenerse por probado. Para poder subsumir los hechos en este delito es preciso acreditar la sustracción, no basta la “puesta a disposición” con riesgo de sustracción. Para que JAGM pudiera ser condenado por este delito, sería preciso establecer como probado, en el plano objetivo, su relación con un acto de disposición que conduzca a la sustracción ejecutado por él, como administrador de los fondos, ya sea apropiándose para sí o para otro de los fondos como también recuerda la sentencia de instancia con distintas jurisprudencias. Por su parte, en el plano subjetivo debiera haber querido, promovido o al menos haberse representado como muy probable – y aceptado -- **ese resultado**: que como administrador encargado tiene la efectiva disposición de los fondos del programa 31.L realizaba actos concretos de disposición que tendrían como resultado que iba a sustraer para él o para otro esos fondos.

Atendiendo al resultado y a los actos atribuidos a JAGM los HHPP de la sentencia de instancia no contienen, como veremos el sustrato fáctico necesario para subsumir los hechos en el delito de malversación por el que condena.

Aparece en el marco del resultado del delito de malversación la imposibilidad de subsumir los HHPP referidos a JAGM en tal figura delictiva en tanto que

nunca establecen como acreditado que los fondos destinados al programa 31.L fueran sustraídos ni por JAGM ni por otro. Lo que se tiene por acreditado es que *se pusieron a disposición* del órgano encargado de su gestión¹⁰⁰, para que la llevara a cabo sin controles previos y sin sometimiento a ningún procedimiento. Pero tal realidad fáctica que es la que se tiene por probada no la significación del verbo “sustraer”. Podría llegarse a considerar que la sentencia impugnada establece como hecho probado que tales fondos *corrían el riesgo de ser sustraídos*, pero nuestro ordenamiento jurídico no sanciona penalmente a los funcionarios o autoridades que allegaren fondos de los que “se” podría disponer sin controles o procedimiento, sino a los que los sustraigan o permitan que otro los sustraiga.

De nuevo el pronombre “se”, afecta a un dato esencial que oculta: “se” pone a disposición, quiere decir que el Parlamento pone a disposición. Y “se” dispone, quiere decir que la Consejería de Empleo dispone

Nuestro ordenamiento jurídico penal sanciona la creación de artificios o maquinaciones por parte de funcionarios o autoridades que *pongan en riesgo* el patrimonio público, pero limitando ese adelantamiento de la barrera únicamente en supuestos de *los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos*¹⁰¹. Pero el legislador – por el momento – no ha previsto sanción penal para los actos ajenos al ámbito de la contratación o a la liquidación de

¹⁰⁰ Respecto del que JAGM conforme a los HHPP carece de relación, vínculo organizativo, relación de jerarquía o conexión personal, familiar, de amistad o de cualquier tipo distinta de pertenecer a una administración de más de 250.000 miembros.

¹⁰¹ Artículo 436: *La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años*

efectos, que consistieran en *remitir fondos a una unidad administrativa con riesgo de que los mismos pudieran ser sustraídos*.

Los elemento del delito no pueden considerarse compartimentos estancos y, en ese sentido, el resultado tiene una vinculación directa con el ánimo de lucro del autor elemento necesario tanto si sustraer para él como si consiente que otro sustraiga. El destino final de los fondos permitiría constatar o desmentir la presencia de ánimo de lucro del autor, en este caso de JAGM.

Ya hemos recordado hasta la saciedad que la Sala de Instancia comienza su sentencia acordando expulsar las ayudas concretas del objeto del enjuiciamiento, por lo que deja fuera del perímetro de la prueba del juicio oral el destino de los fondos y de esa manera la prueba de si fueron sustraídos, es decir, si engrosaron el patrimonio particular de alguien o si fueron destinados a fines distintos a los previstos.

Jurisprudencia consolidada y unánime exige el análisis del destino final de los fondos para configurar el delito de malversación (por eso es un delito de resultado), excluyendo expresamente si el destino no era el previsto pero era público o, aun no siendo público, dio lugar a una prestación a precio de mercado para la entidad pública –lo que obliga a descartar el ánimo de lucro -.

¿Qué tiene la sentencia de instancia por probado en el apartado de HHPP sobre el RESULTADO, sobre el *destino final de los fondos*?

Distingamos dos afirmaciones fácticas:

-PRIMERA: PUESTA A DISPOSICION.

Por una parte comprobamos que lo que da por acreditado es la “puesta a disposición” con una fórmula que incluye el impersonal “se” y que como patrón estandarizado repite en años sucesivos, no la “efectiva disposición”:

HP CUARTO PÁG. 49

“F) En resumen, a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la

concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo.”

(Énfasis añadido)

Página 57 HP SÉPTIMO

“En el ejercicio presupuestario 2002, se puso a disposición del acusado, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales”

(Énfasis añadido)

Y de modo similar en años sucesivos, página 58, 70, 72, 73, 79, 81 y 90.

La Jurisprudencia que establece el momento consumativo del delito de prevaricación en *el acto de disposición* no exime al tribunal de tener por acreditado el destino concreto de la disposición, sin el que quedaría el acto mismo sin definir. La limitación del objeto del enjuiciamiento al excluir el destino deja sin definir el acto de disposición.

-SEGUNDA: PARA QUÉ SE DESTINARON.

El HP VIGESIMOSEGUNDO, PÁGINA 92 viene dedicado al destino de los fondos y afirma lo siguiente:

VIGESIMOSEGUNDO.- Conforme a lo descrito, el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22 E y 31 L, que se dispuso año a año, para atender los compromisos asumidos frente a terceros, por ayudas sociolaborales, ayudas a empresas, y otros conceptos, mediante el mecanismo de las transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA fueron:

Aunque vuelva a utilizar el pronombre impersonal “se”, la sentencia de instancia tiene como probado que año tras año “se” dispuso de esos fondos “para atender los compromisos asumidos frente a terceros, por ayudas sociolaborales, ayudas a empresas, y otros conceptos, mediante el mecanismo de las transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA”

De ninguna manera cabe concluir que se tiene por probado el resultado propio del delito de malversación, conforme a esta inequívoca declaración general.

Seguidamente, este mismo HP amplía lo que tiene por probado respecto del destino de los fondos (a pesar de que se trataba de una parte de la realidad expulsada del objeto de enjuiciamiento) y afirma refiriéndose siempre a la fase de ejecución del gasto y no a su presupuestación en tres apartados (A,B y C), ya en términos ambiguos e imprecisos lo siguiente:

“Mediante el procedimiento expuesto, este caudal de fondos públicos fue el que permitió nutrir a la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de las cantidades de las que dispuso para atender los compromisos asumidos frente a terceros:

A) Como ayudas sociolaborales, para el pago de primas de pólizas de rentas y capital, abonadas por la Junta de Andalucía, de las que se han visto beneficiadas unas 77 empresas, **que tuvieron la necesidad de presentar expedientes de regulación** de empleo, extintivos, o simplemente reducir plantilla mediante despidos.

El apartado A) no identifica destinos que puedan subsumirse en el término del verbo típico “sustraer”.

Sin embargo, sobre un destino manifiestamente concordante con el fijado presupuestariamente, la sentencia apunta de manera imprecisa algunas desviaciones irregularidades o disfunciones en los apartados 1. 2. y 3.

1. Al no haberse publicado unas bases reguladoras de estas ayudas, que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, y no registrarse, como era obligado, en la Base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial.

2. Al no establecerse el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado, de las personas beneficiarias de las pólizas, personas que nunca han pertenecido al mismo, han percibido rentas de pólizas abonadas por la Consejería de Empleo.

3. La no exigencia de justificación alguna, ni de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número de ellos siguiese percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado al mercado laboral.

El apartado 1. reprocha que la ausencia de publicidad, que es siempre una decisión que se adopta en el ámbito de ejecución del gasto y por tanto en la Consejería de Empleo, haya dado lugar a que “de un importante número de trabajadores afectados de desempleo” no pudieran acceder a las ayudas. Este hecho no

impide tener por probado que los que las recibieran también estuvieran en la misma situación. La alusión refiere más una vulneración de una suerte de igualdad de oportunidades que una sustracción de fondos.

El apartado 2. y 3. refiere ya de manera indefinida e imprecisa situaciones más próximas a la “sustracción” pues relata que las ayudas fueron a “personas” que no estaban en la situación exigida o que habían dejado de estarlo. En este punto de máximo acercamiento al resultado propio de la sustracción, sin embargo no cabe entender que los HHPP integren ese elemento objetivo del delito pues no identifica quiénes fueron esas “personas”, ni cuántas fueron, ni los recursos invertidos en ellas.

Ese destino apunta al significado de “sustracción de fondos”, salvo que esa determinación de esas personas fuera un error o una justificada excepción o cualquiera otra circunstancia. Desde luego la afirmación Al no establecerse el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado, resulta completamente contradictoria con la anterior afirmación de, **que tuvieron la necesidad de presentar expedientes de regulación de empleo, extintivos, o simplemente reducir plantilla mediante despidos como ya sido objeto de crítica y denuncia en otros marcos casacionales.**

Pero en este motivo lo relevante es que, todo caso:

(i) La imposibilidad de conocer **quiénes** impide comprobar si pertenecían a no, si tenían derecho o no, lo que abre una brecha de indefensión¹⁰² pues impide controlar a las defensas y a la Sala Segunda del TS la racionalidad, fundamento de certeza o error de tal afirmación¹⁰³.

Pero en este marco casacional lo relevante es que si la sentencia de instancia no tiene por probado **quiénes sustrajeron** los fondos, identificando de manera clara y terminante el beneficiario del delito, no puede tener por probado un elemento fáctico esencial: en qué modo JAGM puede ponerse en relación con esa persona. Esta carencia impide subsumir los HHPP atribuidos a éste en un delito de

¹⁰² A la que se refería el propio MF al plantear su Cuestión Previa.

¹⁰³ Objeto de crítica y denuncia en el Motivo IV

malversación que exigiría establecer alguna relación de JAGM con quien sustraer los fondos para poder incluirla en esa representación o asunción del resultado necesaria para construir el dolo eventual.

La **página 1708**¹⁰⁴ de la sentencia de instancia recuerda con cita jurisprudencial incluida, que es elemento esencial del delito --- que por tanto tiene que darse por probado -- el ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción, lo que resulta inviable sin identificarlo debidamente

(ii)La imposibilidad de conocer cuántas personas impide conocer el montante de lo sustraído que de acuerdo con lo tenido por probado fue una parte indeterminada de la totalidad (“...personas...” y “...un número de ellos...”). Lo que tiene como consecuencia la manifiesta contradicción, discordancia o desconexión entre lo que se tiene por probado en el HP DECIMOSEGUNDO (que una parte de los fondos fueron destinados a ayudas) y las explicaciones ofrecidas en la **página 1733** para justificar la condena conforme al tipo agravado¹⁰⁵, identificando en contra de sus propios HHPP la totalidad de los fondos administrados como fondos sustraídos, tomando inexplicablemente la parte por el todo.

La sentencia de instancia además reconoce que no tiene por probado el dato de qué parte de los fondos fueron destinados al fin previsto presupuestariamente, en la **página 1468**. Efectivamente, en respuesta a una alegación defensiva consistente en la afirmación de que la mayor parte del gasto no tuvo un destino fraudulento (lo que como hemos visto se corresponde materialmente con lo que se tiene por probado), se responde que tal alegación “está huérfana de prueba”. Lo

¹⁰⁴ 2.- El ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013) se trata en definitiva de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extra-yéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga.

¹⁰⁵ I.- CONDENAMOS a los siguientes acusados, como autores de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación, **agravado por su especial gravedad**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas

que *sensu contrario* viene a reconocer que no existe prueba sobre qué parte tuvo un destino fraudulento. Reproducimos literalmente el párrafo entero, pues lo que se afirma para salvar la situación es que “no hubo ningún examen económico” lo que además de darse de bruces con la existencia de expedientes de regulación de empleo, más que desmentir, ratifica la ausencia de prueba de la porción de los fondos que fueron a destinos no previstos en la ley, cuyos destinatarios la Sala de instancia identifica, como se ha expuesto en el HP DECIMOSEGUNDO de manera tan imprecisa como insuficiente (“...personas...” y “...un número de ellos...”)

Página 1468:

“1. Se alega que la mayor parte del gasto no tuvo un destino fraudulento.

Alegación que está huérfana de prueba.

Por el contrario, los peritos de la IGAE, en su dictamen pericial obrante en PPRI\INFORME IGAE COMPLETO\1.- INFORME DICIEMBRE 2013\ SECCION PRIMERA, señalan que **no consta en los expedientes examinados, la existencia de ningún análisis económico** realizado por Consejería de Empleo sobre las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta. Así aparece también en los informes encargados a la firma PriceWater House Coopers (PSEP\TOMO - 20\C.D. obrante folio 7.469\Informe\dos últimos archivos), como desarrollaremos más adelante.

Y así lo apreció también la Cámara de Cuentas en el informe de fiscalización, al que ya hemos hecho referencia (Pieza principal, Anexo 12, tomo 1, pdf 197-291) y las declaraciones de sus auditores, que han declarado como testigos en el plenario, como igualmente desarrollaremos más adelante.”

(Énfasis añadido)

Pues bien, a pesar de que la sala de instancia reconoce la imposibilidad de identificar qué cantidades fueron a “...personas...” y a “...un número de ellos...”, en trance de tener que integrar el elemento del resultado, en abierta contradicción con la delimitación del objeto de enjuiciamiento y de sus imposibilidades probatorias opta en sede de FFJJ por **tener por sustraídos todos los fondos del programa 22.E y 31.L**. Así aparece en la **página 1733 y ss. en donde culmina la explicación teniendo por sustraídos todos los fondos presupuestados porque las modificaciones hicieron que se detrajera de otros destinos presupuestarios:**

“Por consiguiente, los fondos destinados a cubrir el déficit dejaron de aplicarse a otras partidas o programas presupuestarios, y limitó la concesión de subvenciones a trabajadores o empresas que hubieran tenido derecho a acogerse a las mismas.

Además, las consecuencias que el déficit produjo en la actividad normal del IFA/IDEA, y que ya han sido expuestas”.

Otras sedes del presente recurso serán más apropiadas para valorar la argumentación desde el parámetro de su racionalidad. Lo que importa en este cauce casacional es identificar una carencia de los HHPP referidos a JAGM consistente en su completa desvinculación con el único resultado cercano a la sustracción exigida para el delito de prevaricación, es decir, la falta de relación con los que se identifican como “...personas...” y “...un número de ellos...”, únicos “sustractores” de fondos públicos en cuantía indeterminada, que aparecen en los HHPP de la sentencia.

2.2.7. El elemento subjetivo del delito malversación: el salto del dolo eventual al delito de riesgo o de mera posibilidad.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el dolo requiere de dos elementos, cognitivo (conocer) y volitivo (querer) –prescindiendo ahora de la concepción causalista del *dolus malus*, en cuanto al conocimiento adicional de la antijuridicidad–. Hace ya tiempo que las modernas teorías cognitivas que han alcanzado cierto éxito en otros países como Alemania (Frisch, por ejemplo), vienen prescindiendo del elemento volitivo del dolo, para afirmar su existencia por la mera concurrencia del elemento intelectual. Pues bien, como señalara el profesor J. M. Gómez Benítez («El concepto de dolo en la moderna dogmática penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2006, páginas 11-32): «se empezó por mantener que el dolo no requiere volición, y se camina ahora en la línea de afirmar que tampoco exige cognición, o que —como mucho— ésta se conforma con el mero conocimiento potencial del peligro que encierra la acción. Cuando ello, precisamente, es lo que siempre ha caracterizado a la imprudencia consciente, de modo que ésta queda absorbida por una concepción expansiva del dolo, que tiene más de “presunción” de dolo, que de auténtico y verdadero dolo. Todo ello, además, en perjuicio del reo.»

Las palabras del profesor Gómez Benítez vienen precisamente al caso que nos ocupa, por cuanto la sentencia recurrida **presume el dolo del mero conocimiento potencial del peligro** que encierra la acción consistente en utilizar un procedimiento inadecuado¹⁰⁶. Todo ello, bajo el paraguas argumental de un supuesto dolo eventual, al que se refiere la sentencia en sus **páginas 1732 y 1733**, en las que, tras señalar que esta Excma. Sala admite dicha forma de dolo en el delito de malversación de caudales, considera que, dado el deficiente procedimiento de financiación utilizado, existía la posibilidad de que lo que era un despilfarro pasase a ser una malversación: *«lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento establecido y sin control alguno»*

Por su semejanza con lo acontecido en la presente causa, respecto a los desembolsos con ausencia total de controles, que revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación. Consta en la causa la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al

1732

margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización.

Nos remitimos al análisis de la prueba respecto de cada acusado, donde hemos indicado los acusados que tuvieron conocimiento de estos extremos, y de aquellos otros que fueron puestos de relieve en los informes de la Intervención.

La fundamentación conjunta, respecto de todos los condenados, debe matizarse de algún modo. La sentencia en el FJ referido a JAGM, única sede de posibles ajustes a su persona, no contiene una fundamentación jurídica, pero si una

¹⁰⁶ Deriva argumental que recuerda la ya superada forma de culpabilidad objetiva del *versari in re ilícita*

descripción del elemento subjetivo como “asumir la eventualidad”, lo que se separa de esa “alta probabilidad” y, en relación con JAGM convierte la misma en una posibilidad mucho más atenuada. Recordemos que eventualidad significa “hecho o circunstancia de realización incierta y coyuntural, sin que pueda pensarse que en tal decisivo término la Sala de Instancia haya querido alejarse del tenor literal de sus pronunciamientos.

Todo ello referido al “conocimiento”. La Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, prescinde en sus HHPP del elemento volitivo que para proceder a la condena presume¹⁰⁷. De esta manera, la sentencia recurrida viene a aplicar una concepción del dolo, que vacía por completo el mismo del contenido natural que le es propio, quedando un dolo vacío, completamente desnaturalizado, en el que no sólo es irrelevante el elemento volitivo (que se presume inherente por la mera concurrencia del elemento intelectual), sino que tampoco es ya siquiera necesario el propio elemento cognoscitivo, que nuevamente se presume¹⁰⁸ –presunción sobre presunción– por la mera constatación del conocimiento del peligro como ocurre en la imprudencia consciente¹⁰⁹.

Y es en este momento cuando procede recordar que la malversación culposa – que se sancionaba con multa -- fue despenalizada¹¹⁰. No está prevista en

¹⁰⁷ Con lesión del derecho a la presunción de inocencia, **Motivo IV**.

¹⁰⁸ Recordemos que lo que se recoge en los HHPP es que JAGM conoció irregularidades en las ayudas de 2003 y los problemas de contabilización de las transferencias de financiación en los informes de control financiero permanente.

¹⁰⁹ **Nada queda del dolo**, pues, en la interpretación expansiva que del mismo hace la sentencia que respetuosamente recurrimos, que **construye el mismo sobre la base de una cadena de meras presunciones** que resultan abiertamente incompatibles con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuya vulneración invocamos en el Motivo IV.

¹¹⁰ La despenalización la conducta de abandono o negligencia inexcusable, que posibilita la sustracción por parte de terceros de los caudales o efectos públicos, en modo alguno determina la inexistencia de consecuencias para quien actúa de dicha forma, pues quedaría expedita la vía de la responsabilidad contable por alcance, cuyos presupuestos son diferentes a los que determinan la existencia de la

la legislación vigente que debe ser aplicada por la sentencia de instancia la modalidad imprudente del delito de malversación. Fue suprimida del viejo artículo 395 CP 1973 por el vigente Código Penal (en este sentido, STS núm. 113/1995, de 31 de enero; STS núm. 309/1997, de 11 de marzo) la incriminación de la conducta del **funcionario público que: «por abandono o negligencia inexcusable diese ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos»**. Esta es la conducta que a la que -- solo en el caso que JAGM hubiera tenido a su a su cargo o por razón de su función los fondos del programa 31.L, que no es el caso -- se acercaría mínimamente el relato de HHPP, en lo que de pasividad o continuidad (“el mismo proceder”) tiene el modo de actuar que le atribuye.

El dolo eventual al que la sentencia se refiere en la **página 1732** en su fundamentación genérica, se apoya en dos sentencias del TS inaplicables a caso concreto de los HHPP referidos a JAGM. La primera (STS 310/2003¹¹¹) porque lo proyecta en una frase argumentativa respecto de quien libró fondos públicos puesto de acuerdo con quien los recibió y la segunda del conocido Caso Noos (STS 277/2018¹¹²), en relación con quien como President tanto del órganos administrativa

responsabilidad penal, pero de consecuencias conocidas igualmente muy gravosas, aunque no de orden penal (a través del Tribunal de Cuentas, al que el art. 136.1 de la Constitución encomienda la suprema fiscalización de las cuentas y de la gestión del Estado y del sector público. Su ámbito, además, se extiende a toda la geografía nacional)

¹¹¹ **Tribunal Supremo TS (Sala de lo Penal) Sentencia num. 310/2003 de 7 marzo** Recurso de Casación 2332/2001 **Ponente:** Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater : Por el contrario, una vez afirmado por el Tribunal «a quo» la existencia de un acuerdo para la comisión de los delitos, es evidente que a partir del mismo es posible deducir que el recurrente obró por lo menos con dolo eventual, dado que le era indiferente verificar las causas del dinero que se le giraba en cada una de las transferencias.

¹¹² **TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Nóos. Sentencia núm. 277/2018 de 8 junio** Recurso de Casación 1206/2017 **Ponente:** Excmo Sr. Antonio del Moral García

como de alguna de las Fundaciones, a decir de otro coimputado que es creído por el tribunal de instancia, autorizó y dio el visto bueno de unos pagos, como de otro lado el mismo President había reconocido en instrucción. Ninguna analogía con la posición descrita en los HHPP de JAGM respecto de los fondos y quienes los gestionaban, de los que carecía de vínculo o relación directa, indirecta circunstancial, ni desde luego relación jerárquica alguna.

En cuando a la forma omisiva, la sentencia de instancia parece excluir-la al menos en la modalidad concreta de no exigencia de reintegro, pero en todo caso, resultan procedentes algunas consideraciones más en esta sede.

De una parte, la forma omisiva de la malversación de haberse desarrollado en la sentencia en relación a JAGM, haría aflorar la aplicación de la ley penal más favorable conforme a la fundada posición doctrinal que entiende que habría quedado excluida en la nueva regulación¹¹³, si bien alguna jurisprudencia reciente la incluye.

¹¹³ Si bien la inicial jurisprudencia del nuevo delito de malversación como administración desleal ha admitido la forma omisiva, una interpretación ajustada a la mens legislatoris, la haría inviable. En el Anteproyecto de 2008, que dio lugar al actual delito de administración desleal del art. 252, se contemplaban inicialmente dos tipos distintos de administración desleal, en dos números diferentes del precepto. Estos tipos, conocidos como de "abuso del poder", el primero, y como "deslealtad o ruptura de la lealtad", el segundo, inspirados del Código Penal alemán. En concreto, del párrafo 266 StGB. La doctrina alemana para el "abuso de poder" requiere un comportamiento necesariamente activo, mientras que para el tipo de "mera deslealtad", permite el castigo de los comportamientos omisivos. Esta modalidad de "oscuros orígenes" (lo introdujo Hitler en 1933, tres meses después de llegar al poder, creando una modalidad absolutamente genérica de administración desleal ("infringir un deber de lealtad"), que permitiera su aplicación indiscriminada a los judíos que estaban al frente de numerosas empresas. Es ilustrativo el manual de Parte General de Jescheck, que en el análisis del principio de legalidad y de la exigencia de taxatividad de las normas penales pone como ejemplo de lo contrario, precisamente, esta modalidad de administración desleal. El prelegislador español de 2008 copió del Código alemán sus **dos tipos** en el Anteproyecto de 2008. Sin embargo, el informe emitido por el CGPJ haciendo discreta referencia al origen "oscuro" de esta segunda modalidad, dados los indicados problemas que además tenía en cuanto a su manifiesta inconcreción de cara al principio de legalidad.

Debe añadirse, por si fuera necesario, que la posibilidad de dolo eventual o de una forma omisiva, en el marco de una autoría directa --- que es la que la sala de instancia atribuye a JAGM y todos los demás, descartando expresamente la autoría por cooperación necesaria --no altera la configuración del tipo y por tanto no excluye, ni la necesaria relación objetiva con los fondos, ni en ningún caso la necesaria concurrencia de un doble ánimo de lucro. El dolo del funcionario no sustractor a título personal, que comete el delito de esta forma omisiva el delito de malversación de caudales, requiere de un «doble dolo» que no aparecen de ninguna forma sostenido en los HHPP de la sentencia recurrida.

En efecto, el artículo 432.1 requiere para su apreciación, bien que la autoridad o funcionario público sustraiga con ánimo de lucro (modalidad activa), bien que dicho sujeto «*consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga*» los caudales o efectos públicos confiados al primero por razón de sus funciones. Así, en esta modalidad omisiva de malversación, junto al conocimiento de la sustracción por parte del tercero, **el dolo del funcionario omitente requiere de un elemento más, cual es el conocimiento del ánimo de lucro con el que obra el tercero**¹¹⁴.

A raíz de esta crítica del CGPJ, en la reforma de 2010, fue suprimida y finalmente sólo apareció la primera modalidad de administración desleal, la de "abuso de poder o de facultades". La única modalidad de administración desleal no admite la comisión omisiva. Su redacción es particularmente clara, al sancionar a quien infrinja (sus facultades de administrar) excediéndose en ejercicio de las mismas, y es evidente que una omisión no es un "exceso en el ejercicio", sino un defecto en el mismo.

¹¹⁴ A este respecto, la doctrina (Castro Moreno, Abraham: *El delito de malversación en el Código Penal de 1995*. Valencia Tirant Lo Blanch, 2001, pág. 246; Crespo Barquero, Pedro: «De la malversación», en Serrano Butragueño, Ignacio (Coord.): *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Granada: Comares, 1998, p. 1719; Feijóo Sánchez, Bernardo: «De la malversación», en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Dir.) / Jorge Barreiro, Agustín (Coor.): *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas, 1997, pág. 1687; Roca Agapito, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, págs. 187 y 191, entre otros), ha venido considerando que, a pesar de que el ánimo de lucro del tercero sustractor es un elemento subjetivo para éste, en la medida en que ha de concurrir en la conducta del tercero, **en relación con el funcionario omitente, tal elemento subjetivo se somete a un proceso de objetivación**,

Debería incluirse en los HHPP para que cumplieran las exigencia del tipo, que el funcionario o autoridad omitente, conocía tanto el hecho mismo objetivo de la sustracción por parte del tercero, como el ánimo de lucro con el que obraría dicho tercero. Los HHPP de la sentencia que respetuosamente recurrimos no contiene referencia alguna a que JAGM se representara o asumiera alguna forma de beneficio propio o de un supuesto tercero receptor. Ya se ha expuesto anteriormente que ninguna relación se identifica entre JAGM y los que pudieran ser receptores de los fondos (insistimos que el Excmo. Sr. Magistrado del TS, ya lo expresó con claridad).

La atribución a JAGM de la representación (asumió) de la eventualidad que los fondos “fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinado”, **no incluye** la representación de que fueran sustraídos para beneficio propio y del tercero que los recibe.

Por ello, si fueran desestimadas las anteriores razones expuestas sobre la imposibilidad de integrar en el delito de malversación las conductas atribuidas a JAGM, debería ser estimado el motivo de infracción de ley por la inviabilidad de integrar el elemento subjetivo del delito de malversación de caudales públicos, ni en régimen de dolo eventual, en el conocimiento y voluntad en grado de mera representación, atribuido a JAGM (pág. 1467)

2.3. Las consecuencias del *concurso medial* y del delito continuado en relación con el elemento subjetivo del injusto en el delito de malversación.

2.3.1. Concurso medial

La relación medial o instrumental entre el delito de prevaricación y el delito de malversación – además *continuados*, aunque luego se tratarán las consecuencias de esta calificación en relación con el dolo eventual -- todavía limita y hace más inviable la presencia del dolo eventual.

de manera que, al ser «objetivado», debe ser abarcado por el dolo del funcionario o autoridad omitente.

Si el delito de prevaricación del que se predica la presencia de dolo directo, conforme con la calificación propuesta para los HHPP por la sentencia de instancia, es utilizado por el autor como instrumento para la comisión del delito de malversación, resulta inviable la comisión del segundo (principal en el plan del autor) en régimen de dolo eventual.

La relación medio-fin entre ambos delitos solo es imaginable a partir de un mínimo grado de planeamiento o de pre-ordenación de medios dirigidos a un fin. Mantener respectos de los “medios” la presencia de *dolo directo* y respecto del “fin” predicar un *dolo eventual*, nos obliga a un difícil ejercicio de retorcimiento de estas instituciones: es tanto como predicar del pescador una *intención directa* de preparar los aparejos, desplazarse hasta el río y lanzar la caña pero como efecto no perseguido o no querido directamente, aunque asumido y aceptado, que algún pez pique en el anzuelo.

La sentencia de instancia nos enfrenta esa contradictoria configuración del elemento subjetivo de JAGM en relación con los delitos por los que le condena respecto de los que inequívocamente establece una relación de medio a fin¹¹⁵. Más allá de ejercicios de elucubración mental, desde parámetros de racionalidad tal ordenación instrumental de los delitos exige no solo un dolo directo sobre el resul-

¹¹⁵ **Página 1789: CUADRAGESIMONOVENO.**- Determinación de las penas.

A la hora de la fijación de las penas, debemos tener presente que en todos los casos estamos ante un delito continuado, al haberse ejecutado la conducta típica en más de un ejercicio presupuestario, conforme a lo que expusimos sobre la unidad típica de acción. Y, además, respecto de algunos de los encausados se está en presencia de un concurso medial de delitos continuados.

Existe una cierta relación de medio a fin entre el delito de prevaricación y el delito de malversación que se declaran probados: las actuaciones arbitrarias que se declaran probadas, sirvieron como instrumento que hizo posible la comisión del delito de malversación por parte de algunos de los acusados, es decir, disponiendo y/o permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados, **y en otros casos, asumiendo dicha eventualidad**. Desde esta perspectiva, ambos delitos deben ser castigados como un concurso medial de delitos.(Énfasis añadido)

tado del delito fin (sustraer caudales públicos), respecto del que el delito de prevaricación es un *mero instrumento*, sino un dolo hegemónico o preferente y anterior o pre-ordenado. Tal calificación hace inviable el dolo eventual del delito objetivo frente al dolo directo del delito instrumental.

Las numerosas sentencias que los repertorios jurisprudenciales recogen en las que se contemplan hechos subsumidos en los delitos de prevaricación y malversación de caudales en relación de concurso medial¹¹⁶, reflejan que el destino final de la sustracción está presente en la mente del autor desde el momento previo e instrumental del dictado de la resolución injusta. Solo con ese dolo directo y anticipado de sustraer fondos públicos es imaginable la configuración del concurso medial. Pero si la configuración del dolo eventual resulta imposible de encajar en los HHPP, que no identifican datos que pudieran llevar al conocimiento de JAGM otra cosa que irregularidades de gestión, nunca sustracciones, mucho menos cabe en esos HHPP un dolo directo. La calificación jurídica de la sentencia recurrida resulta inviable. El concurso medial ofrece una nueva razón que justifica la indebida subsunción de los hechos atribuidos en los HHPP a JAGM a la calificación por el que es condenado.

2.3.2. Las consecuencias del delito continuado¹¹⁷.

De igual modo, la posibilidad del dolo eventual en el delito de malversación – admitida en una jurisprudencia muy limitada y en algún caso referida a supuestos de malversación impropia – resulta incompatible con que aquel se cometa *en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*. De forma similar a como razonábamos antes, la continuidad remite a un dolo directo en tanto que

¹¹⁶ Por todas SSTS 627/2019, 402/2019, 310/2003

¹¹⁷ **Artículo 74 1.** *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.*

exige un plan preconcebido o un “aprovechamiento de la ocasión” que reflejan un propósito directo preparado o predispuesto que resultan incompatibles con esa aceptación de segundo grado, cercana a la ignorancia deliberada descrita como una mera “asunción de la eventualidad”. La inviabilidad de encontrar en los HHPP de la sentencia asiento y soporte a la calificación jurídica por la que se condena a JAGM queda, en este punto de nuevo al descubierto y encontramos otro argumento que fundamenta el motivo.

La sentencia de instancia también respecto de esta cuestión ofrece una argumentación genérica y conjunta para todos los condenados. Y recoge expresamente la idea de **un plan** desarrollado por los autores, en la **página 1744**:

Aplicando la citada doctrina al supuesto aquí enjuiciado, el Convenio Marco, cada modificación presupuestaria, cada anteproyecto y proyecto de presupuesto, y cada convenio particular suscrito entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA, de contenido arbitrario, constituiría el tipo de injusto de prevaricación por sí solo. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, consideramos que para cada ejercicio presupuestario, **todos ellos constituyen la ejecución del mismo plan desarrollado por los autores y forman parte del mismo injusto**, que ya hemos expuesto: utilizar las transferencias de financiación en el programa presupuestario 22E/31L, junto con los convenios firmados entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA, en ejecución del Convenio Marco, tras la firma del mismo, utilizando al Instituto como mera caja pagadora, con la finalidad de soslayar la fiscalización en la concesión de subvenciones, sin necesidad, siquiera, de tramitar el correspondiente expediente administrativo para la concesión de las mismas.

Lo que resulta incompatible con *el dolo eventual* atribuido a JAGM es la presencia de un plan que exige de un dolo directo. Estamos ante una **nueva muestra de la imposibilidad de subsumir los actos atribuidos a JAGM en los HHPP de la sentencia de instancia en el delito de malversación por el que fue condenado.**

2.4. Conclusión y Petitum.

Los HHPP de la sentencia referidos a JAGM **no pueden subsumirse en el delito de malversación** pues ni tenía a su cargo los fondos del programa 31.L ni participó en su gestión o administración, sin que se tenga por probado ni que sustrajo él ni que consintiera que otro con ánimo de lucro los sustrajera. La estimación del motivo conduce por ello al dictado de una sentencia absolutoria.

II. (SUBSIDIARIAMENTE) MOTIVOS CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 DE LA LECRIM *error en la apreciación de la prueba con significación suficiente para la modificación del fallo, basado en documentos literosuficientes que obren en autos y no han sido contradichos, con nueva redacción de hechos que resulta relevante en la calificación jurídica de los hechos.*

Síntesis.

Mediante esta vía casacional se impugnan tres afirmaciones fácticas de la resolución de instancia que vienen contradichas por documentos literosuficientes tenidos como prueba y no contradichos referidos a:

- (i) La omisión del contexto: la dimensión relativa del programa 31.L en el anteproyecto de presupuesto.*
- (ii) La inexistencia de la premisa de una “situación grave”.
El error de negar la posibilidad de control previo en las transferencias de financiación.*
- (iii) La actuación de JAGM de supuesta desatención a indicaciones de la Intervención “con el mismo proceder”.*

PREVIO.- Planteamiento: el marco del presente motivo en relación con las características de la sentencia impugnada.

Con carácter subsidiario y para el caso de que no sean atendidos los anteriores motivos que dejaban incólumes los HHPP de la sentencia, se articula el presente mediante el que se solicita la modificación de los mismos en tres elementos facticos relevantes para el sentido y calificación de las actuaciones atribuidas a JAGM.

La sentencia impugnada, hemos de insistir, resulta excepcional por las razones ya expuestas, por lo que no contamos con precedentes. Su objeto de enjuiciamiento no solo ofrece unas extraordinarias dimensiones cronológicas (1999-2010), sino un objeto material de extensión y complejidad prácticamente inabarcable (procesos administrativos referidos a la elaboración del anteproyecto de presupuestos y numerosas modificaciones presupuestarias). De otra parte, en cuanto al aspecto subjetivo, la resolución impugnada incluye comportamientos referidos en gran parte a entidades públicas (Consejo de Gobierno, Consejería de Economía y Hacienda, etc.) que abarca hasta el Parlamento de la Comunidad Autónoma Andaluza, del que el Tribunal de instancia tiene la necesidad hacer pronunciamientos sobre lo que conocía o no llegó a conocer, para justificar el fallo¹¹⁸.

El presente motivo debe articularse ajustando su desarrollo a los requisitos y presupuestos que constante y consolidada jurisprudencia ha fijado.

-Primer requisito.- *Que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues, en caso contrario, estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios.* Para dar cumplimiento a esta exigencia en recurso ha seleccionado aquellos errores u omisiones fácticas estructurales o esenciales en el relato de hechos, entendiendo por tales aquellas cuya corrección tiene como efecto cambiar significado o sentido general de las conductas de JAGM objeto de enjuiciamiento. Para ello selecciona tres datos fácticos esenciales en el relato de HHPP referido a JAGM que vienen desmentidos por documentos tenidos en consideración como prueba en la sentencia y no contradichos por otras pruebas:

1. La omisión del contexto: la dimensión relativa del programa 31.1 en la totalidad de la ley de presupuestos.

2. La inexistencia de una supuesta “situación grave” no detectada por nadie y la supuesta imposibilidad de control de las transferencias de financiación.

3. La afirmación de que JAGM actuó año a año “con el mismo proceder” frente a los informes de la Intervención.

¹¹⁸ Ver FJ DÉCIMO pág. 445 yss.

-Segundo requisito.-*Que se cite con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de los particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; Ya quedaron identificados en el escrito de anuncio los documentos literosuficientes en los que se apoyarán los argumentos del presente motivo. De manera análoga a lo expuesto respecto del anterior requisito, el recurso ha procurado evitar la acumulación ajustando su exposición a un criterio de austeridad o rigor, por lo que han seleccionado aquellos documentos especialmente significativos en su contenido para servir de cotejo o contraste con el error u omisión denunciado. Asimismo, en tanto sea posible, ofrecemos la imagen digital del mismo.*

-Tercer requisito.-*Que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; A riesgo de no agotar los argumentos posibles, el recurso fijará en los documentos aquellos extremos que dejen en evidencia los HHPP que desmienten, sin necesidad de complejas explicaciones.*

-Cuarto requisito.-*Que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa. También este requisito deberá ajustarse a las dimensiones del acervo probatorio fruto de más de ciento cincuenta sesiones de vista oral con referencia directa o indirecta a cientos de miles de documentos. No es posible a un repaso general de este inmenso acopio probatorio. Nos limitaremos a las pruebas mas relevantes mencionadas en la sentencia recurrida.*

-Quinto requisito.-*Que el recurrente proponga una nueva redacción del «factum» derivada del error de hecho denunciado en el motivo. El recurso en desarrollo del presente motivo ofrecerá en un apartado final un relato de HHPP que incluya las correcciones propuestas por ser esta la mejor manera de exponer al Alto Tribunal las razones por las que el motivo debiera ser estimado.*

-Sexto requisito.-*Que tal rectificación del «factum» no sea un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para*

posibilita una subsunción jurídica diferente de la que se impugna. El cambio o rectificación de los tres aspectos fácticos que los documentos desmienten alteran de manera radical la posición de JAGM en el relato y conlleva una significación radicalmente diferente, como en cada caso se expondrá.

Motivo II. 1º.- La omisión de la significación relativa o contextual de la partida 31L en la ley de presupuestos y sus modificaciones entre abril de 2004 y abril de 2009 para JAGM en su condición de Consejero de Economía y Hacienda.

1.1. Planteamiento.

El motivo de infracción de ley por error de hecho derivado de documentos permite combatir errores fácticos de la sentencia (los errores jurídicos que se entienden cometidos en la subsunción de la norma son propios de otros motivos), tanto por incluir en los HHPP hechos no ocurridos, como **porque sean omitidos**¹¹⁹ otros efectivamente acaecidos dando lugar a una descripción incompleta o mutilada de los sucesos ofreciendo una realidad *desfigurada* por una visión acotada o parcial, que ofrece una imagen distinta de como efectivamente los hechos ocurrieron.

La sentencia de instancia tiene como “hecho central”, núcleo esencial o piedra angular sobre la que apoya la narración, alrededor de la cual gira el relato un concreto programa presupuestario (22.E y posteriormente 31.L) incluido en las leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Alrededor de esos programas dedicados a ayudas a empresas en crisis y socio-laborales gira el relato de los HHPP. En el caso de JAGM solo en relación con el 31.L

El presente motivo no se articula porque ese elemento fáctico nuclear -- un concreto programa presupuestario incluido en el presupuesto de la Consejería de Empleo --, sea descrito incluyendo algún error que pueda detectarse al cotejarlo con algún documento literosuficiente, sino **porque ese elemento factico relevante**

¹¹⁹ STS 14.10.99 "... el presente motivo suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado u omitido en el relato fáctico de la sentencia y aquel que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo..."

aparece en el relato de HHPP de forma aislada, descontextualizada, encapsulada, sin referencia al todo del que es una parte, impidiendo por ello apreciar su dimensión o importancia relativa cuantitativa y cualitativa, como parte de una entidad jurídica en la que se enmarca, el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Lo que el presente motivo defiende y somete a la consideración de la Sala Segunda del TS es que los HHPP de la sentencia impugnada merecen ser reformulados a partir de datos que han sido omitidos, a pesar de que aparecen de manera inequívoca reflejados en documentos literosuficientes sin ser contradichos, y resultan necesarios e imprescindibles para describir sin incurrir en la distorsión o la deformación, la realidad de la actuación atribuida a JAGM. Los HHPP al omitir esos datos de hecho que permiten qué significación relativa tenía el programa 31.L da lugar a una imagen deformada, distorsionada, a una completa *de-construcción* de la realidad¹²⁰, de la *descomunal* realidad fáctica que es sometida en este procedimiento penal a enjuiciamiento. Trata el presente motivo que la realidad del programa 31.L pueda ser percibida desde la posición, desde los ojos de JAGM para de ese modo ajustar su enjuiciamiento a la realidad de los hechos, tal y como él los percibió.

La referencia al *contexto concreto* en que se produce la actuación del funcionario o de la autoridad (la firma) que es sometida a escrutinio judicial es un dato fáctico habitualmente presente en las argumentaciones y valoraciones de las acusaciones, de las defensas y del Tribunal, vinculado al *principio de confianza*. Tal es el caso de las siguientes argumentaciones *obiter dicta* que encontramos en el FJ SÉPTIMO de la STS 797/2015 Ponencia de Excmo. Sr. Conde Pumpido:

SÉPTIMO.- *La firma de la resolución arbitraria no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. En sentencias de esta Sala, como la*

¹²⁰ Por eso como advierte CORTES DOMINGUEZ (Derecho procesal II, Proceso Penal, 4ª Edición Tirant lo Blanch, Valencia 1992) en ese motivo los documentos “*permiten poner de manifiesto la valoración arbitraria de la prueba por parte del tribunal*”. Esa valoración arbitraria pone en relación el presente motivo con otros del presente recurso.

citada, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan...

La sentencia advierte que en ese caso el acusado --la autoridad enjuiciada -- *“se interesó personalmente”* por el curso de ese expediente, lo que finalmente deshace el efecto exculpatorio del argumento consistente en entender que los funcionarios de alto rango y con altas responsabilidades no pueden analizar minuciosamente cada uno de los expedientes que les ponen a la firma y deben basarse en la confianza de quienes le ponen los expedientes a la firma.

En el mismo sentido el **Auto del TS de 28 de abril de 2016**, recuerda en su FJ CUARTO que la referencia al contexto de la actuación de la autoridad cuya actuación es enjuiciada no puede ser considerada como una alegación extravagante a la vista de los repertorios de jurisprudencial:

“CUARTO.- En su declaración la aforada sostuvo de forma creíble que ignoraba todas esas irregularidades; y que cuando estampó su firma en los distintos acuerdos relacionados con ese asunto lo hizo como era habitual en su gestión en la confianza de su corrección, única forma razonable de operar a la vista del cúmulo de asuntos que tenía que despachar, fiada de los criterios de los técnicos. Es una hipótesis verosímil en principio; más en un Ayuntamiento de las dimensiones del de referencia en el que es presumible -y así ha sido ratificado por cuantos han declarado- un elevado volumen de expedientes y decisiones dado el número de organismos dependientes, algunos dispersos, funcionarios, personal laboral, competencias... Significativo es que la Alcaldesa llegue a firmar las nóminas de todos los empleados (centenares).

Ahora bien, no puede bastar con las afirmaciones autoexculpatorias de la implicada, que han de ser examinadas con espíritu crítico por razones patentes: es evidente su interés. Ante cualquier decisión objetivamente arbitraria, no es suficiente con que el responsable de una administración alegue esa ignorancia parapetándose en sus técnicos haciéndose así acreedor de una patente de impunidad. Habrá supuestos en que ese alegato resulte creíble, convincente y hasta lo más probable. Habrá otros en que se podrá comprobar que es una mera excusa o coartada desmentida por otros datos o por un contexto que apunta en otro sentido.

Pero en todo caso no es ese un argumento extravagante en la forma de operar con estos supuestos en sede jurisdiccional como demuestra el examen de los repertorios de jurisprudencia y algunas resoluciones de esta Sala que la defensa se ha preocupado de resaltar en su escrito pidiendo el sobreseimiento.

(...)

“Es obvio que en determinados ámbitos tanto administrativos como empresariales ha de operarse con un principio de confianza en la labor de los escalones previos al ámbito estrictamente decisional, delegando tareas y funciones si no se quiere colapsar una administración. No es exigible que el Alcalde Presidente de un Ayuntamiento como el de la ciudad de Jerez contraste y coteje con cada expediente todas y cada una de las decisiones o acuerdos que firma; como no lo sería exigir a los miembros del Consejo Rector del Instituto del que era Presidente que antes de refrendar unas decisiones como las que aquí se examinan, se preocupasen de verificar la corrección tanto formal como material, de cada expediente. “

(...)

“**En ese contexto** las explicaciones de la investigada sobre su desconocimiento de toda esa *trastienda* de la que emana un fuerte aroma a irregularidades, tráfico de influencias o decisiones opacas y, dicho castizamente, *caciquiles*, resultan no solo muy verosímiles sino además sugestivas de acomodarse a lo más probable.”

(Énfasis añadido)

Será en otros motivos donde habrá que hacer esa valoración de verosimilitud de esa alegación defensiva que en autoridades de alto rango resulta reiterada.

Basta en este momento y en este cauce casacional señalar que **el concreto dato fáctico del contexto en que la conducta enjuiciada se produce, es relevante** para la valoración jurídico-penal de la misma.

1.2. Los documentos literosuficientes y la realidad contextual que acreditan y resulta omitida en la sentencia.

Contextualización cuantitativa.-

Como el Tribunal apreciará al tomar conocimiento del acopio documental que se integra en el acervo probatorio desplegado en el juicio previo a la sentencia de instancia, estamos de nuevo ante esa excepcionalidad cuantitativa a la que nos venimos refiriendo. Por ello, **hemos seleccionado** de entre todos los documentos que fueron tenidos como prueba documental propuesta y admitida, los más relevantes o significativos. De ellos encontramos mención en la sentencia que los sitúa por referencia a su ruta o situación en los correspondientes archivos de la copia digital. Quiere decirse que idénticas conclusiones cabría extraer de otros muchos documentos aportados a las actuaciones (Actas de los Consejos de Gobierno o Debates Parlamentarios por ejemplo):

- Programas incluidos en ley de Presupuestos de los ejercicios 2005 a 2009.

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2005/10-PROGRAMAS

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2006/09- PROGRAMAS

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2007/10-PROGRAMAS

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2008/10-PROGRAMAS

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2009/10-PROGRAMAS

RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2010/10-PROGRAMAS

Los anteriores documentos acreditan un conjunto de datos fácticos contextuales omitidos en la sentencia que permiten ajustar a la realidad **la relevancia relativa** que en el presupuesto en su conjunto tenía el programa 31.L. Es decir, lo que tales fondos significaban para JAGM que responsable de la Consejería de Economía y Hacienda entre los años 2004 y 2009 debía tomar en consideración la totalidad del Presupuesto conforme a sus concretas funciones y responsabilidades.

Cumpliendo con el deber de designar e identificar el documento y facilitar la percepción inmediata y directa del mismo por el Tribunal procederemos a trasladar la imagen digital de aquellos detalles o extremos que resulten especialmente significativos o útiles al desarrollo de los argumentos del presente motivo.



PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ANDALUCIA 2005

ESTADO DE CONSOLIDACION PORCENTUAL

SECCIONES/ORGANISMOS	TOTAL CONSOLIDADO	PORCENTAJE SOBRE TOTAL
JUNTA DE ANDALUCIA		
CONSEJERIA DE PRESIDENCIA	248.299.338	1,018
PARLAMENTO DE ANDALUCIA	45.912.554	0,188
DEUDA PUBLICA	1.078.986.156	4,413
CAMARA DE CUENTAS	8.808.347	0,035
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCIA	3.717.444	0,015
CONSEJERIA DE GOBERNACION	313.001.200	1,280
CONSEJERIA DE ECONOMIA Y HACIENDA	180.968.102	0,740
CONSEJERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACION PUBLICA	528.763.379	2,163
CONSEJERIA DE INNOVACION, CIENCIA Y EMPRESA	1.612.134.970	6,593
CONSEJERIA DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES	1.230.796.936	5,034
CONSEJERIA DE EMPLEO	181.114.057	0,741
CONSEJERIA DE TURISMO, COMERCIO Y DEPORTE	377.795.146	1,545
CONSEJERIA DE AGRICULTURA Y PESCA	722.618.323	2,955
CONSEJERIA DE SALUD	472.984.604	1,934
CONSEJERIA DE EDUCACION	4.308.267.023	17,611
CONSEJERIA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL	851.111.478	3,481
CONSEJERIA DE CULTURA	192.577.150	0,788
CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE	638.862.583	2,613
GASTOS DE DIVERSAS CONSEJERIAS	83.917.189	0,343
A CC.LL. POR P.I.E.	1.899.183.121	7,767
FONDO ANDALUZ DE GARANTIA AGRARIA	1.502.530.261	6,145
PENSIONES ASISTENCIALES	80.252.000	0,328
ORGANISMOS AUTONOMOS		
INSTITUTO DE ESTADISTICA DE ANDALUCIA	10.918.062	0,045
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACION PUBLICA	9.344.576	0,038
INST. ANDALUZ DE INVES. Y FORM. AGRARIA PESQUE ALIMENT Y PROD ECOLOGIC	58.917.270	0,233
SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO	837.941.294	3,427
INSTITUTO ANDALUZ DE REFORMA AGRARIA	80.300.612	0,328
SERVICIO ANDALUZ DE SALUD	6.714.660.766	27,461
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER	32.057.451	0,131
INSTITUTO ANDALUZ DE LA JUVENTUD	38.798.233	0,151
PATRONATO DE LA ALHAMBRA Y GENERALIFE	16.991.800	0,070
CENTRO ANDALUZ DE ARTE CONTEMPORANEO	4.394.396	0,018
AGENCIA ANDALUZA DEL AGUA	90.875.472	0,370
TOTAL	24.451.581.273	100,000

El anterior documento --- de forma similar podría hacerse con **todos los demás** designados e otros muchos no designados a disposición del alto Tribunal — permitirá a la Sala Segunda contextualizar la dimensión *cuantitativa* del programa 31.L. De los documentos mencionados pueden extraerse las cifras que seguidamente se ofrecen --- en términos aproximados o redondeados -- que deberían ser introducidas en el relato de HHPP por tratarse de datos fácticos de indudable

transcendencia para la comprensión de la realidad descrita: 30.000 millones como cifra aproximada del montante general de los fondos presupuestados, más de 10.000 aplicaciones por presupuesto.

De los documentos aportados en las actuaciones y no contradichos, que reflejan todos los presupuestos de los ejercicios sometidos a escrutinio pueden extraerse las cifras que seguidamente se ofrecen --- en términos aproximados o redondeados -- que deberían ser introducidas en el relato de HHPP por tratarse de datos fácticos de indudable transcendencia para la comprensión de la realidad descrita. Como datos generales que vienen refrendados por documentos obrantes en las actuaciones y no han sido desmentidos por ninguna otra prueba, pueden señalarse los **27.000** millones de euros como cifra media aproximada del montante general de los fondos presupuestados cada año, más de **12.000** aplicaciones por presupuesto, **1.000** modificaciones presupuestarias al año, casi **9.000** modificaciones en el periodo 2002-2008 con un montante total de algo más de **19.000** millones de euros, teniendo la partida 31.L una significación numérica **del 0'3 %** del presupuesto anual y el **0,25 %** del importe de las modificaciones presupuestarias del periodo.

Contextualización cualitativa.

Fueron designados también, en el escrito de anuncio, otros documentos que sirven al presente motivo en tanto permiten completar el relato de HHPP para enmarcar la actuación de JAGM que es sometida a escrutinio en su contexto. El tribunal de instancia tuvo a disposición números documentos para apreciar una realidad que no aparece en los HHPP y resulta esencial: al Consejero de Economía y Hacienda le correspondía -- con su equipo directo de apenas siete personas -- secretaria (dos personas), jefe de gabinete (con cuatro asesores) --frente al centenar de órganos administrativos de cada uno de los Centros Directivos-¹²¹ - la dirección política del Departamento, la determinación de las líneas generales en las Órdenes anuales y la defensa de las líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos ante el Parlamento. Solo mediante una aproximación incompleta y sesgada a la realidad de la actuación del Consejero de Economía y Hacienda es posible vincularle a las irregularidades, defectos o posibles incumplimientos en un programa ajeno

¹²¹ Ver diferentes Decretos de estructura.

a su departamento, situado dentro de los centenares que contiene un proyecto de ley de presupuestos.

Para conocer cuál era en realidad la posición de JAGM en el conjunto de actuaciones pre-legislativas del Gobierno Andaluz (en parte descritas en el FJ DECIMOQUINTO de la sentencia de instancia, **páginas 525 y ss.**) seleccionamos de entre todos, los siguientes documentos:

-Comparecencia del Consejero de Economía y Hacienda en el Parlamento de Andalucía para presentar Presupuestos de 2005 y 2007 de la Junta de Andalucía en el extremo que identifica su valoración del mismo.

PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA/3 Diario de Sesiones N° 289 Año 2006_N

PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA/2 Diario de Sesiones N° 54 Año 2004_N

Los Diarios de Sesiones del Parlamento de Andalucía que fueron aportados a la causa como documental, resultan de interés al presente motivo por cuanto acreditan cuál era, desde la posición institucional de JAGM frente a la ley Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, marco en el que debe situarse en la dimensión correspondiente el programa 31.L

Es preciso, y a esos efectos se interpone el presente motivo, completar los HHPP identificando la posición de JAGM en ese conjunto de actuaciones que de manera genérica se engloban en “la elaboración del presupuesto”. Se trata de un presupuesto para una administración mayor que algunos estados europeos, que cuenta con 250.000 empleados públicos, en cuya elaboración participan más de 200 operadores y funcionarios que distribuyen sus aportaciones conforme a las diferentes competencias y funciones que le vienen asignadas en la LGHCAA (arts. 30 a 37).

¿Dónde, cómo y en relación a qué funciones debe situarse a JAGM como Consejero de Economía y Hacienda en el proceso de elaboración del presupuesto?

La posición de JAGM es la que corresponde a los **órganos superiores** de la administración en su condición de Consejero. No cabe atribuirle otra función que no sea la coordinación y dirección de los **órganos directivos a su cargo**¹²²

¹²² Viceconsejerías, Secretarías Generales , Secretarías Generales Técnicas y Direcciones Generales.

Los documentos referidos acreditan qué es y en qué consiste la actuación que es propia y sobre la que asume la responsabilidad el órgano de gobierno como encargado de la dirección política.

Los HHPP afirman que JAGM “intervino en la elaboración de los Presupuestos” (página 1443), pero para subsanar el evidente déficit de información y la indeterminación de tal expresión¹²³ es preciso completar ese dato fáctico concretando y aclarando brevemente cómo intervino. Su intervención consistía, en primer lugar, en determinar el **estado de ingresos y las previsiones macroeconómicas (crecimiento, empleo e inflación) que permitirán fijar** la llamada **envolvente financiera y marcar el techo de gasto**, y, en segundo lugar, en aprobar la estructura del Presupuesto mediante Órdenes anuales (art. 33 LGHCAA)¹²⁴.

Tal compleción fáctica resulta relevante para poner de manifiesto y hacer visible la realidad de que en ningún caso correspondía a su posición, a sus funciones, a sus competencias e incluso a sus capacidades materiales el control o la revisión pormenorizada de los múltiples y distintos programas de gasto de cada una de las Consejerías, a las que les correspondían elaborar sus respectivos anteproyectos de gasto y grabarlos. Como todas las demás, la Administración autonómica se organiza y actúa conforme a los principios de jerarquía, descentralización, coordinación, buena fe, **confianza legítima**¹²⁵ y eficiencia (art. 16 LAJA).

¹²³ Sin perjuicio de la crítica que merece en sede del siguiente apartado del presente Motivo por suponer un claro ejemplo de “falta de claridad” en los HHPP.

¹²⁴ Por JAGM fueron dictadas las siguientes: Orden de 2 de Mayo de 2004 (BOJA 110) para P. de 2005; Orden de 25 de mayo 2005 (BOJA 105) para P. 2006; Orden de 22 de mayo (BOJA 102) para P. 2007; Orden de 24 de abril de 2007 (BOJA 89) para P de 2008; Orden 26 de mayo de 2008 (BOJA 113) para P. 2009 y Orden de 26 de mayo de 2009 (BOJA 102) para P. 2020.

¹²⁵ Criterio jurisprudencial habitual en la valoración de las actuaciones de autoridades. Por todas, STS 152/20015 El TS es el Tribunal de instancia que rechaza la pretensión acusatoria dirigida contra una Alcaldesa y una Concejala de una población, no tan populosa, por un delito de prevaricación. Las dos acusadas son absueltas. Se valora de manera expresa que el Decreto tachado de arbitrario fue

En ese contexto organizativo y competencial debe situarse la actuación de JAGM como Consejero de Economía y Hacienda¹²⁶, a salvo de distorsionar la realidad alterando aspectos sustanciales de la misma que pudieran incidir de manera relevante en el enjuiciamiento. Por ello, los HHPP deben ser completados

1.3. Propuesta de compleción de los HHPP referidos a JAGM

dictado sobre la base de un informe técnico y sin comprobar el contenido del expediente " *confiando en que éste respondía a la realidad y que el técnico había realizado las comprobaciones precisas, así como que si hubiera apreciado, en su caso, alguna anomalía, la habría hecho constar en el documento*" En consecuencia -dice la Sentencia desarrollando este argumento, *manifestó que no comprobó la legalidad de cada contrato, aclarando que considera que no es su obligación (al estar ya revisados), de forma que cuando firmó la contratación de MC..., desconocía que hubieran existido irregularidades; habida cuenta, además, de que el contrato no venía acompañado de informe negativo alguno. Pese a que el Secretario, Sr. L, sostuvo que su firma servía únicamente para dar fe de las resoluciones que firmaba la Alcaldesa, que no informaba sobre la legalidad y no revisaba los contratos, buena parte de los testigos que declararon en el acto del juicio corroboraron el funcionamiento del Ayuntamiento que describió la acusada en este punto. Así, el Interventor admitió que el control de la legalidad de los contratos era competencia suya y del Secretario, Sr. L; y que los documentos eran visados por los órganos técnicos del Consistorio. Lo que ratificó la Interventora actual del Ayuntamiento, M. Por su parte, la técnico del Ayuntamiento M, corroboró que los documentos, una vez elaborados, se pasaban a la firma de la Alcaldesa, que en ocasiones los firmaba en el acto, en presencia del personal, y otras veces lo hacía en un momento posterior.*

La sentencia concluye indicando que las declaraciones de las coacusadas -alcaldesa y concejal- alegando que desconocían las irregularidades resultaron creíbles determinando su absolución.

¹²⁶ Con una apretadísima agenda que puede comprobar en fuentes abiertas. Por señalar solo los primeros meses: agencia EFE del día 1 de junio de 2004 recoge el acuerdo de liquidación del modelo de financiación autonómica, la Ley la Ley 3/2004 de Medidas tributarias, Administrativas y Financieras que sería publicada el **28 de Diciembre de 2004**. El **2 de noviembre de 2004** comparezco ante la **Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento Andaluz** para la **presentación global de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el año 2005 y para informar sobre los presupuestos de la Comunidad Autónoma para el año 2005 relativos a la Consejería de Economía y Hacienda**. (Diario de Sesiones 54, serie A, VII Legislatura. 2004)

Mediante el presente motivo se solicita que los HHPP sean completados incluyendo en los mismos la dimensión cuantitativa del programa 31.L y concretando en los términos explicados las actuaciones en qué consistía la participación de JAGM en la elaboración de los presupuestos en los términos señalados.

Proponemos completar los HHPP incluyendo que

- que la cifra media del m3ntate global del presupuesto era de **27.000** millones de euros como cifra media aproximada cada a3o, incluyendo m3s de **12.000** aplicaciones por presupuesto, **1.000** modificaciones presupuestarias al a3o, casi **9.000** modificaciones en el periodo 2002-2008 con un montante total de algo m3s de **19.000** millones de euros, teniendo la partida 31.L una significaci3n num3rica **del 0'3 %** del presupuesto anual y el **0,25 %** del importe de las modificaciones presupuestarias del periodo

- y que JAGM participaba en la elaboraci3n del Presupuesto determinando el **estado de ingresos y las previsiones macroecon3micas (crecimiento, empleo e inflaci3n) que permit3an fijar** la llamada **envolvente financiera** y marcar el **techo de gasto**, as3 como aprobar anualmente la **Orden de elaboraci3n del Presupuesto a la que han de ajustarse los distintos Centros Directivos de las diferentes Consejer3as, para la elaboraci3n de sus correspondientes anteproyectos de gasto.**

1.4. Cumplimiento de los requisitos del motivo.-

Se cumplen en el presente caso los presupuestos que conforme a consolidada doctrina jurisprudencial¹²⁷ deben concurrir para la estimaci3n del presente motivo en tanto que la completaci3n f3ctica de los HHPP que se suscita, al situar cuantitativa y cualitativamente los hechos en su marco ofrecen una descripci3n de los comportamientos atribuidos a JAGM que tiene una significaci3n suficiente para modificar el sentido del fallo. Los datos num3ricos y referidos a la posici3n institucional pol3tica de JAGM en su condici3n de 3rgano superior, Consejero, en la elaboraci3n de los presupuestos, no ofrecen una simple correcci3n de elementos perif3ricos o complementarios.

¹²⁷ Por todas, STS 1033/2009, 1040/2017 y 449/2006

Seguidamente hemos identificado los documentos y son literosuficientes aportando datos fácticos no desmentidos por otras pruebas. Finalmente hemos ofrecido una nueva redacción que afecta de manera relevante a la calificación jurídica de las actuaciones de JAGM

Motivo II .2º.- La inexistencia de la gravedad de la situación.-

2.1. Planteamiento.

Los HHPP contiene en su apartado DECIMOCTAVO una afirmación **fáctica** crucial para dar sentido a todo el relato que a juicio de esta parte (i) es **errónea** o inexacta, (ii) como **puede acreditarse** con el cotejo de los documentos que se señalarán, no desmentidos y (iii) ofrece una desfiguración **relevante de la realidad** porque si fuera corregida cambiaría el sentido general de los HHPP referidos a JAGM.

Nos referimos a la siguiente frase de los HHPP, **pagina 88**:

“DECIMOCTAVO.- La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados José Antonio Griñán Martínez,...”

La expresión “la gravedad de la situación” establece una premisa fáctica, fundamentalmente valorativa. No es una consideración jurídica. Como en otras ocasiones la expresión contiene un alto grado de ambivalencia o indeterminación¹²⁸ pues se vincula ese concepto relativo de “gravedad” a otro término igualmente indefinido “la situación”, sobre todo si para responder a la pregunta de *¿qué situación?*, hemos de volver a repasar lo expuesto en diecisiete apartados de HHPP que refieren hechos complejos, diversos y que se prolongan en los años.

El HP DECIMOCTAVO no sitúa cronológicamente cuándo tiene lugar esa “situación” y la enumeración de apartados de HHPP no siempre responde a un criterio cronológico. Por tanto no podemos situarla en un año concreto.

¹²⁸ Será en el motivo tercero donde se sometan a crítica las muestras de falta de claridad de los HHPP.

En todo caso, esta concreta afirmación fáctica es clave en tanto que, con todas las notas de imprecisión ya mencionadas --- objeto de crítica en otros motivos del presente recurso – establece *como hecho-premisa* la realidad de la existencia de una “situación grave” cuyo conocimiento se vincula directamente a JAGM, configurando de ese modo el armazón fáctico de parte del elemento subjetivo (conocimiento), lo que dará un sentido u otro a sus actuaciones, a sus omisiones o a “*su proceder*” --para ser fieles a la terminología que la resolución impugnada utiliza para referirse a sus actos --.

El presente motivo promueve la rectificación de tal afirmación porque documentos aportados a la causa, no desmentidos y que se señalarán acreditan que es inexacta o errónea: ninguno de esos documentos que dan fe de la valoración de la situación desde distintas instancias autorizadas, permiten identificar la existencia de una “situación grave”.

El FJ QUINTO de la sentencia se refiere a los instrumentos de control de la Junta de Andalucía, si bien únicamente recoge el denominado control interno que lleva a cabo la Intervención General de la Junta de Andalucía. Si se alude en general a los instrumentos de control, debería añadirse e incluirse también los que desarrollan el control externo, que es realizado por la Cámara de Cuentas mediante el Informe de Fiscalización que anualmente realiza sobre la Cuenta General de la Comunidad autónoma. Y a los anteriores mecanismos institucionales de control deberían añadirse otros controles de legalidad como los propios de las distintas Secretarías Generales Técnicas o los informes del Consejo Consultivo.

Pues bien, la actuación de todas esas instancias de control y alerta está íntegramente documentada en las actuaciones y en ninguno de los documentos que recogen los distintos informes emitidos por todas las instancias de control mencionadas aparece esa supuesta “situación grave”. Ninguno de los instrumentos de control, ninguna de las instituciones a quien corresponde el control presupuestario interno y externo, ninguna instancia política o técnica, como veremos que queda reflejado en los documentos aportados en apoyo del motivo en este concreto apartado, reflejaron, detectaron, indicaron o advirtieron de que existiera

“una situación grave”. No la advierten en relación con ninguno de los aspectos y campos sobre los que llevan a cabo su inspección. Ni desde luego tampoco respecto del limitado campo al que la sentencia atribuye esa supuesta gravedad, vinculada a “la gestión presupuestaria del programa 31.L mediante “la utilización de las transferencias de financiación” o las actuaciones de los acusados de la Consejería de Empleo.

Conforme acreditan los documentos que se señalarán, nunca nadie, desde ninguna instancia, aludió o señaló una situación “grave”, siendo las únicas menciones documentalmente recogidas aquellas que aluden a una realidad completa y nítidamente distinta: un “uso inadecuado”. Cualquiera que sea el significado que pueda atribuirse al adjetivo “inadecuado” y al sustantivo “uso”, refleja un contenido semántico alejado del que corresponde al adjetivo “grave”.

El presente motivo apunta a que la sentencia impugnada pudiera haber incurrido en error derivado del denominado “sesgo cognitivo retrospectivo” por el que se trasladan de manera anacrónica valoraciones, conocimientos, sucesos, hechos o situaciones posteriores a momentos en que aún no habían tenido lugar.

En lo que atañe a este apartado, la sentencia de instancia refiere una y otra vez al **Informe Adicional** sobre incumplimientos e irregularidades en la gestión de ayudas del **año 2003**. El contenido de dicho Informe vierte una severa crítica a un número limitado de expedientes situados en el 2003. Ese contenido no permite atribuir al Informe Adicional el mérito de dar sentido y acreditación a la afirmación fáctica de “una situación grave”. No solo porque se formuló sobre una realidad anterior a la incorporación de JAGM a la Junta de Andalucía, señalando disfunciones en la gestión pero sin determinar el destino concreto al que se habían dedicado los recursos del programa 31L por la Dirección General de Trabajo de la CEM, sino porque no volvió a repetirse, tras la reestructuración del Gobierno en 2004, ni dio nunca lugar a la emisión del informe de actuación, a que se refiere el apartado cinco del artículo 12 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, al no advertirse riesgo de menoscabo de fondos públicos.

El Informe adicional no es una prueba que desmienta la realidad del resto de los informes que no aluden a una situación grave.

Por otra parte, la sentencia se refiere a las advertencias de los Informes de **Control Financiero Permanente** referidas a *los problemas de contabilización* de las transferencias de financiación. Tampoco de los mismos cabe encontrar justificación a la premisa fáctica de la existencia de una “situación grave”, puesto que nunca se hizo mención a una situación ilegal sino a una inadecuación presupuestaria.

En efecto, los órganos de Control Interno nunca advirtieron de menoscabo de fondos públicos. Ni siquiera de riesgo de menoscabo.

Tampoco los órganos de control externo advirtieron de ninguna incidencia relevante. La sentencia se refiere con cierta reiteración a un informe de la Cámara de Cuentas¹²⁹, sin hacer mención a que dicho informe se realizó en 2012 tras solicitarlo el gobierno de la Junta siendo presidente JAGM, el 16 de febrero de 2011, al Parlamento Andaluz y requerirlo éste a la Cámara de Cuentas, el 12 de abril de ese mismo año. La sentencia de instancia **no cita** ninguno de los informes anuales de la Cámara de Cuentas sobre la Cuenta General — en la que aparece que el programa 31.L se dedica a dar subvenciones — y la realidad es que todos ellos desmienten esa afirmación fáctica de la “situación grave”. Entre el 2000 y 2010 la Cámara de Cuentas que tiene entre sus funciones específicas la fiscalización de subvenciones y las modificaciones presupuestarias y cuenta con todos los medios y potestades para llevarla a cabo, no sometió nunca a revisión el programa 31.L, ni hizo advertencia alguna o reproche sobre el uso de las transferencias de financiación, ni censuró la forma de contabilizar éstas en IFA/IDEA.

Así podrá el Alto Tribunal comprobarlo con la consulta de los informes anuales a la Cuenta General correspondientes a 2003 (Boletín del Parlamento andaluz –BOPA- 303, de 20 de octubre de 2005); a 2004 (BOPA 535, de 25 de octubre de 2006); a 2005 (BOPA 681, de 12 de junio de 2007); a 2006 (BOPA 100, de 22 de octu-

¹²⁹ Las páginas 948, 1111, 1184, 1196, 1262, 1270, entre otras muchas se refieren al Informe de la Cámara de Cuentas, pero si consultamos el mismo (Procedimiento principal, Anexo 12, tomo 1, pdf 197-291), resulta que **fue realizado en 2012**.

bre de 2008); a 2007 (BOPA 308, de 30 de septiembre de 2009); a 2008 (BOPA 605, de 25 de enero de 2011); a 2009 (BOPA 771, de 27 de octubre de 2011) y 2010 (BOPA 79, de 8 de octubre de 2012). En ninguno de ellos se detectaron problemas, inadecuaciones, debilidades o irregularidades en el programa 31L que constaba en la Cuentas Generales como programa subvencionador y, mucho menos, se actuó por desviación de fondos a fines ilegales. Tampoco en ninguno de ellos La Cámara de Cuentas hizo mención alguna a que las transferencias de financiación del programa 31L eran mal contabilizadas por IFA/IDEA, ni realizó la tarea de consolidar los gastos de aquél con los de esta empresa teniendo competencia y medios para hacerlo.

Tampoco en sede de control político o parlamentario es posible encontrar rastro o vestigio alguno de esa “situación grave” que como premisa fáctica, a la vista de los documentos literosuficientes identificados y obrantes en la causa, debería suprimirse.

2.2. Los documentos.

Ya se han citado y localizados en el apartado anterior. Como anunciamos al inicio del motivo al presente recurso se somete a un criterio de rigor positivo que en este apartado se corresponde con la renuncia a traer a la vista del Alto Tribunal todos los informes de las entidades de control referidas. Hemos seleccionado aquellos documentos --- o ausencia de documentos --- que sirvan suficientemente al presente motivo.

Retención del crédito del Interventor General de 18 de octubre de 2004 en el particular de la descripción de la causa que lo motiva PSEP/TOMO 7/FOLIOS PDF 95 A 97.

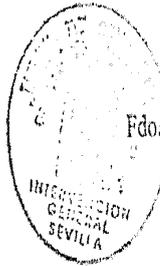


CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
Intervención General

Tomando en consideración la necesaria salvaguarda de los derechos adquiridos por terceros afectados y nacidos de vínculos jurídicos válidamente establecidos, se hace necesario garantizar la suficiencia financiera del Instituto para la atención de aquellos. Por ello se le comunica que deberá practicar una retención de crédito cautelar en la aplicación 01.13.00.01.00.440.51.031L del presente ejercicio 2004, y si no fuera suficiente en los sucesivos, por importe de 38.225 miles de euros.

Sevilla, 10 OCT. 2004
EL INTERVENTOR GENERAL

Fdo.: Manuel Gómez Martínez



Resulta pertinente la mención de este documento en tanto que la referencia a una retención del crédito parecería justificar una situación grave. Pero no puede olvidarse que finalmente tal retención quedó sin efecto. Los HHPP refieren este documento de forma incompleta e imprecisa, pero de la lectura de su contenido puede concluirse que la Intervención al hacer la retención del crédito **está reconociendo expresamente** *“la existencia de derechos adquiridos por terceros afectados y nacidos de vínculos válidamente establecidos”*. El uso inadecuado no da lugar a una situación de ilegalidad. En octubre de 2004, cuando ya habían accedido a esas irregularidades e incumplimientos en la forma de gestionar los fondos del programa 31.L por la Dirección General de Trabajo de la CEM, la Intervención General no asocia a los mismos ni una actuación ilícita, ni un menoscabo de fondos o una sus-

tracción de fondos. Muy al contrario, reconoce que de aquella defectuosa gestión de los fondos del 31.L surgen “vínculos jurídicos válidamente establecidos”.

Este documento desmiente cualquier calificación de “grave” de la situación reflejada en el Informe Adicional.

Informes de la Intervención General y otros centros directivos y empresa pública a Modificaciones presupuestarias 2005-2009. PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA/ PDFs. 38 pág. 5 y ss.

DICTÁMENES Y TRÁMITES PRECEPTIVOS:	
- INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL	
<p>Doy fe de la correspondencia entre el contenido de este extracto-propuesta y el de su expediente. LA JEFA DEL SERVICIO DE PRESUPUESTOS DE ACTIVIDADES SOCIALES</p> 	<p>Cumplidos los trámites preceptivos, someto a V.E. la propuesta que figura en el anverso. Sevilla, a 22 de noviembre de 2005</p> <p>EL DIRECTOR GENERAL DE PRESUPUESTOS</p> 

Obran en las actuaciones los informes favorables a Intervención General a las modificaciones presupuestarias que incrementaban los fondos del programa 31.L . Los HHPP además recogen la realidad de esos informes favorables, año tras año, de la INTERVENCIÓN referidos a modificaciones presupuestarias por las que se incrementaba el programa 31.L Se trata de documentos que desmienten esa “situación grave” referida a la gestión de esos fondos públicos.

Comunicación de Interoventura General de 15 de febrero de 2012 en su referencia a la ausencia de menoscabo de fondos. PSEP/TOMO 13/folios 4985 a 4989.

(Artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas)

En los controles financieros realizados a IDEA y en la auditoría de cuentas externas de la entidad no se aprecian indicios de menoscabo en el entorno de los gastos de la entidad auditada objeto de ambos.

“En los controles financieros realizados en IDEA y en la auditoría de cuentas externa no se aprecian indicios de menoscabo en el entorno de los gastos de la sociedad auditada”.

Nuevo desmentido documental a esa supuesta “situación grave” que se establece en la sentencia como premisa fáctica de indudable relevancia para dar sentido al relato.

Informes del Consejo Consultivo sobre Proyecto de Ley de Presupuestos, en relación con cumplimiento de previo informe de Gabinete Jurídico y demás trámites, así como sobre valoración del cumplimiento de la legalidad en la formulación de los mismos. (RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO/DICTAMEN CONSEJO CONSULTIVO)

Tampoco en estos documentos que pueden ser consultados por la Sala II cabe apreciar la realidad de la situación grave que se tiene por probada.

2.3. El error de vincular la transferencia de financiación a la imposibilidad de control previo.

Asociada a la “situación de gravedad” descubrimos una relevante premisa fáctica de la sentencia que se enfrenta a la evidencia de documentos obrantes en las actuaciones y que la desmiente. Se trata de la supuesta imposibilidad de control previo por la utilización indebida de las transferencias de financiación. Eje esencial del relato de HHPP pues se afirma primero que las transferencias de finan-

ciación impiden el control previo de la Intervención para seguidamente incluir en el relato que se utilizaban indebidamente precisamente para eludir ese control. Tales afirmaciones describen la esencia de ese sistema ideado para lograr más agilidad en la respuesta a problemas sociales.

Los HHPP de la resolución impugnada (**entre otras la pág. 40**), establecen la siguiente premisa fundamental:

“Para la tramitación del expediente de transferencias de financiación a IFA -440- sólo era necesario acreditar ante la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, la existencia del concepto presupuestario específico para ello, y emitir la orden de traspaso de fondos a IFA, en base a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería, **sin que fuera necesario acreditar en ese momento, ningún extremo, en relación a lo que pagase IFA con esos fondos**”.

Esta premisa fáctica resulta esencial y se repite en el relato total de la sentencia de instancia. La afirmación de que las transferencia de financiación facilitaban la disposición de fondos sin que la Intervención tuviera ocasión de controlar su destino, es una premisa fáctica sin la cual el relato de los HHPP pierde su sentido.

Ya hemos visto aparecer esa afirmación nuclear y estructural en los HHPP. Y se completa en los FFJJ, concretamente en la **página 243** al describir los requisitos para la fiscalización de las Transferencias de Financiación. Así la sentencia señala:

“Un expediente de transferencia de financiación está sujeto a fiscalización previa en la consejería, **pero su procedimiento de fiscalización es distinto**, pues en el fondo se trata del traspaso neutro de dinero de la consejería a otro ente público, en este caso, el Instituto de Fomento de Andalucía.

El interventor delegado adscrito sólo tenía que comprobar:

- Propuesta de Resolución de órgano competente autorizando la transferencia.
- El calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería.
- Los documentos contables pertinentes que acreditan su consignación presupuestaria.

• El Programa de Actuación, Inversión y Financiación (PAIF) publicado en el BOJA por Orden de la Consejería de Hacienda.

Por tanto, **en esa fiscalización previa no había que acreditar ningún extremo relativo al destino final de los fondos**, es decir, qué iba a hacer el Instituto con el dinero que recibía.”

Documentos que obran en las actuaciones acreditan el error de tales afirmaciones.

La lectura y estudio de la Guía de Fiscalización permite advertir que los HHPP al hacer esas afirmaciones se están refiriendo a los requisitos de la Intervención Formal del Pago (PPRI\TOMO 172\ PDF 63.948-64.073, pág. 2), pero están olvidando, omitiendo o ignorando que previamente ha de realizarse la fiscalización Previa del Gasto y del Compromiso (pág. 1). Tal omisión es **muy relevante**, pues en esta fiscalización del compromiso y el gasto se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el art 7. del RIJA y el 83 de la LGHPCAA. Es decir, en cumplimiento de esos preceptos debía controlarse la **adecuación de la naturaleza del crédito**, por lo que, en contra de lo erróneamente manifiesta la sentencia **sí hay que acreditar la adecuación del crédito** lo que solo es posible si se controla el “*destino final de los fondos, es decir, qué iba a hacer el Instituto con el dinero que recibía*”.

Veamos los documentos no contradichos que dejan al descubierto este error trascendental:

La sentencia funda las afirmaciones mencionadas que aparecen en la **página 243** en el documento que aparece recogido en la causa en el PPRI\TOMO 172\ PDF 63.948-64.073, **pág. 2**. Adviértase la coincidencia en la numeración.

III.1 TRANSFERENCIAS DE FINANCIACION

Descripción del trámite	Ref. Normativa	Observaciones
B. - INTERVENCION FORMAL DEL PAGO		
B.1.- REMISIÓN A LA INTERVENCIÓN COMPETENTE DE LA SIGUIENTE DOCUMENTACIÓN:		(1) Cada propuesta deberá acreditarse al "calendario de pagos" aprobado.
B.1.1. Propuesta de documento contable de pago debidamente cumplimentada (1).	O. CEH 7-6-95	
B.1.2. Original del documento contable AD autorizado por el órgano competente.	O. CEH 7-6-95	
B.1.3. Acuerdo del órgano competente autorizando la transferencia (2)		
B.1.4. Calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera.	Art. 2.3 Ley de Presupuestos vigente.	(2) Solo exigible en el primer pago en caso de que el acuerdo contemple varios.
B.1.5. Junto con las propuestas de documentos contables OP que se realicen en el mes de abril de cada ejercicio, Orden de la CEH por la que se publica el PAIF adaptado, en su caso, al Presupuesto de la CA de dicho ejercicio. (3)	Art. 59.3 L.G.H.P.	(3) Si con la Orden aportada no se acredita la publicación en BOJA de la misma, los Interventores emitirán Nota de Observaciones al respecto.
B.2.- COMPROBACIÓN DE LOS EXTREMOS RECOGIDOS EN LOS ARTS. 24 y 25 DEL R.L.J.A. Y 83 DE LA L.G.H.P		
B.3.- VALIDACIÓN Y EDICIÓN DEL CORRESPONDIENTE DOCUMENTO CONTABLE, EN SU CASO, Y POSTERIOR ARCHIVO DE LA DOCUMENTACIÓN JUSTIFICATIVA DEL PAGO EN LA INTERVENCIÓN.	O. CEH 7-6-95	

Revisión. ABRIL. 2003

2

063949

Esto es lo que la sentencia transcribe en la página 243.

Pero debe denunciarse el error de hecho basado en documentos, por la sentencia de instancia omite, olvida o ignora la página inmediatamente anterior, es decir el documento que obra en las actuaciones en PPRI\TOMO 172\ PDF 63.948-64.073, pág. 1.

III.1 TRANSFERENCIAS DE FINANCIACION (1)

Descripción del trámite	Ref. Normativa	Observaciones
A.- FISCALIZACIÓN PREVIA DEL GASTO Y DEL COMPROMISO		(1) La presente Guía se refiere a las transferencias realizadas a las empresas públicas de la Junta de Andalucía, así como a las Fundaciones previstas en la Ley del Presupuesto vigente, según los preceptos establecidos en los artículos 57 al 60 de la LGHP y a lo que a tal efecto establezcan las Leyes de Presupuestos.
A.1.- REMISIÓN A LA INTERVENCIÓN COMPETENTE DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO INTEGRADO POR:		
A.1.1. Propuesta de documento contable "AD" debidamente cumplimentada.	O. CEH 7-6-95	
A.1.2. Propuesta de acuerdo del órgano competente autorizando la transferencia.		
A.2.- FISCALIZACIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ART.7 DEL R.I.J.A. Y 83 DE LA L.G.H.P.		
A.3.- VALIDACIÓN Y EDICIÓN, EN SU CASO, DEL CORRESPONDIENTE DOCUMENTO CONTABLE Y REMISIÓN DEL EXPEDIENTE AL ÓRGANO GESTOR.	O. CEH 7-6-95	



Revisión. ABRIL 2003

1

Este documento **omitido en la sentencia** establece en el apartado A.2 que las Transferencias de Financiación deben ser fiscalizadas por la Intervención en los términos del art. 7 del RIJA¹³⁰ y 83 LGHP. **Pues bien si la Intervención debe**

¹³⁰ Artículo 7 1. En el acto de la fiscalización previa, la Intervención comprobará los siguientes extremos: a) Que la obligación o gasto se generará por aprobación del órgano competente. b) **Que el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a su naturaleza.** c) Que existe remanente suficiente en el crédito indicado para dar cobertura al gasto u obligación y, d) En el supues-

controlar que “el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a su naturaleza”, **debe conocer el destino de los fondos**, es decir “qué iba a hacer el instituto con el dinero que recibía”.

La propia sentencia, deja en evidencia su error en su **página 395** cuando afirma:

“Por el contrario, para la fiscalización de un expediente de Transferencia de Financiación a IFA-IDEA, dada su naturaleza de instrumento financiero para la cobertura de pérdidas de la empresa pública, **sólo es necesario acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente**, la competencia legal de la autoridad que lo ordena y una orden de transferencia a IFA-IDEA, ajustada a un calendario de tesorería.

Así pues, los requisitos para la fiscalización de la concesión de subvenciones son diferentes, más exigentes y exhaustivos, que los necesarios para la fiscalización de las transferencias de financiación, dado que la naturaleza de ambos tipos de gasto es completamente distinta.”

Si es necesario acreditar que el “crédito es adecuado”, tal concepto de adecuación solo puede interpretarse acudiendo al ya citado art. 7 b) del Reglamento de la Intervención (RIJA):

“En el acto de la fiscalización previa, la Intervención comprobará los siguientes extremos “b) Que el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a **su naturaleza**”.

Es decir en el acto de fiscalización previa de las transferencias de financiación debía comprobarse si el gasto era “adecuado a su naturaleza”, y tal cotejo solo es posible hacerlo conociendo *el destino final*.

El Interventor tenía entre sus facultades y obligaciones esa fiscalización previa de las trasferencias de financiación, incurriendo en este punto la Sala de instancia en un error troncal en todo la construcción de la sentencia que tiene su origen en esta incompleta interpretación de los documentos identificados en este apartado.

Este error de hecho relevante que queda al descubierto con los documentos señalados, puede también comprobarse con todos aquellos otros documen-

to de que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual, si se cumple lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y disposiciones que la desarrollen

tos obrantes en la causa que acreditan que la afirmación de que la remisión de fondos al IFA se hace de forma “global y unitaria” (así se afirma en la página 393 de la sentencia de instancia) **es errónea**, pues esto era materialmente imposible¹³¹. Otros documentos permiten desvelar el mismo error crucial, pues efectivamente la Intervención conocía el destino. Por ejemplo, en la fiscalización de la Transferencia de Financiación derivada de modificación presupuestaria de octubre de 2002, en la documentación de la fiscalización (PPRI\ANEXO - 01 INTERVENCION GENERAL JUNTA DE ANDALUCIA\2.- FISCALIZACION TRANSFERENCIAS FINANCIACION\TOMO - 3\AÑO - 2.002 PDF 924 - 1.099), consta:

- Copia diligenciada de la modificación presupuestaria de donde provienen los fondos (pág. 173).
- Propuesta de Transferencia, donde se cita el convenio de Julio de 2001 donde se fijaron los términos de la colaboración entre la consejería y el IFA.(pág. 169).
- Copia del mencionado convenio de Julio de 2001 (pág. 170).
- Informe de fiscalización con observaciones (pág. 173).
- Documento de fiscalización firmado por el Interventor Delegado de la Consejería (pág. 167).

Igualmente, cuando el Interventor General ordena a la Interventor Delegado de la Consejería de Empleo practicar una retención cautelar en 2004, en el escrito de 18 de Octubre de 2004 mencionado, se describe el proceso de por el cual la DG de Trabajo encomienda el pago de las diversas ayudas, y **señala expresamen-**

¹³¹ El compromiso del gasto se tramitaba de una sola vez, **pero la transferencia de fondos se realizaba por treceavas partes**, con lo cual el crédito no se agota en un solo expediente como por ejemplo puede apreciarse en cualquier de los documentos de obligación de pago (documentos OP), donde se pone de manifiesto el número de documento de la serie 13. Por ejemplo el año 2004 puede apreciarse perfectamente en cualquier documento OP e número de la serie de 13, por ejemplo el noviembre de este año se ve claramente como el 11 de 13 (PPRI\ANEXO - 01 INTERVENCION GENERAL JUNTA DE ANDALUCIA\3.- FISCALIZACION TRANSFERENCIAS FINANCIACION\TOMO - 4\AÑO - 2.004\ PDF 1.234 - 1.301, pág. 16

te su financiación a través de la Transferencia de Financiación al IFA (PPRI\ TOMO 117\ PDF 44.907-45. 045 ,págs. 47 y 48). En concreto:

"Con fecha 17 de Julio de 2001, se firma un Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía para la materialización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social.

*En aplicación de dicho convenio marco se firman por el Ifa y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social durante el ejercicio 2003 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda al Instituto el pago de ayudas excepcionales a terceros por diversos. **En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a Transferencias de Financiación en la aplicación 01.13. 00. 01. 00.440.51. 031L".***

2.4. Propuesta de rectificación.

Conforme a lo expuesto, mediante el presente motivo se solicita la supresión de la afirmación contenida en el HP DECIMOCTAVO y su sustitución por la siguiente: "LAS INCIDENCIAS REFERIDAS AL USO INDEBIDO DE LAS TRANSFERENCIAS DE FINANCIACION QUE DEBIAN SER SOMETIDAS A CONTROL PREVIO NO DIERON LUGAR EN NINGUN CASO A LA DETECCION DE MENOSCABO DE FONDOS O A CUALQUIER OTRAS SITUACION GRAVE".

2.5. El cumplimiento de los requisitos del motivo.

Cumple la rectificación de HHPP solicitada con los presupuestos del presente motivo casacional. El error es apreciable por documentos no desmentidos por otras pruebas. Por otro lado, la rectificación resulta relevante pues es precisamente la afirmación fáctica genérica, intemporal e innominada la que desliza una evidente mancha de pasividad o connivencia respecto de todos los condenados --- también respecto de JAGM – a quienes se les atribuye indirectamente en el relato de HHPP no reaccionar ante una "situación grave". Rectificada tal premisa fáctica de esa supuesta "gravedad" que resulta abiertamente incompatible y desmentida por la práctica totalidad de documentos que reportan la noticia de las instituciones de control financiero externo e interno, la actuación de JAGM adquiere un sentido y

explicación diferente. La rectificación propuesta por tanto tiene entidad suficiente como para alterar el fallo condenatorio.

Motivo II 3º.- El error referido al supuesto “*mismo proceder*” de JAGM sin atender al contenido de los informes de la Intervención sobre control financiero permanente.

3.1. Planteamiento.

En el relato de los HHPP a la afirmación de la gravedad de la situación se asocia la pasividad de JAGM que se limita a seguir con el mismo proceder. Desmentida esa supuesta gravedad por documentos no contradichos, cumple seguidamente identificar aquellos otros documentos que reflejan la actuación de JAGM en relación con las indicaciones de la Intervención.

Poco o nada cabe exigir a JAGM sobre ayudas de 2003 en 2005 sobre todo si la propia Intervención que había realizado tal Informe Adicional, con posterioridad y de manera reiterada **informaba favorablemente** las peticiones de la Consejería de Empleo para incrementar los fondos del programa 31.L, como recogen los HHPP. Tampoco se volvió a emitir nuevo informe adicional en los años posteriores.

Respecto de las Memorias de control financiero permanente si cabía esperar de JAGM una reacción y, como resulta perfectamente documentada, la hubo. La que podía darse conforme a sus facultades en respuesta a las indicaciones recibidas.

Como seguidamente se expondrá JAGM recogió y elevó a acuerdo del Consejo todas las propuestas que la Intervención hizo para la extensión y las mejoras del Control Financiero Permanente. Es reseñable que fue aceptando su sugerencia de que fuera mejorándose los regímenes de traslado de fondos a empresas públicas, bien fueran mediante los encargos de ejecución, las encomiendas de gestión o las transferencias de financiación y “favoreciendo” la utilización de las figuras – no menos controvertidas y polémicas en la doctrina administrativista – primero, de los encargos de ejecución, y, posteriormente, de las encomiendas de

gestión que, finalmente se regularon, dándose así por superadas las deficiencias detectadas.

Cada anualidad la actuación de JAGM fue acorde con las indicaciones recibidas de la información, lo que desmiente esa actuación idéntica que los HHPP reflejan erróneamente. La referencia al *“mismo proceder”* es utilizada en los HHPP de la sentencia para describir la actuación de JAGM, en los siguientes apartados que aunque se han incluido ya en otros apartados del recurso se reiteran para facilitar su consulta.

En el apartado HP DECIMO, pág.70 y 71:

DÉCIMO. - Con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados, (...) José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda, (...) en el ejercicio de sus competencias y funciones **no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores**, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía para el 2005, presupuesto que consignó como crédito inicial en el programa 31L para estas ayudas, la cantidad de 72.261.575 euros, mediante transferencias de financiación.

En el apartado DECIMOPRIMERO reitera la expresión utilizando el mismo patrón narrativo:

“DECIMOPRIMERO.- **Como resultado del mismo proceder** de los acusados, (...) José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda, (...) en el ejercicio de sus competencias y funciones, en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto del presupuesto para el ejercicio 2006, se consignó como crédito inicial del programa 31 L, en la aplicación Transferencias de financiación a IDEA, para el pago de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, la cantidad de 77.291.000 euros.”

Así se repite en los apartados referidos a cada año en el periodo 2004-2009, vinculando una y otra vez conocimiento de incumplimientos y deficiencias, asociándolo a que *“a pesar de ello”*, mantenía *“el mismo proceder”*.

Así aparece de manera incluso más explícita el apartado DECIMOSEGUNDO pág. 73:

“El 8 de mayo de 2007, el Consejo de Gobierno aprobó el programa de control a realizar en el ejercicio 2007. Como documentos que se acompañaban al proyecto de acuerdo, y por ello, **con conocimiento por los acusados que formaban parte del Consejo de Gobierno a la fecha**, consta como Anexo II

"Memoria de Control Financiero Permanente, referida a los trabajos realizados en el ejercicio 2006" que recoge en su punto VII.3.3:

*<<La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, la Empresa Pública de Gestión de programas culturales, la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, EXTENDA, EGMASA, EPDASA, GIASA, RTVA y TURASA, presentan **defectos en la contabilización** de las Transferencias de financiación, que afectan a resultados o en la clasificación de activo y pasivo>>.*

Y en el apartado VII.4 *<<Informes adicionales dirigidos a las consejerías>>*, se recoge:

*<<Del examen del tratamiento contable dado por las empresas públicas a las transferencias de financiación recibidas, se han puesto de manifiesto **irregularidades en la tramitación de los expedientes administrativos utilizados por algunas Consejerías** para el envío de fondos a aquéllas. De tal modo que, de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa.>>*

<<...Por ello, serán objeto de análisis diferenciado cuyas conclusiones se integrarán en anexos a los informes definitivos sobre las empresas, que se remitirán a las consejerías afectadas.>>

Los acusados (...) **José Antonio Griñán Martínez**, (...) como integrantes del Consejo de Gobierno, en el ejercicio de sus funciones y competencias, **pese al contenido de dicha memoria, procedieron a la aprobación de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios siguientes, y de sus modificaciones presupuestarias**, en su caso.

Estas **irregularidades o deficiencias** recogidas por la Intervención General de la Junta de Andalucía en las memorias relativas a los acuerdos del Consejo de Gobierno, **se repetían en los informes trimestrales** que elaboraba dicha Intervención General en el marco del control financiero permanente, sobre análisis del cumplimiento, en cuanto a los criterios de contabilización de las transferencias de explotación y capital, o examen de los expedientes administrativos que soportan las operaciones de financiación de las empresas, para actuaciones encargadas con cargo al presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de determinar el grado de cobertura del gasto público ejecutado por esta vía"

(Negrilla y subrayado añadido)

Es decir, **en conclusión** podemos afirmar que los HHPP de la sentencia recurrida establecen como **premisa fáctica** que JAGM **hizo caso omiso de los informes de la Intervención** que le trasladaban deficiencias, irregularidades o defectos en la contabilización de las transferencias de financiación del programa 31.L.

El presente motivo tiene como contenido en este tercer apartado, la referencia y mención de alguno de los muchos documentos obrantes en las actuaciones, no tenidos en cuenta por el tribunal de instancia como prueba documental, que desmienten radicalmente tal afirmación fáctica y acreditan exactamente la realidad contraria: todas las indicaciones y propuestas que en el periodo 2004/2009 la Intervención GJA trasladó a JAGM como Consejero de Economía y Hacienda fueron admitidas y convertidas en norma jurídica publicada en el boletín oficial. Año a año, en cada ejercicio JAGM introdujo e hizo suyas todas las indicaciones de la Intervención sobre mejoras en el control presupuestario. No solo fue fortaleciendo los mecanismos de control, sino que precisamente por su impulso fueron superadas las debilidades y deficiencias detectadas.

Todo ello viene respaldado por pruebas documentales no contradichas.

3.2. Los documentos literosuficientes.

Informes de la Intervención General y otros centros directivos y empresa pública a Modificaciones presupuestarias 2005-2009. PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA/PDFs. 38 pág. 5 y ss.

Propuestas de la Intervención General al anteproyecto de Ley de Presupuestos año 2007 sobre Transferencias de Financiación y Encargos de Ejecución.

Documentación relacionada con Consejo de Gobierno sobre aprobación de Plan de Control Financiero Permanente 2005, 2006 y 2007 en la identificación de la asunción como acuerdo del Consejo de todas las propuestas de la Intervención. PSEP/ANEXO3/ANEXO3-Tomo 3 página del pdf. 5 a 248

Respuesta parlamentaria en 2006 sobre pagos mediante Transferencias de Financiación en relación al conocimiento en sede parlamentaria de las mismas. PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA PDF 51 51 Respuesta Consejería de Empleo, Empresa y Comercio 3_N

Propuesta Intervención General sobre Transferencias de Financiación al anteproyecto de Presupuesto para el año 2011 en referencia a las propuestas formuladas respecto de las mismas. PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA / 61 Respuesta del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (Oficio 15-11-17)_N / PÁG. 28

Como los anteriores documentos – y otros muchos que por evitar la excesiva extensión del presente apartado se obvian – JAGM desde el momento inmediatamente posterior a su toma de posesión¹³² aceptó, promovió y convirtió en norma todas las propuestas de la Intervención.

Veamos esta realidad documentada año a año.

- Año 2004 -

El **25 de Mayo de 2004**, a propuesta de JAGM, el Consejo de Gobierno aprobó el primer Acuerdo sobre el programa de control financiero permanente¹³³ que aportaba como novedad *“extender el ámbito de aplicación del decreto 9/99 de 19 de enero, a las fundaciones a las que se hace referencia en el artículo 5 de la Ley 17/2003 de 29 de diciembre del Presupuesto para 2004, por considerar dicho Decreto normativa de desarrollo de lo establecido en los artículos 56 a 60 de la Ley General de la Hacienda Pública de la CAA.”* Es destacable que, sin estar preceptuado por la legislación (Decreto 9/1999, de 19 de enero) la Consejería de Hacienda elevaba al conocimiento del Consejo de Gobierno junto al proyecto de Acuerdo anual sobre CFP, la Memoria Anual de la Intervención. Así lo hacía la Viceconsejera llevándola a la Comisión de Viceconsejeros y así lo hacía el Consejero aportándola al conocimiento del Gobierno con el objeto de que los Departamentos concernidos tomaran nota de ella. Esa memoria era mucho más accesible que el total del de los tres informes por cada empresa del control financiero, pues representaba un resumen efectuado por el Interventor General, que dejaba ver con claridad lo que entendía como relevante del conjunto de los más de sesenta informes anuales (tres por cada empresa pública) que suponían unas 2.000 páginas.

¹³² Tomo posesión de la Consejería de Economía y Hacienda el 24 de abril de 2004, por Decreto del Presidente 12/2004, de 24 de abril (BOJA 996 de 25 de abril). Se trata de la formación de un nuevo gobierno por el presidente investido Manuel Chaves, tras las elecciones al Parlamento andaluz del 14 de marzo anterior y la **apertura de la que sería la VII legislatura autonómica.**

¹³³ BOJA 121, de 22 de junio.

Resulta, pues, obvio, que el Consejero conocía y hacia conocer o divulgaba las Memorias porque era él quien las llevaba al conocimiento del Consejo gobierno para que éste adoptara las medidas que proponía el Interventor General para el Control Financiero Permanente. Y siempre lo hizo **en índice rojo** para que ese mejor conocimiento de las debilidades que exponía el Interventor General en las Memorias.

Como consta perfectamente documentado, un día después de la toma de posesión de JAGM, el 26 de Mayo de 2004, la Intervención informó la Orden de elaboración del presupuesto para 2005 sin hacer mención alguna a las transferencias de financiación en el programa 31L).

El 17 de Septiembre de 2004, el Interventor hizo propuestas para incluir en el texto articulado del anteproyecto de la ley de Presupuestos para 2005 -- sin tampoco incidir en la cuestión de las Transferencias de Financiación --.La Intervención General hizo también propuestas sobre este anteproyecto de ley que iban a incorporarse en una norma de acompañamiento del Presupuestos: **la Ley 3/2004 de Medidas tributarias, Administrativas y Financieras** que sería publicada el 28 de Diciembre de 2004. Es de destacar que, en este en esta Ley se establecieron mejoras en el Control Financiero Permanente que habían sido sugeridas por la Intervención General, en cuanto a la dependencia de las Unidades de Control interno del Intervención General y en cuanto a la contratación de auditorías. Se estableció también una modificación del artículo 81 de la Ley General de Hacienda Publica en cuanto al régimen de fiscalización previa (Art. 36), accediendo a los correspondientes boletines oficiales y convirtiéndose en norma jurídica (BOJA 255, de 31 de diciembre de 2004 y BOE 18, de 21 de enero de 2005.¹³⁴.

¹³⁴ CAPÍTULO V Medidas en materia de empresas de la Junta de Andalucía Artículo 38. Unidades de control interno. Se añade un apartado 5 al artículo 85 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que queda redactado en los siguientes términos: "5. Las empresas de la Junta de Andalucía que se encuentren sometidas a control financiero permanente deberán contar con unidades propias de control interno, que colaborarán con la Intervención General de la Junta de Andalucía en el desarrollo de los trabajos de ejecución del plan anual de auditorías. La Intervención General determinará las entidades de la Junta de Andalucía no sometidas a control financiero

La elaboración y promulgación de la anterior ley desmienten ese supuesto proceder impasible o inactivo.

A lo largo del ejercicio 2004, no se iniciaron por la Intervención procedimientos de los previstos en la legislación vigente para que dirimiera el Consejero de Hacienda o en su caso elevara al Consejo de Gobierno, discrepancias entre el Interventor actuante y los departamentos del gobierno fiscalizados, ni tampoco por discrepancias en la tramitación de las modificaciones presupuestarias. Nunca se elevó ningún **informe de actuación**¹³⁵ ni se inició expediente alguno por responsabilidad contable. En este caso es la ausencia de documentos lo que debe resaltarse.

En este mismo sentido, pone de manifiesto igualmente el error de la premisa fáctica de los HHPP que en este motivo se combate, que conforme a la documentación incluida en la Cuenta General por el Interventor General, en el ejercicio de 2004, el estado de liquidación del presupuesto de gastos del programa 31L

permanente que deberán establecer dichas *unidades de control interno*, atendiendo al volumen de su actividad o a otras razones justificadas que así lo aconsejen. El personal que se integre en las citadas unidades estará adscrito al máximo órgano de dirección de la empresa y actuará bajo la dependencia funcional exclusiva de la Intervención General de la Junta de Andalucía en lo que se refiere a las labores de control interno y de auditoría que desempeñe. Su contratación y cese requerirá previa conformidad de la Intervención General de la Junta de Andalucía.” Artículo 39. Contratación de auditorías. Se modifica el artículo 85 ter de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que queda redactado como sigue: “Artículo 85 ter. 1. Se atribuye a la Consejería de Economía y Hacienda, con carácter exclusivo, la competencia para contratar auditorías sobre cualquier órgano o entidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía y sus Organismos Autónomos, así como sobre las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las Consejerías de Justicia y Administración Pública y de Economía y Hacienda coordinarán, en el marco de sus respectivos ámbitos competenciales, el ejercicio de las funciones auditoras e inspectoras de los servicios, con el fin de evitar posibles disfuncionalidades. 3. Las empresas de la Junta de Andalucía no sometidas a control financiero permanente deberán recabar de la Intervención General de la Junta de Andalucía informe con carácter previo a la contratación de las auditorías, incluidas aquéllas que resulten obligatorias por la legislación mercantil.”

¹³⁵ Único mecanismo que permite al Consejero conocer el riesgo de menoscabo de fondos y que le faculta para elevar la cuestión al Consejo de Gobierno para adoptar medidas de corrección o sanción.

fue el siguiente: Crédito definitivo: 62.430.381,26 euros. Gastos comprometidos: 62.386.782,17 euros. Obligaciones reconocidas: 61.005.155,60 euros. Pagos realizados: 59.498.190,21 euros. Remanentes de crédito: 1.425.225,66 euros. Obligaciones pendientes: 1.506.965,39 euros

Finalmente, en esta anualidad --- como en el anterior apartado se refirió -- tampoco la Cámara de Cuentas en su informe de fiscalización a la Cuenta General hizo observación alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L, ni sometió a fiscalización las ayudas y subvenciones de este programa (que aparecían reflejadas en la Cuenta General), ni hizo observaciones sobre la contabilización de las TF por el IFA en la cuenta de pérdidas y ganancias.

- Año 2005 -

En apoyo del error de hecho que en este apartado impugnamos aparece documentalmente recogido que el **19 de Abril de 2005** se adoptó el Acuerdo de Consejo de Gobierno de Control Financiero Permanente, tramitado por la Viceconsejería a propuesta del Interventor General. A pesar de que, como ya hemos avanzado, no figura en la normativa (Decreto 9/1999) la obligación de elevar con el proyecto de Acuerdo, la Memoria del CFP del ejercicio anterior, Viceconsejera y Consejero vuelven a incluirla en la documentación que se eleva a la Comisión de Viceconsejeros y Consejo de Gobierno, respectivamente, acompañando a todas las propuestas de la IGJA. En dicha memoria el interventor refiere claramente y explica que: “para dar respuesta a los problemas planteados, el Art., 38 de la Ley de Acompañamiento ha reforzado la colaboración....” Pág. 20.370. “se establece un seguimiento trimestral de la contabilidad para poder obtener más eficiencia en las medidas correctoras y poder hacer un cálculo trimestral en términos del SEC 95 por obligación de la Ley de Estabilidad”.

Por otra parte, el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de abril de 2005 estableció el examen trimestral de los expedientes administrativos que soportan los expedientes de financiación de las empresas con cargo al presupuesto con objeto de determinar el grado de cobertura presupuestaria del gasto público ejecutado por esta vía. Para la realización de estos controles se estableció la obligación para las empresas de remitir a la IGJA, en el plazo de un mes desde la fecha en que

se produzca el hecho, la formalización de los contratos, encomiendas, convenios y cualquier otro documento que sea base de relaciones jurídicas con terceros que supere el importe de 300.000 euros.

Todo cuanto la Intervención propuso fue promovido por JAG y admitido por el Consejo de Gobierno, pero de nuevo es preciso recordar lo que nunca propuso ni indicó la Intervención para dar con rigor sentido y completar la realidad plasmada documentalmente que desmiente la premisa fáctica de que JAGM hizo caso omiso a las indicaciones de la Intervención. En este sentido debe recordarse que tampoco a lo largo del ejercicio 2005, la Intervención abrió procedimientos de los previstos en la legislación vigente para que dirimiera el Consejero de Hacienda o en su caso elevara al Consejo de Gobierno, discrepancias entre el Interventor actuante y el departamento del gobierno fiscalizado, ni por discrepancias en la tramitación de las modificaciones presupuestarias. Tampoco elevó ningún informe de actuación ni inició expediente alguno por responsabilidad contable. Tampoco la Cámara de Cuentas en su fiscalización a la Cuenta General de este ejercicio hizo observación alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L, ni sometió a fiscalización las ayudas y subvenciones de este programa, ni hizo observaciones sobre la contabilización de las TF por el IFA en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Todas las referencias de la sentencia recurrida a la Cámara de Cuentas se refieren a su informe de 2012, aunque su mención en distintas anualidades pudiera inducir a error al lector.

- 2006 -

El **25 de Abril de 2006**, el Interventor General informó la orden de elaboración del presupuesto para 2007 y el **27 de julio de 2006**, hizo distintas propuestas para el anteproyecto de ley del presupuesto para 2007 entre las que destaca una de ellas que proponía flexibilizar la figura de los encargos de ejecución, de manera que los anticipos del encargo a las empresas fueran hasta del 50% del importe del encargo. Particularmente interesante para llegar a comprender la relevancia de las

advertencias sobre las transferencias de financiación es la justificación de esta propuesta.

“Se propone la inclusión del texto correspondiente al artículo 24 de la Ley 16/2005 de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2006.

No obstante, se ha propuesto una modificación en el segundo párrafo del apartado 6.c).

Esta modificación se enmarca en un grupo de medidas que la Intervención General está impulsando a varios niveles, normativos y de procedimientos, con objeto de mejorar la eficacia de los informes de control financiero permanente que se emiten. Se intenta además provocar en las empresas afectadas comportamientos de corrección o subsanación de las deficiencias o salvedades detectadas.

Dado que un representativo número de los encargos de ejecución se financian a través de la figura de transferencias de financiación, que debe estar destinada a la financiación de actuaciones propias de las empresas, se considera necesario flexibilizar la forma de pago de las actuaciones encargadas con el fin de dotarla de aspectos menos rigurosos y promover la adecuación de la gestión administrativa con la naturaleza real de la operación que se financia”.

Advierta la Sala Segunda el tono con que la Intervención constata y se refiere a las transferencias de financiación y la propuesta de superar esas tachas progresivamente. Como señalamos en el apartado anterior referido al error fáctico de la “situación grave”, todos los documentos procedentes de la Intervención obrantes en las actuaciones acreditan que no consideró nunca ilegales las Transferencias de Financiación, sino *inadecuadas*. Por eso, como hemos visto claramente en la anterior transcripción, la medida que propuso en 2006 para el Presupuesto de 2007 más que para eliminar la utilización de las Transferencias de Financiación, se entiende y tiene como objetivo favorecer los encargos de ejecución (figura por cierto indeterminada jurídicamente como también lo eran las TF y la encomienda de gestión).

Y efectivamente, en los distintos informes del Control Financiero Permanente, con mayor o menor detalle, hace referencia al **uso inadecuado** de las transferencias de financiación, pero cuando se reciben los informes (septiembre y diciembre) **lejos de obviarlos o hacer caso omiso de su contenido**, como la premisa fáctica ahora combatida establece, lo que ocurre es que JAGM --- y los demás responsables -- **ya conocen la propuesta (julio) que hace la Intervención para subsanar esta inadecuación**, que califica de “deficiencias o salvedades detectadas” e in-

cluso a esas alturas ya se está tramitando la modificación legislativa que había propuesto, como acredita que quedara finalmente incorporada al proyecto del texto articulado de la Ley del Presupuesto y, posteriormente, tras su aprobación, a la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2007 (artículo 25.6).

No puede traducirse esta realidad como un mismo proceder sin enfrentarse al contenido de los documentos. Cada anualidad contiene un distinto proceder que culmina con una superación de las dificultades detectadas en la forma y con el ritmo que iba marcando la propia Intervención.

El **29 de Agosto de 2006**, se produce un nuevo Acuerdo de Consejo de Gobierno en el que se acuerda el Programa de Control Financiero Permanente de las Empresas Publicas. Estamos de nuevo ante un documento que desmiente la premisa fáctica que es objeto de crítica en este apartado, pues se establecen otras medidas de control financiero así como el régimen presupuestario de la sanidad. Nuevamente en la memoria --- que JAGM eleva al Consejo aun no estando legalmente preceptuado – alude a *“irregularidades en la contabilización de las transferencias de financiación”* (pág., 20432 y 20461 del sumario). Estas referencias no vienen incluidas en el informes de cumplimiento ni en el **informe de legalidad** sino en el de Cuentas. Dedicar apenas un párrafo en una memoria de 35 páginas. Especialmente relevante resulta que estos documentos dejan acreditado que en la Memoria sobre 2005, elevada al Gobierno en 2006, no refiere la existencia de un Informe Adicional. La Intervención General destaca asimismo en la Memoria **las mejoras del control introducidas durante el año 2005** (pág. 20450), en la que resalta que, durante ese ejercicio (el primero en que ejerció el cargo de Consejero de Hacienda JAGM) **los medios humanos de las intervenciones de control financiero permanente se han visto incrementados de forma sustancial** con la incorporación de 5 personas más y dice que esa no ha sido la única medida de fortalecimiento del control financiero, sino que mediante la modificación que se hizo a través del artículo 38 de la Ley de 2/2004 de 28 de diciembre, “de acompañamiento”, del presupuesto para 2005, se había reforzado la colaboración del personal de control interno con la intervención.

De nuevo y conforme a los documentos que soportan este apartado, resulta que a lo largo del ejercicio 2006, no se iniciaron por la Intervención procedimientos de los previstos en la legislación vigente para que dirimiera el Consejero de Hacienda o en su caso elevara al Consejo de Gobierno, discrepancias entre el Interventor actuante y el departamento del gobierno fiscalizado, ni por discrepancias en la tramitación de las modificaciones presupuestarias. Tampoco se elevó ningún informe de actuación ni se inició expediente alguno por responsabilidad contable.

Finalmente, como en los años anteriores, la Cuenta General aportada a la causa como documento literosuficiente fue fiscalizada por la Cámara de Cuentas y este órgano de fiscalización y control no hizo, como podrá comprobar el Alto Tribunal, observación alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L, ni sometió a fiscalización las ayudas de este programa, ni hizo observaciones sobre la contabilización de las TF por el IFA en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En el Acuerdo de 29 de agosto de 2006 añade medidas muy exigentes para mejorar el control del régimen presupuestario de la sanidad.¹³⁶

En este Acuerdo se estableció, además, la posibilidad de que la IGJA extendiera el alcance del CFP cuando, en función de las normas de auditoría aplicadas y los resultados obtenidos en los controles se considere oportuno hacerlo.

- 2007-

En este ejercicio entra ya en vigor la posibilidad de adelantar el pago de hasta un 50% de los encargos de ejecución abriéndose de ese modo el proceso que proponía la Intervención. De nuevo, como acreditamos documentalmente, el 8 de Mayo de 2007 fue aprobado el Acuerdo de Control Financiero Permanente atribu-

¹³⁶ El 10 de septiembre de 2005 se había celebrado la II Conferencia de Presidentes cuyo orden del día se ciñó al problema de la financiación sanitaria. Año tras año, la gestión sanitaria gasta extrapresupuestariamente (es decir, sin cobertura presupuestaria) cientos de millones de euros cuya financiación había generado una elevadísima deuda acumulada. Según el Informe que se rindió al Consejo de Política Fiscal y Financiera las deudas (gasto sanitario) pendientes de contabilizar a finales de 2003 ascendían a 6.036 millones de euros, o lo que era lo mismo dicho de otro modo, el 4,3% del gasto sanitario total a finales de 2003 se había contraído por encima de las disponibilidades presupuestarias.

yéndole ya carácter de permanente (y no definitivo, como se dice en la sentencia de instancia), considerando que los años de vigencia del decreto 9/99 y el hecho de que todas las entidades están ya sometidas a este tipo de control aconsejan darle el carácter de *permanente*. También a las medidas en relación con el régimen presupuestario de la sanidad se consideran con vigencia indefinida.

En la memoria vuelve a haber un párrafo donde expresa defectos en la contabilización de las Transferencias de financiación **en varias empresas públicas** (detalle relevante), entre ellas IDEA. La Memoria también se refiere a Informes Adiciones (**pág. 20.511 y 20212** del sumario)

“ Del examen del tratamiento contable dado por las empresas públicas a las transferencias de financiación recibidas se han puesto de manifiesto irregularidades en la tramitación de los expedientes administrativos utilizados por algunas Consejerías para el envío de fondos a aquellas. De tal modo que, de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa.

*Estas y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas **sino a las consejerías a las que se adscriben**. Por ello, serán objeto de análisis diferenciado cuyas conclusiones se integrarán en anexos a los informes definitivos sobre las empresas, que se remitirán a las Consejerías afectadas.”*
(negrilla incorporada)

De las anteriores consideraciones, como puede comprobarse, no se deriva la necesidad o incluso la posibilidad de que JAGM, como Consejero de Economía y Hacienda estuviera facultado para abrir alguna incidencia o tomar la iniciativa en alguna concreta actuación. Como se ve sus actuaciones tiene plena coherencia con su pensamiento expresado para modificar el Artículo 24 de la Ley del Presupuesto para 2007 y deja abierta la solución de los problemas que serán objeto de análisis diferenciado

Frente a lo que en algún momento parece colegirse del relato de HHPP JAGM no puede actuar limitando, controlando o inspeccionando otra consejería en el modo de gestión que desarrolle sin ajustarse a procedimiento reglados. La resolución de las diferencias o controversias entre la Intervención y un órgano directivo de la Administración o una empresa pública deben regirse siempre por la vía esta-

blecida en los procedimientos previstos en la Ley de Hacienda, en el Decreto 9/1999 y en el Reglamento de la Intervención. El gobierno solo actúa previa actuación, siempre reglada, de la Intervención General y mediante el procedimiento correspondiente. Esa es la razón por la que el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que aprueba el Control financiero permanente no resuelve los problemas concretos suscitados. Pero al recibir los mismos, lejos de mantenerse pasivo, JAGM toma las iniciativas y actúa llegando hasta dónde puede llegar: **El Acuerdo de Consejo de Gobierno, incluso llegando hasta un terreno cercano a la admonición, le recuerda al Interventor que, en su caso, actúe los procedimientos correspondientes y, muy en especial, si apreciara circunstancias que pudieran provocar riesgo de menoscabo de fondos públicos.**

Con fecha 6 de julio de 2007, la Intervención propone introducir en la Ley del presupuesto para 2008 una modificación del artículo 6 de la ley de Hacienda relativo a las Empresas Publicas. En concreto propone introducir un nuevo artículo 6.ter.

“las empresas consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia que no cumplan los requisitos establecidos en los artículos anteriores, podrán quedar sometidos igualmente al control de carácter financiero previsto en el artículo 85 de esta Ley, siempre que la Junta de Andalucía tenga una participación mayoritaria en su financiación”.

Lo justifica diciendo que:

“La experiencia demuestra que existen entidades que reciben financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía pero no cumplen los requisitos establecidos en los artículos 6 y 6 bis de la LGHPCAA para ser sometidos al control financiero previsto en el artículo 85 del mismo texto legal.....

.... Con la redacción propuesta se homogeneiza la sujeción de las obligaciones establecidas en el artículo 57 de la Ley de Fundaciones, a todas las “Fundaciones del Sector Público”

Finalmente, como acreditan los documentos que hemos dejados señalados para rectificar la premisa fáctica incluida en los HHPP, cuyo desmentido es el contenido del presente apartado, a lo largo del ejercicio 2007, no se iniciaron procedimientos de los previstos en la legislación vigente para que dirimiera el Consejero de Hacienda o en su caso elevara al Consejo de Gobierno, discrepancias entre el Interventor actuante y el departamento del gobierno fiscalizado, ni por discrepan-

cias en la tramitación de las modificaciones presupuestarias. Tampoco se elevó ningún informe de actuación ni se inició expediente alguno por responsabilidad contable. Tampoco la Cámara de Cuentas en su fiscalización a la Cuenta General de este ejercicio hizo observación alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L, ni sometió a fiscalización las ayudas de este programa, ni hizo observaciones sobre la contabilización de las TF por el IFA en la cuenta de pérdidas y ganancias.

- 2008 -

El 9 de marzo de 2008 se celebran elecciones al Parlamento Andaluz. Por Decreto del Presidente 12/2008, de 19 de abril, nombró a JAGM vicepresidente segundo de la Junta de Andalucía y por Decreto del Presidente 13/2008, de 19 de abril, Consejero de Economía y Hacienda

Pues bien, el **9 de julio de 2008**, antes incluso de haber remitido, el 3 de octubre de 2008, el informe definitivo de cuentas anuales correspondientes a 2006, el Interventor General propuso la inclusión en el anteproyecto de ley del presupuesto de la Junta para 2009, un nuevo artículo para establecer una completa regulación de la figura de las Encomiendas de Gestión. En la justificación de la propuesta explica lo siguiente:

“El principal objeto de la presente propuesta es integrar y consolidar el régimen legal de las encomiendas de gestión en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se encuentra actualmente disperso en tres diferentes normas jurídicas con contenidos diferentes cuando no contradictorios.....”¹³⁷

¹³⁷ La polémica sobre el uso de la encomienda de gestión no ha cesado hasta la fecha. Así lo demuestra la Resolución de las Cortes Generales, de 27 de febrero de 2017 (BOE de 12 de abril de 2017), aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado Marco Legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las AAPP. Se trataría de *“evitar que las encomiendas de gestión puedan producir una alteración de la titularidad de las competencias de los órganos de naturaleza administrativa o una traslación del ejercicio de las mismas a los entes instrumentales y, muy especialmente, del ejercicio de potestades públicas, reservado por ley a los funcionarios públicos”*.

Finalmente, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009 **incluyó un artículo regulador de la Encomienda de Gestión**, que puede considerarse pionero en el ámbito regulatorio de esta figura que sería el que iba a hacer que, finalmente, el programa 31L se desarrollara a través de la misma:

Artículo 26. Encomiendas de gestión de actuaciones competencia de las Consejerías, de sus agencias y del resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores.

1. Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía, la realización, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyen su objeto social o fundacional, de los trabajos y actuaciones que precisen, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

2. La encomienda, en la que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad encomendante, se regirá en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad encomendante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la aplicación presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba la encomienda, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura.

b) La determinación de su importe se efectuará según la valoración económica que figure en el correspondiente proyecto o presupuesto técnico en que se definan los trabajos o actuaciones objeto del encargo, que deberá representar su coste de realización material. No obstante lo anterior, se aplicarán las tarifas aprobadas por la Administración para la determinación de dicho importe en el caso de entidades que, de acuerdo con su régimen jurídico, las tengan establecidas. Este mismo sistema de tarifas también será aplicable para presupuestar dichas actuaciones.

Las tarifas y precios que las entidades apliquen en las encomiendas de gestión serán autorizados por la persona titular de la Consejería, agencia o entidad que realice la misma, salvo que estuvieran ya aprobados, con carácter general, por la persona titular de la Consejería a la que estén adscritas.

c) La resolución de encomienda de cada actuación se comunicará formalmente a la entidad que reciba la encomienda, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto técnico al que se refiere la letra anterior, así como, en su caso, el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación encargando una actuación supondrá la orden para iniciarla.

3. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás poderes adjudicadores dependientes de aquella, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos y prestación de servicios que se les encomienden.

4. En ningún caso podrá ser objeto de encomienda de gestión la contratación de suministros.

5. Las entidades que reciban las encomiendas realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que la entidad ordenante les facilite y siguiendo las indicaciones de la persona designada para dirigir cada actuación, la cual podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto de la encomienda y, especialmente, verificar la correcta ejecución de los contratos que para el cumplimiento de dicha finalidad se concierten.

6. El pago del importe de los trabajos realizados se efectuará con la periodicidad establecida en la resolución por la que se ordene la encomienda y conforme a la actuación efectivamente realizada, una vez expedida certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y se apruebe la misma y/o el documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. También se deberán acreditar los costes reales incurridos en la realización de la actuación, bien mediante la relación detallada y certificada de las facturas que deba abonar la entidad instrumental, bien mediante el análisis de costes imputados directamente a la misma, excepto cuando se aplique el régimen de tarifas previsto en la letra b) del apartado 2 de este artículo, en cuyo caso bastara certificación en la que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados. En el caso de actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea, deberá asegurarse la posibilidad de subvencionar estos gastos de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

No obstante, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el órgano competente para efectuar la encomienda de gestión, este podrá autorizar pagos en con-

cepto de anticipo, cuya cuantía no deberá superar, con carácter general, el límite del 50% del importe total del encargo, debiendo quedar justificado el anticipo antes de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución de la encomienda y, en todo caso, con anterioridad al último pago que proceda. En las encomiendas de gestión que tengan por objeto la ejecución de contratos de obra, solo podrá efectuarse un anticipo de hasta el 10% de la primera anualidad.

Los gastos generales y corporativos de las entidades que reciban las encomiendas podrán ser imputados al coste de las actuaciones encomendadas, hasta un máximo de un 6% de dicho coste.

7. Los contratos que deban celebrarse por las entidades que reciban las encomiendas, para la ejecución de las mismas, quedarán sometidos a la legislación de contratos del sector público en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo o cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos por dicha legislación para su sometimiento a regulación armonizada, las entidades de Derecho Privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas que procedan.

8. Las actuaciones que se realicen en virtud de las encomiendas serán de la titularidad de la Junta de Andalucía, adscribiéndose, en aquellos casos en que sea necesario, a la Consejería, agencia o entidad ordenante de su realización.

9. Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el encargo, deberá acordarse mediante resolución, sobre la base de la propuesta técnica de la persona designada para dirigir la actuación, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren dicha modificación.

10. Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución de la encomienda sobre lo previsto al iniciarse el expediente, modificaciones en la misma o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en la resolución en que se formalizó la encomienda y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos y actuaciones exija, la persona titular de la Consejería o de la presidencia o dirección de la agencia que efectuó el encargo procederá a reajustar las anualidades, siempre que lo permitan los créditos presupuestarios.

En las encomiendas de gestión que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión, para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano ordenante el nuevo programa de trabajo resultante.

Y por fin, como en otros ejercicios, hemos de reseñar que a lo largo del ejercicio 2008, no se iniciaron procedimientos de los previstos en la legislación vigente para que dirimiera el Consejero de Hacienda o en su caso elevara al Consejo de Gobierno, discrepancias entre el Interventor actuante y el departamento del gobierno fiscalizado, ni por discrepancias en la tramitación de las modificaciones presupuestarias.

Tampoco se elevó ningún informe de actuación ni se inició expediente alguno por responsabilidad contable. Tampoco la Cámara de Cuentas en su fiscalización a la Cuenta General de este ejercicio hizo observación alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L, ni sometió a fiscalización las ayudas de este programa, ni hizo observaciones sobre la contabilización de las TF por el IFA en la cuenta de pérdidas y ganancias.

- 2009-

En el mes de Abril de 2009, JAGM es elegido por el Parlamento como **Presidente de la Junta de Andalucía** y en el anteproyecto de ley del Presupuesto para 2010, formalizado en 2009, el programa 31L sustituyó las transferencias de financiación por la Encomienda de Gestión.

3.3. Propuesta de rectificación.

Al objeto de corregir la afirmación fáctica contenida en los HHPP solicitamos que sea sustituida la expresión “con el mismo proceder” por la de JAGM como Consejero de Economía y Hacienda, asumió y elevó a la decisión del Consejo de Gobierno– incluidas las memorias – las propuestas realizadas cada año por la Intervención General para los Acuerdos de Control Financiero Permanente. **Tras el fortalecimiento de los medios legales para el ejercicio de esta función interventora y de control, promovió los medios para alcanzar la plena sustitución las transferencias de financiación por las denominadas encomiendas de gestión, una vez que éstas fueron reguladas por la ley. De ese modo fueron superados los problemas de inadecuación que previamente se habían detectado.**

Así pues, en términos ajustados a la objetiva frialdad de los documentos, los desajustes identificados por la Intervención (en ningún caso ilegalidades

graves, sino usos inadecuados, como tantas veces hemos de recordar y en ningún caso riesgo de menoscabo de fondos públicos, que hubieran motivado un Informe de Actuación), encontraron paulatinamente su respuesta a impulsos de la propuestas de la propia Intervención. Así lo acreditan los documentos señalados.

Por ello hemos de concluir solicitando la inclusión en los HHPP de la afirmación fáctica siguiente. DURANTE TODO EL PERIODO 2004 A 2009 JAGM ASUMIO Y TRASLADO AL CONSEJO PARA SU CONVERSION EN NORMA TODAS LAS PROPUESTA DE LA INTERVENCION.

3.4. El cumplimiento de los requisitos del motivo.

La sentencia impugnada decide absolver al Interventor General de la Junta de Andalucía, entre otros argumentos, porque sería incompatible con el elemento subjetivo de los delitos de prevaricación y malversación el dato de que denunció el uso inadecuado de las transferencias de financiación¹³⁸, lo que será objeto de valoración en el Motivo IV. La relación institucional entre la Intervención General y JAGM tiene reflejo en numerosos documentos, además de los referidos¹³⁹.

El error de hecho que decenas de documentos no contradichos se denuncia en este apartado al corregirse altera el relato de los HHPP referido a JAGM y conduce a igual conclusión absoluta que debería adoptarse si en relación a JAGM se corrigiera la afirmación inexacta del “mismo proceder” y en su lugar se describiera que desde su acceso en abril de 2004 al cargo de Consejero de Economía y Hacienda hasta su cese como Presidente de la Junta de Andalucía, en primer lugar, promovió y convirtió en acuerdos del Consejo de Gobierno todas las indicaciones realizadas por la Intervención, además elevó al Consejo las Memorias --- lo que

¹³⁸ Pág. 1621 *“Por último, y no por ello menos importante, la concurrencia del dolo en el acusado, tanto en el delito de prevaricación como en el de malversación, de los que viene acusado, es incompatible con la denuncia reiterada que realizó en los sucesivos informes, de las irregularidades detectadas en la presupuestación y ejecución del programa 31L”.*

¹³⁹ En su comparecencia en la Comisión Parlamentaria, que también tendrá la Sala II a su disposición en el acervo documental de la causa, el Interventor resalta el respeto a su independencia que le anunció en su primer contacto con JAGM y al que sujetó toda su actuación como Consejero de Economía y Hacienda.

no estaba reglamentado – al Consejo de Gobierno para que tuvieran conocimiento del fundamento de cada una de las sugerencias o indicaciones y, finalmente, llevó a cabo las modificaciones legislativas y regulatorias que supusieron la sustitución de las transferencias de financiación por la figura de la encomienda de gestión.

Se cumplen en el presente caso los presupuestos que conforme a consolidada doctrina jurisprudencial deben concurrir para la estimación del presente motivo en tanto que la compleción fáctica de los HHPP que se suscita, al corregir la premisa fáctica consistente en la afirmación de que se obvió por JAGM las indicaciones de la Intervención lo que tiene una significación suficiente para modificar el sentido del fallo.

III. (SUBSIDIARIAMENTE).MOTIVO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA *al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

3. 1 Falta de claridad de los hechos probados.-

3.2. Manifiesta contradicción.

Síntesis.

La resolución recurrida ofrece dificultades de comprensión en extremos esenciales referidos tanto al relato general como a la actuación concreta de JAGM. Repleta de términos equívocos, ambivalentes o polisémicos, cuando no difusos y genéricos; al referirse a extremos esenciales de los hechos, atribuye propósitos, conocimientos o intenciones a unidades administrativas con frases hechas, estereotipadas y aplicadas como un cliché o formato estandarizado a todos los enjuiciados.

De otra parte, los HHPP contienen afirmaciones incompatibles entre sí, incurre en abiertas contradicciones insalvables que merecen ser denunciadas.

PREVIO.

1.- Inviabilidad de la aclaración.-

El presente motivo tiene su marco en el art. 851 LECRIM que permite la impugnación de la sentencia, entre otros supuestos «*cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados,...*». Se trata de un vicio *in procedendo* que por su propia definición sugiere la posibilidad de la utilización previa de la solicitud de aclaración prevista en los artículos 161 LECRIM¹⁴⁰ y 267 LOPJ que, tras su reforma por ley 19/2003, da lugar a que la falta de utilización sea motivo de inadmisión en relación con el vicio de incongruencia omisiva (*vicio in iudicando* del art. 851.3ºLECRIM). Como seguidamente se expondrá, en nuestro caso no se trata de conceptos oscuros o errores materiales o hechos concre-

¹⁴⁰ “Los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan...”

tos que permitan la solicitud de aclaración en el plazo perentorio de cinco días¹⁴¹, sino términos, expresiones y referencias sin la necesaria concreción sobre aspectos esenciales de la narración. Defectos estructurales graves que dificultan la comprensión de aspectos esenciales del pronunciamiento condenatorio respecto de JAGM.

2.- Conexión incumplimiento de las reglas del juicio justo (Motivo IV) y efectos en el suplico.

El primero de los supuestos de casación por quebrantamiento de forma contenidos en el art. 851.1º LECrim alude a la falta de claridad en la narración de los hechos probados consignados en la Sentencia recurrida. Se trata de un defecto formal que por su propia naturaleza determinaría, de estimarse su concurrencia, la anulación de la resolución que de tal irregularidad adolece, con el fin de que se proceda a su nueva y correcta redacción.

Sin embargo, es obvio que la pretensión del dictado de una nueva sentencia resulta inviable y desaconsejable desde un sentido realista y práctico, atendidas las excepcionales características de la sentencia impugnada. Por ello, los efectos derivados de la estimación de este motivo se vincularán a los correspondientes a apartados incluidos en el Motivo IV del presente recurso, a través de la lesión de derechos fundamentales (tutela judicial y presunción de inocencia), es decir, al dictado de una sentencia absolutoria.

El desarrollo del presente motivo ofrecerá numeroso puntos de conexión con esos otros motivos casacionales basados en la denuncia de vulneración de las reglas del juicio debido (tutela judicial, presunción de inocencia, derecho de defensa), lo que nos permitirá vincular los efectos del presente motivo a la petición de la casación de la sentencia de instancia y el posterior dictado de una sentencia absolutoria.

¹⁴¹ No podía haberse agotado la vía de reparación de la lesión a su derecho que establece el art. 265 de la LOPJ en aplicación de la doctrina de las SSTs 44/2016, de 3 de febrero y la 134/2016, de 24 de febrero, por desbordar la falta de claridad los supuestos de errores u obscuridades puntuales o específicos propios del art. 267 de la LOPJ.

MOTIVO III. 1º.- Falta de claridad en los HHPP.

1.1. Requisitos.-

La STS 746/2008, de 19 de noviembre remite a los siguientes requisitos:

a) que, en el contexto del relato fáctico, se produzca la existencia de cierta incompreensión de lo que se quiso manifestar en el mismo, bien por la utilización de frases ininteligibles, bien por omisiones o lagunas de relato, uso de juicios dubitativos, confusos o imprecisos (STS 784/2008 de fecha 14 de noviembre), carencia absoluta de supuestos fácticos o por la mera descripción del resultado probatorio sin propia afirmación del juzgador;

b) que la incompreensión esté directamente relacionada con la calificación jurídica;

c) que esta falta de entendimiento o incompreensión provoque un vacío o laguna en la relación histórica de los hechos; y

d) que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incompreensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca

La sentencia impugnada ofrece numerosas razones de impugnación en este marco casacional, como veremos.

Tras su detenida lectura de la resolución no es posible acceder al conocimiento y el entendimiento de cuáles son los hechos concretos, cometidos a lo largo de seis años, de los que JAGM debe responder y por los que ha sido condenado. Tal es el grado de dificultades de comprensión que la resolución impugnada ofrece.

Ofreceremos un repaso a los aspectos de los HHPP que ofrecen falta de la claridad necesaria, dividiendo el apartado en dos: la falta de claridad sobre aspectos comunes o generales y, en segundo lugar, las referidas a JAGM.

1.2. Sobre aspectos generales.-

-El "sistema", "la operativa" "el mecanismo" que "se" creo por "el gobierno andaluz".

Ya en el HP PRIMERO al describir los antecedentes de lo que después serán los hechos sobre los que finalmente el tribunal apoyará la condena, aparece el

término “sistema”¹⁴². Es un término de significado abierto y ambivalente¹⁴³ que remite a un sentido mecanicista y automatizado de distintas partes interconectadas. Siendo un concepto troncal de la resolución recurrida es difícil entender a que pudiera venir referido si advertimos que las únicas relaciones entre los acusados que se describen en los HHPP son las institucionales, por su pertenencia al organigrama de instituciones públicas. Las actuaciones se plasman y documentan en expedientes, actas, oficios, decretos u órdenes. Resulta pues pertinente preguntarse a qué “sistema” que fue “creado” se refiere la sentencia. De esta posible entelequia de contenido difuso, ignoto e inexplicado nace la falta de claridad que se denuncia, pues sin saber bien que sea ese “sistema” se hace difícil la comprensión del relato de HHPP.

Aparece el termino en numerosas ocasiones (páginas 90, 91, 132, 137, entre otras) y se asocia al instrumento presupuestario de las transferencias de financiación (instrumento o figura de derecho administrativo presupuestario de contornos, definición y naturaleza discutidos que no fue regulado en Andalucía hasta 2014). Así ya en página 132 aparece el concepto “*sistema de las transferencias de financiación*” que tiene como característica (página 137¹⁴⁴) que no se ajusta al procedimiento legal para subvenciones y además impide que “se activen los controles” de la Intervención Delegada. Además se trata de un “sistema ideado” (página 181), es decir, que responde a un determinado plan, a un diseño. Sobre quién o quiénes idearon ese “sistema” se abren nuevas sombras.

¹⁴² RAE primera acepción: “Conjunto de reglas o principios sobre una material racionalmente enlazados entre sí” .

¹⁴³ HP PRIMERO “...el Gobierno de la Junta de Andalucía, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico -anteriormente Consejería de Trabajo e Industria-, **articuló** en la década de los 90 y ejercicio 2000, **un sistema** de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores...”.

¹⁴⁴ “...que no se ajustaba al procedimiento legal establecido para las subvenciones y sin que se activaran los controles de la Intervención Delegada de la CEM”.

-La referencia al Gobierno o al Ejecutivo, así como a las Consejerías o Direcciones Generales como sujetos del conocimiento o de la acción.

¿Quién ideó ese “sistema”? La identificación del autor es tan oscura como la descripción del “mecanismo” como puede comprobarse en la página 227:

3.- En el citado contexto social, **la Junta de Andalucía** decidió establecer **un sistema complementario** a esas ayudas previas a la jubilación ordinaria, acudiendo a la figura administrativa de la subvención excepcional, habida cuenta la carencia de regulación específica, y al amparo del artículo 107 de la ley General de la Hacienda Pública, vigente en esa fecha.

La identificación del autor de un “sistema” que se tacha de “fraudulento” y alberga en contenido delictivo como instrumento en el que se vienen a engarzar las actuaciones de los condenados, por referencia a la Junta de Andalucía, produce cierta perplejidad pues convierte a la víctima en autor y deja en la sombra su personificación. La denuncia casacional de falta de claridad tiene plena justificación pues a la ambigüedad o imprecisión sobre un aspecto tan esencial (quién es el autor del “sistema”), se une la inviabilidad de atribuir un comportamiento criminal a una institución pública depositaria del *ius puniendi* que, en todo caso debiera tenerse como víctima de delitos como prevaricación o malversación¹⁴⁵.

La falta de claridad derivada de estas expresiones de los HHPP y la consecuente indefensión recorre toda la resolución recurrida.

-La “finalidad” del sistema. Su carácter “fraudulento”.

En incremento de las obscuridades descritas aparece el modo en que la sentencia recurrida describe en sus HHPP la finalidad o razón de ser del “sistema”. La sentencia de instancia sitúa al lector en este punto en la tesitura de proyectar en sede penal actuaciones motivadas por lo que es definido de manera expresa y ex-

¹⁴⁵ El artículo 24 del Estatuto de Andalucía de 1981 estableció: “La Junta de Andalucía es la institución en que se organiza políticamente el autogobierno de la Comunidad Autónoma. La Junta de Andalucía **está integrada por el Parlamento, el Consejo de Gobierno y el presidente de la Junta de Andalucía.** Igualmente lo establece el artículo 99 del vigente Estatuto de 2007.

plícita como “decisiones políticas”. La página 233 nos enfrenta este problema de comprensión material:

“4.- Si la **decisión política** de la concesión de estas ayudas era contar con un sistema propio, complementario del estatal, las circunstancias anteriormente indicadas a modo de ejemplo, suponían un evidente retraso, sino impedimento, para que el dinero llegara a los trabajadores beneficiados, necesitados de la ayuda.

La necesidad política de dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales, llevó a los responsables de la junta Andalucía a establecer un sistema ágil, si bien tal agilidad se consiguió, como se expondrá a continuación, eliminando los mecanismos de control legalmente establecidos.

La falta de idoneidad de atribuir a decisiones políticas, por su propia naturaleza, una responsabilidad penal, abre en el relato de HHPP nuevas dificultades de comprensión sobre aspectos nucleares de la narración de acontecimientos.

-Fraudulento.

La sentencia de instancia tras la afirmación fáctica anterior, por la que atribuye a “los responsables de la Junta de Andalucía” el establecimiento de “un sistema” que parece describirse como una suerte de *régimen de excepción frente a situaciones críticas* que exime de controles en aras de la mayor agilidad y rapidez de las ayudas para resolver problemas sociales, en respuesta a los “grandes conflictos”, en la **página 287** y por primera vez (s.e.u.o.) lo adjetiva como fraudulento:

32.- Desde el punto de vista presupuestario, todo este sistema fraudulento expuesto anteriormente, finaliza con la elaboración del anteproyecto de ley de presupuestos para el ejercicio 2010

De nuevo aparecen zonas de difícil o imposible comprensión pues una realidad es un sistema de excepción para agilizar ayudas en situaciones de emergencia y otra bien distinta un sistema fraudulento. En el primer caso es obvio que prima el interés público de resolver situaciones de emergencia que no admiten demora. En el segundo caso la razón de ser es imponer un interés particular o privado. Tales fines --- de agilización y fraudulento -- no pueden convivir. Así pues que bajo el manto de la ambigüedad y la falta de claridad aparecen realidades antagónicas e incompatibles.

- El destino de los fondos.

El hilo conductor de la sentencia hasta ahora descrito parte de la obscuridad del término “creación de un sistema”, continúa por la atribución de responsabilidades a entidades públicas, sigue definiendo la finalidad perseguida de manera ambivalente si no contradictoria y alcanza el mayor grado de confusión al llegar a la cuestión del *destino de los fondos*.

La sentencia recurrida parte de la expulsión de las ayudas concedidas con el programa 31.L del objeto de enjuiciamiento. A pesar de ello ofrece referencias directas e indirectas a las mismas. Aparecen de nuevo dificultades de comprensión. La sentencia recurre al ejemplo y se refiere en los HHPP a que “*hubo personas*” que recibieron fondos de manera indebida, o que aquellos se destinaron a “*finés distintos a los recogidos en las fichas presupuestarias*”, en expresiones que incurren en un alto grado de indefinición que, en tanto afecta a elementos fácticos esenciales para la configuración de los elementos de los tipos penales por los que condena, merecen la respetuosa crítica que este marco casacional permite. Cuando la sentencia supera la imprecisión sobre el destino de los fondos desborda el perímetro del objeto de enjuiciamiento. De nuevo el lector se enfrenta al dilema de cohonestar afirmaciones incompatibles pues o las ayudas no son objeto de enjuiciamiento o lo son, sin que quepa espacio intermedio, a salvo de crearlo con términos ambiguos y confusos.

1.3. Imprecisiones que pueden afectar a JAGM

Todos los defectos por falta de la claridad necesaria y exigible a una sentencia penal condenatoria antes referidos afectan, como es lógico, a la posición de JAGM y se traducen en dificultades para identificar qué conductas han dado lugar a su condena.

-La oculta relación con “el sistema” de JAGM.

Como ya se ha expuesto y la sentencia tiene por acreditado JAGM no está presente en el “escenario de los hechos” en el momento histórico en que los HHPP narran la creación de un “sistema” de ayudas socio-laborales que se califica primero como “ágil” y después como “fraudulento”.

A pesar de que en los años 2000 y 2001 JAGM no ejerce ningún cargo en la Junta de Andalucía, cuando accede al cargo, los HHPP le atribuyen dar continuidad al “sistema” . Pero lo cierto es que ni es posible conocer a través de los HHPP cómo llega a ser informado del supuesto “sistema” por sus ignotos o impersonales creadores, ni cómo debería ser conocedor de la existencia del mismo. Ninguna conexión distinta de su pertenencia a los órganos de gobierno se refiere en los HHPP que por ello enfrentan de nuevo al lector a la dificultad de asociar el acuerdo criminal propio de la autoría sucesiva que se atribuye a JAGM a las deliberaciones del Consejo de Gobierno. Nada fuera de esos cauces institucionales aparece descrito en los HHPP. Sin criminalizar la actuación de autoridades e instituciones en ejercicio de sus competencias, la comprensión de los HHPP ofrece dificultades que derivan en la secuela de la indefensión.

-La atribución de actuaciones por referencia a la dependencia que dirige.

Esto sucede por primera vez en la página 71 de los HHPP en donde se describe la modificación presupuestaria que es uno de los comportamientos en los se “concreta” el delito de prevaricación administrativa atribuido y por el que se condena a JAGM:

“El 7 de diciembre de 2005, el Consejo de Gobierno presidido por el acusado Manuel Chaves González, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de **la Consejería de Economía y Hacienda**, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, **aprobó una modificación presupuestaria** por importe de 799.895,97 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51. 31L "Transferencias financiación al IFA" dando de baja de las aplicaciones 480.01, 480.03, 480.13 del programa 31 L de "transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro".

La sentencia condena a JAGM por prevaricación concretando la “resolución” en su actuación en las modificaciones presupuestarias y describe tal comportamiento en los HHPP así:

“...previa tramitación de **la Consejería de Economía y Hacienda**,...”

Apenas en ocho palabras se contiene el soporte fáctico de esa actuación de JAGM por la que se le condena.

La modificación presupuestaria que es una de las actividades que concretan el delito de prevaricación administrativa es conforme a la literalidad de los HHPP aprobada por “el Consejo de Gobierno”¹⁴⁶.

Este formato o modelo de narración se repite una y otra anualidad para referirse a las modificaciones presupuestarias, por las que se condena a JAGM por un delito de prevaricación.

La falta de concreción, la expresión genérica, innominada, vaga, indirecta, genérica y meramente institucional (en tanto que titular de un cargo público) de la descripción de JAGM como sujeto activo de los comportamientos que concretan el delito de prevaricación, en un aspecto tan esencial como la conducta por la que le condena, merece la denuncia y crítica casacional que en este apartado se contiene. Es decir, la ausencia de una atribución personal de la condición de sujeto activo del delito es expresión de una falta de claridad que la STS 784/2008 de fecha 14 de noviembre define como carencia absoluta de supuestos fácticos.

Incluso en los apartados de los HHPP en donde se hace una mención *nominal* a mi mandante, por su nombre y apellidos, puede advertirse que únicamente se le atribuye un comportamiento institucional, objetivo, plano, indefinido en su contenido y derivado exclusivamente de su cargo, asociado al ejercicio de sus competencias – sin identificar vulneración, desviación o apartamiento del marco propio de las mismas --. Así ocurre en todas las menciones referidas al otro modo de “concretar” el delito de prevaricación, referido a la aprobación de los proyectos de presupuestos. Sirva como ejemplo la primera de ellas que identificamos como mención (2)

¹⁴⁶ Cuestión ya referida en el marco de las dificultades de entendimiento de la resolución es la ausencia de explicación de la selección de los miembros del Consejo de Gobierno que fueron triados a la causa, investigados, acusados y posteriormente condenados. acusación. Queda en el ámbito de lo desconocido por qué si se tiene al Consejo de Gobierno como sujeto activo del delito, no se incluyen todos los que formaron esa voluntad colegiada en el mismo nivel de responsabilidad por el acuerdo.

DÉCIMO. - **Con conocimiento de los incumplimientos** en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados, Manuel Chaves González, como presidente de la Junta de Andalucía, Gaspar Zarrías Arévalo, como Consejero de la Presidencia, **José Antonio Griñán Martínez, como Consejero de Economía y Hacienda**, Antonio Fernández García, como Consejero de Empleo, Francisco Vallejo Serrano, como Consejero de Innovación, Agustín Barberá Salvador, como Viceconsejero de Empleo, Carmen Martínez Aguayo, como Viceconsejera de Economía y Hacienda, Jesús María Rodríguez Román, como Viceconsejero de Innovación, Francisco Javier Guerrero Benítez, como Director General de Trabajo y Seguridad Social, Javier Aguado Hinojal, como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, y Antonio Vicente Lozano Peña, como Director General de Presupuestos, **en el ejercicio de sus competencias y funciones no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto** de la Junta de Andalucía para el 2005, presupuesto que consignó como crédito inicial en el programa 31L para estas ayudas, la cantidad de 72.261.575 euros, mediante transferencias de financiación.

(Negrilla y subrayado añadidos)

En este caso concreto, se atribuye a JAGM de un conocimiento impreciso que no podía tener dado que se incorporó a la Junta en abril de 2004 y se trataba del primer proyecto de presupuesto que aprobó el gobierno (en el mes de octubre) siendo JAGM consejero de Hacienda. Como se ha expuesto, al tratarse de **un patrón narrativo que se repite año tras año**, con la única modificación de la anualidad a que se corresponde el proyecto de presupuesto, se llega a una “estandarización de los hechos” que se atribuyen a un sujeto institucional con independencia de la posición concreta de cada uno de los inculpados.

Por todo ello, cabe concluir que la condición de autoridad, necesaria en el sujeto activo del delito de prevaricación, concurre sin ninguna duda en los HHPP atribuidos a JAGM, si bien es igualmente evidente que en el relato se identifica el sujeto activo como titular de un determinado cargo siendo el órgano del ejecutivo -- Consejo de Gobierno o Consejería -- el que resulta ser verdadero sujeto activo de los comportamientos que en los HHPP se califican en la sentencia como constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa.

-El “proceder”: la participación en la “elaboración del Presupuesto”.

La sentencia de instancia describe en los HHPP de manera imprecisa la conducta por la que finalmente condena a JAGM. Tal falta de claridad tiene su expresión más evidente en dos términos ambiguos y polisémicos reiteradamente utilizados para referirse a él: “el proceder” y su participación en “la elaboración” del presupuesto.

En tipos penales como la prevaricación y la malversación de fondos que frente a la mayoría de los demás delitos, ofrecen la enorme ventaja de que la conducta penalmente sancionable suele venir documentalmente recogida o en el peor de los casos deja indeleble rastro documental, resulta que la sentencia de instancia viene a identificar los actos por los que condena a JAGM con la expresión de “el proceder”, que resulta incrementada en su obscuridad semántica si se adjetiva con “idéntico” o “anterior”, si resulta inviable conocer el término de comparación del primero o el precedente en el segundo. La sentencia de instancia merece la respetuosa crítica por no exponer en sus HHPP de manera clara qué debe entenderse por “el proceder”, acusando una obscuridad inadmisibles por afectar precisamente al núcleo de la conducta por la que finalmente condena a JAGM.

La resolución adolece de la necesaria precisión también cuando se refiere de manera general e indeterminada a la participación de JAGM en la “elaboración del presupuesto”, una fórmula ésta que, por cierto, solo puede entenderse como el conjunto de una actividad compleja desarrollada por múltiples actores. Así, arriba abajo, se atribuye la elaboración al Gobierno (artículo 134 de la Constitución Española y 63 del Estatuto de Autonomía de 1981), al Consejero de Hacienda; a los distintos Consejeros y a los Secretarios Generales Técnicos el correspondiente a sus propios departamentos y al Director General de Presupuestos, lo cual obliga a entender que el término elaboración en el sentido lógico con que se pronuncian la LGHCAA y la Ley General Presupuestaria, se está refiriendo a un proceso dinámico y participativo con múltiples actores jurídicos intervinientes, a muy diferentes niveles. La resolución utiliza de manera reiterada la expresión en sentido incriminatorio, sin que pueda identificarse a qué concreta participación, a través de qué actos

concretos de todos los que incluye el largo y complejo proceso de elaboración de un proyecto de ley de presupuestos.

Aparece como nuevo término lleno de sentidos posibles y utilizado para vincular actuaciones presupuestarias con otras situadas en el marco de la gestión de fondos el término “*posibilitar*”, hacer posible, que abarca una causalidad difusa y objetiva, ajena a provocación o propósito.

-Lo que conocía y lo que no conocía.

Ya hemos denunciado que los HHPP no relatan de qué modo JAGM se adhiere al plan criminal definido con todas las ambigüedades expuestas anteriormente como “sistema fraudulento”. Tampoco es posible alcanzar ese conocimiento con las referencias a lo que JAGM “conocía” o no llegó a conocer, pues la sentencia de instancia ofrece también en este decisivo ámbito factual una confusión u obscuridad merecedora la respetuosa crítica.

Los datos que los HHPP incluyen en el denominado Informe Adicional se refieren al año 2003, siendo que JAGM aparece en escena a finales de abril de 2004 y que, a partir de su presencia no vuelve a producirse ningún Informe Adicional similar, de años posteriores a 2003, ni se le elevan informes por el artículo 12, apartado 5, del Decreto 9/1999, de 19 de enero; es decir, en ningún momento se le pide por la Intervención una actuación por riesgo de menoscabo de fondos públicos. Los datos de los Informes de control financiero permanente se refieren a dificultades de contabilización de las transferencias de financiación, sin que, por ello, se considerara necesario por ninguno de los Interventores actuantes ni por la intervención General emitir el citado informe de actuación.

La sentencia, a partir de estas dos fuentes de conocimiento atribuye a JAGM una responsabilidad penal por el sistema fraudulento superior o de mayor gravedad que la atribuida a sus creadores. Y sobre esta curiosa y desgraciada circunstancia no cabe alcanzar explicación alguna, a la vista de sus HHPP. De nuevo enfrentamos una zona de niebla que obliga y justifica la tacha casacional contenida en este apartado.

-“Plenamente consciente”; “Asumiendo la eventualidad”

Directamente vinculadas a las penumbras hasta ahora denunciadas en sede de HHPP aparecerán muestras de idéntica generalización e imprecisión en la **página 1467** con una afirmación fáctica referida a JAGM que atiende a su pensamiento o posición mental, premisa fáctica del elemento subjetivo de los delitos por los que le condena.

En el primer caso por su contundencia (*plenamente consciente*) y en el segundo por su sutilidad, lo cierto es que tales expresiones genéricas no encuentran soporte concreto en los HHPP de la sentencia que describen la actuación de JAGM. Aparecen así nuevas razones de perplejidad ante tal ambigüedad. De nuevo nos enfrentamos a dificultades de entendimiento y comprensión de la resolución impugnada, que justifican la denuncia de falta de claridad propia de este marco casacional.

Los HHPP sitúan “el proceder” ¹⁴⁷ de JAGM en el seno del Consejo de Gobierno por lo que no es posible encontrar explicación a que en tal sede se actúe con *plena conciencia de actuar ilícitamente*. La resolución sitúa la comisión de hechos a los que atribuye la condición de actos delictivos en los Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que como órgano colegiado adopta decisiones atribuibles a todos y cada uno de los miembros del mismo y que tiene su reflejo en sus correspondientes Actas. Pues bien, resulta igualmente confuso e incomprensible, dificultando el entendimiento de qué hechos son los que justifican la condena de JAGM que en la resolución — por razones que no explica —, excluya a algunos de los miembros de ese órgano colegiado. No se trata de que la sentencia se pronuncie sobre quienes ni siquiera fueron acusados obviamente, pero sí de que explique por qué siendo el acto delictivo un acuerdo del Consejo de Gobierno, cual es la

¹⁴⁷ **HP DÉCIMO** “...modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía para el 2005...”

HP DECIMOPRIMERO “Como resultado del mismo proceder de los anteriores...”-

HP DECIMOCUARTO “...no cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y...”

participación de JAGM en el mismo que le diferencia de los ni siquiera acusados, respecto de los que — a salvo de atribuir arbitrariedad al Ministerio Fiscal y omisión del deber de perseguir delitos públicos al tribunal — puede concluirse que actuaron conforme a derecho. En último término, lo inexplicable de los HHPP es que sitúan una actuación delictiva en un Acuerdo del Consejo de Gobierno adoptado conjunta y simultáneamente por quienes comenten graves delitos y quienes actúan conforme a derecho.

De otro lado, la referencia a una posición mental tan matizada (asumiendo la eventualidad), merecería de alguna referencia fáctica concreta identificable y de la que pudiera derivarse tal asunción de un “hecho futuro poco probable o conjetural (RAE “eventualidad”)”, que acontece en otra dependencia administrativa ajena a la suya, en la gestión y administración de fondos sobre los que carece de facultad alguna y en relación con el desarrollo de funciones (ayudas sociolaborales) que nada tienen que ver con su marco de actuación como funcionario público.

Proyectamos nuestra respetuosa queja casacional a la introducción de frases hechas, tan rotundas como inexplicadas, referidas a aspectos nucleares del enjuiciamiento de JAGM. Nos referimos a la página 1467

24.- Por consiguiente, el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

En este párrafo se condensan las alegaciones y fundamentos que se han expuesto a lo largo del presente motivo. Estamos ante una expresión estereotipada que incluye en sí misma todas las obscuridades a las que nos hemos referido y que se utiliza como patrón en todos los demás condenados.

El párrafo viene situado al final del apartado referido a JAGM, que ya hemos analizado y que tiene un contenido variado. Pero advertirá el Ato Tribunal al someter a cotejo este apartado del presente motivo, que no es posible conocer a qué “palmaria ilegalidad” referida a los “actos en los que participó” puede estar refiriéndose la resolución. Ni en la elevación de las modificaciones presupuestarias que contaban siempre con el favorable informe de legalidad de la Intervención, ni

en su participación en el acto colegiado del Consejo de Gobierno de aprobación del proyecto de ley de presupuestos, se ha aludido en la resolución a alguna “palmaria ilegalidad”. Lo único referido en la resolución es un “uso inadecuado” de un instrumento presupuestado por otra Consejería que posteriormente el Parlamento convierte en ley. Saltar de lo inadecuado a lo palmariamente ilegal resulta inviable y vincular ese uso inadecuado de un instrumento presupuestario a “los actos en que participó”, tampoco se hace de ninguna manera visible atendiendo al propio relato de la sentencia.

Igualmente criticable por imprecisa o indeterminada es la expresión de “asumiendo la eventualidad” que remite a unos matices en la configuración del pensamiento de una persona que no aparecen por ningún lado en la sentencia. La sentencia utiliza además esa misma frase vaga e imprecisa respecto de los demás acusados.

Debe recordarse en este momento que la resolución adolece de un análisis del elemento subjetivo tanto del delito de prevaricación como del delito de malversación por los que condena a mi mandante y que esta afirmación se sitúa en un apartado ajeno a la fundamentación jurídica de la sentencia. Es decir, no aparecen estas expresiones al final de un análisis jurídico del elemento subjetivo del delito de malversación, cuyo *nomen iuris*, como vemos, ni se menciona en todo este apartado.

El párrafo termina con una nueva frase llena de obscuridades: “...*fuera*n objeto de disposición con fines ajenos a fin público al que estaban destinados”. Es obvio que si el fin al que los fondos estuvieran destinados se determinara con una mínima precisión, sería más fácil explicar esa previa posición mental. Pero la inconcreción atribuye una especial obscuridad a la inicial “asunción” de la “eventualidad”.

La frase ofrece además obscuridad sobre un extremo esencial pues no es posible aclarar si el destino era privado o público aunque distinto de aquel al que estaban destinados. Se trata de una imprecisión grave pues afecta a la calificación delictiva del hecho. Si se trata de un fin público distinto del previsto (como debiera interpretarse, pues en otro caso la frase sería *fuera*n objeto de disposición a fines priva-

dos...) presupuestariamente estamos ante un hecho atípico y la representación de la eventualidad de un hecho atípico resulta igualmente intrascendente.

En otros motivos se profundiza en la relevancia de la expresión al objeto de configurar el elemento subjetivo del delito de prevaricación.

Cumple ahora el presente recurso con denunciar la imprecisión y obscuridad de la frase y su influencia en el fallo.

1.4. Resumen del motivo y Petitum.

Como conclusión, debe estimarse el presente motivo por cuanto que como se ha expuesto cumple con los presupuestos exigidos por doctrina jurisprudencial consolidada¹⁴⁸:

a) que en la narración fáctica se produzca incompreensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia;

- qué papel desempeña en el relato general, cuál era su relación con los momentos previos a su llegada en los que se creó ese "sistema"

-qué acto es manifiestamente contrario a la ley, cuál es el asunto administrativo en cuyo seno se dicta alguna resolución prevaricante

-qué menoscabo de fondos, nunca denunciado por los órganos, internos y externos, de control, atribuidos a JAGM se pueden identificar

b) que tales incompreensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir impidan o dificulten notoriamente la subsunción;

c) que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados.

La jurisprudencia, por ejemplo, STS 945/2004, de 23-7 ; 94/2007, de 14-2 ; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, por la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales.

¹⁴⁸ Por todas S.T.S. 483/2013, de 12 de junio.

Con los hechos declarados probados en la sentencia han de relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9 ; 559/2002, de 27-3).

STS 24/2010, de 1º-2, recuerda que:

"La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 28.12.2005)".

En cuanto al petitum, como advertimos al principio, atendida su vinculación con motivos que serán desarrollados en el Motivo IV solicitamos la absolución.

Motivo III.2º. Contradicciones en los HHPP.

2.1. Previo.

De nuevo al inicio de este apartado debe hacerse notar la conexión entre este motivo y otros situados en el **Motivo IV** del presente recurso, referidos a la tutela judicial efectiva, la proscripción de la indefensión y la presunción de inocencia.

Hemos de advertir al abordar este apartado que la consolidada doctrina jurisprudencial sobre las notas que debe reunir *la contradicción* que constituye quebrantamiento de forma, proyectada sobre la resolución recurrida obliga a algunos matices:

a) Si bien la contradicción tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución, nos encontramos con la dificultad añadida de la presencia de HHPP diseminados a lo largo de toda la resolución. Este defecto estructural de la sentencia debe tomarse en consideración a la hora de exigir el carácter “interno” de la contradicción.

b) Es igualmente requisito del motivo que la contradicción sea gramatical o semántica, no conceptual, de tal suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada. Pero ya hemos visto hasta qué punto el relato de HHPP recurre a términos tan vagos e imprecisos como “proceder” o “eventualidad”, lo que justifica que solicitemos del Alto Tribunal que nos permita incluir en este apartado también contradicciones, en cierto punto, conceptuales.

c) Es obligado también que la contradicción sea absoluta, que enfrente términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanables de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato, lo que es apreciable como veremos en las contradicciones que se denunciarán.

d) Finalmente, debe ser relevante al dejar en el marco de la indeterminación por contradictorio aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium».

Conforme a los anteriores presupuestos y siguiendo el criterio de austeridad por el que nos limitados a los supuestos más relevantes, merecen su denuncia las siguientes contradicciones.

2.2. Sobre el objeto de enjuiciamiento.

Nos remitimos a lo expuesto.

2.3. La incompatibilidad del reproche simultáneo por *suprimir* controles y por *desoírlos*.

A lo largo de toda la sentencia se mantienen dos afirmaciones fácticas inculminatorias respecto de JAGM que resultan en sí mismas antitéticas. Por una parte se le atribuye *continuar* un sistema creado por otros que tenía como propósito evitar controles del destino de los fondos y al tiempo también se le reprocha desoír los controles sobre el destino de los fondos. Ambas afirmaciones no pueden convivir juntas sin incurrir en una contradicción merecedora de crítica y denuncia casacional en este motivo.

Cabría extender esta línea de contradicción a otras afirmaciones de la sentencia: si la Intervención detectó irregularidades en 2003 en la gestión de las ayudas con el “sistema” ya puesto en funcionamiento, cómo puede afirmarse que no podía ejercer un control de esas ayudas?; si pudo advertir incumplimientos en 2003 revisando expedientes ¿por qué no pudo hacerlo en los años sucesivos?

Podrían anularse los controles o desoírse las advertencias de los controladores, pero ambos reproches de modo simultáneo desvelan una contradicción interna del relato de HHPP que merece ser denuncia en esta sede casacional.

2.4. Resumen y petitum.

Como en el caso de la queja por la falta de claridad, la relación de las contradicciones denunciadas con otros motivos permite diferir al efecto procesal de aquellos, consistente en la petición de absolución, los propios de este motivo casacional.

IV. (SUBSIDIARIAMENTE) MOTIVOS DE CASACION POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 852 LECRIM Y 5.4. LOPJ: Lesión del derecho al juicio justo, en su aspecto del derecho al debido proceso en relación con el derecho a tutela judicial efectiva, principio de legalidad, derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia, de los artículos 6 CEDH y 24 CE.

Introducción.- Una valoración global

1º.-Lesión tutela judicial (relación Motivo III)

2º.-Lesión derecho de defensa en relación con utilización ayudas previamente expulsadas del objeto de enjuiciamiento.

3º. Presunción de inocencia y tutela judicial: falta de racionalidad de la exposición de convicción de culpabilidad.

INTRODUCCIÓN.- Valoración global.-

Subsidiariedad. Para el caso de que la Sala Segunda desestimara la imposibilidad de subsumir en las actuaciones atribuidas a JAGM en los HHPP los delitos por los que le condena (Motivo I) y que rechace también la solicitud de absolución derivada modificación solicitada de los HHPP (Motivo II), se articulan subsidiariamente otros argumentos basados en la denuncia de una resolución que debe ser dejada sin efecto porque infringe preceptos constitucionales que configuran el juicio debido (Motivo III y Motivo IV).

Una visión global. Todas las anomalías procesales con relevancia constitucional denunciadas en este último motivo están estrechamente vinculadas entre sí y con independencia de su exposición separada e individualizada, atienden a una única denuncia global o en conjunto¹⁴⁹. Constituyen diferentes expresiones o moda-

¹⁴⁹ La STS 214/18 recuerda que las sentencias 486/07 y 850/07 establecen que “...se impone propugnar una concepción más estructural que deshilvanada o puntual del derecho a un proceso justo, de tal manera que el

lidades de una única vulneración del derecho a juicio debido. Las actuaciones judiciales seguidas contra mi mandante no merecen la consideración de un juicio justo¹⁵⁰.

El origen y explicación de estas infracciones de normas constitucionales con lesión de derechos fundamentales, es esa perversión o anomalía procesal denominada *inquisitio generalis* o inquisición general¹⁵¹. Es una patología procesal descrita en resoluciones judiciales de tribunales españoles en los años noventa a partir de la identificación del contraste o grave contradicción entre prácticas o usos judiciales en sede de instrucción y principios constitucionales. Sus primeras expresiones documentadas, localizadas curiosamente también en los juzgados de Sevilla¹⁵² provocaron cuatro primeras resoluciones del TC¹⁵³ que ya contenían las claves para detectar esta regresión procesal generadora de graves lesiones en cascada de derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal.

juicio valorativo acerca del respeto a su vigencia se verifique, no mediante un modo aproximativo de carácter fragmentario, sino en virtud de una visión global, más allá de la particularizada sucesión de actos procesales”.

¹⁵⁰ STEDH 12 de julio 1988 Schenc v. Suiza: “Al tribunal solo le corresponde averiguar si el proceso del Sr. Shenk, **considerado en su conjunto**, fue un proceso justo”. En la misma línea el Informe de 10 de mayo de 1987 de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la STEDH de 16 de diciembre de 1992 Edwards v. UK que insiste en que “la tarea del Tribunal consiste en investigar si el procedimiento objeto de litigio, **considerado en bloque**, revistió un carácter equitativo, en especial en lo que se refiere al modo de administración de las pruebas (Referencias obtenidas de “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal” MANUEL MIRANDA ESTRAMPES. JM BOSCH Editor 1999, pág. 56)

¹⁵¹ La doctrina ha admitido y generalizado el uso ASENCIO MELLADO, De la OLIVA SANTOS. El estudio más completo “Proceso Penal y Causa General”, AGUILERA MJORALES, Aranzadi SA, Navarra 2008.

¹⁵² Caso “Juan Guerra”. Curiosamente en el mismo Juzgado que instruyó estas actuaciones, Juzgado de Instrucción n. 6.

¹⁵³ STC 32/94, 63/96, 41/98 y 87/2001

Esta modalidad de *mala praxis* procesal, habitualmente asociada a asuntos de relevancia económica o política¹⁵⁴ tiene como consecuencia más visible una hipertrofia mastodónica del proceso penal¹⁵⁵, conocida como “macro-proceso”¹⁵⁶. No es un fenómeno nacional, pues ofrece manifestaciones en otros países, en otros momentos históricos¹⁵⁷, habiéndose relacionado su origen o génesis por algunos autores no solo en razones procesales¹⁵⁸, sino también en otras de derecho material penal e incluso históricas, sociológicas o filosóficas¹⁵⁹.

Lo que este motivo de casación denuncia son las lesiones a derechos fundamentales de JAGM que se explicitarán en sus diferentes concretas expresiones, secuela o consecuencia directa o indirecta de una forma de investigación general o en el término anglosajón “*fishing expedition*” que en sus manifestaciones iniciales consistía en la investigación abierta e indeterminada “*sobre la totalidad de la vida y la hacienda de una persona*”¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Casos Filesa, Banesto, Alierta, Gurtel.

¹⁵⁵ Lo que denomina la EM de la reforma de la LECRIM de la ley 41/2015 de 5 de octubre como “*la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos*”

¹⁵⁶ STS 990/2013 Contiene reflexión sobre los macroprocesos: “*práctica de dudosa*” “*disparatada duración de las sesiones del juicio oral*”. Mas reflexiones en sentencia Caso Malaya STS 508/2015.

¹⁵⁷ “*Dadme una persona y yo le encontraré un delito*”. Frase atribuida a Andrey Vyshinsky, temido procurador general de la URSS (1935), protagonista de gran purga que llevó a cabo José Stalin, mediante los conocidos como “juicios de Moscú”.

¹⁵⁸ “*Reflejos atávicos herederos de nuestra rica, y nunca extinta, tradición penal inquisitiva*”. Expresión de L.Ferraioli dedicada a la realidad procesal italiana, pero válida también para España.

¹⁵⁹ ROXIN acuña en la década de los setenta el concepto de “huida al derecho penal” denunciando la tendencia expansiva de una política criminal que termina encontrando a cualquier conflicto social una solución en normas penales.

¹⁶⁰ Voto particular de Jiménez de Parga al que se adhiere Gimeno Sendra en STC 63/96

Tal modelo ha mutado y ahora aparece asociada en la presente causa a una revisión prospectiva, abierta, general y sin límites, una suerte de “auditoría penal”, global e indeterminada de la actuación política de un gobierno legítimo, en el ejercicio de sus legítimas competencias, a través de su potestad de iniciativa legislativa, aprobada por el Parlamento en relación con política de las ayudas a empresas en crisis y trabajadores a lo largo de una década (2000-2010). La consecuencia de abrir un enjuiciamiento penal con un objeto tan difuso, abierto e indeterminado es, también en este caso, una hipertrofia que genera un expediente, una causa penal, que puede tildarse sin exageración de inmanejable, inconmensurable ¹⁶¹.

Que este procedimiento penal sufre esta patología que aparece del tenor literal de los pronunciamientos de la sentencia impugnada que lo culmina. La Sala de instancia que comenzó excluyendo en trámite de Cuestiones Previas del objeto de enjuiciamiento el análisis de las concretas ayudas, es decir el destino de los fondos --- quedando de ese modo los posibles casos de abusos o desviaciones fuera del enjuiciamiento -- ¹⁶² seguidamente, en franca contradicción procede a incriminar y no tanto actuaciones de personas sino de instituciones y de decisiones políticas¹⁶³.

¹⁶¹ Efectivamente, no es posible llegar a saber el número exacto de folios que componen esta causa. Una buena parte no está foliada, la que se contiene en distintos CDs con documentación, videos no transcritos, y sin índice, en CDs, legajos y cajas en donde la repetición de documentos es muy abundante. La denominada **Pieza Principal, PPRI**, en términos digitales ocupa 125 GB con 2252 carpetas, y 27.731 archivos. El denominado **Procedimiento Específico, PESP**, ocupa 50.96 GB, 10.981 archivos y 691 carpetas. En total más de 38.000 archivos. En un cálculo prudente y aproximado de contenido en papel, 10 páginas por mega, atendiendo al tamaño habitual de un documento podríamos llegar a calcular un contenido **de 1.750.000 folios**. Todo ello sin tener en cuenta la denominada **Pieza documental numerada**. En ella se encuentra la documentación de toda la acción del gobierno en relación al Presupuesto, a las modificaciones presupuestarias, a las sesiones del consejo de gobierno, de la comisión general de consejeros, etc. en una década. Miles de folios que documentan el funcionamiento ordinario, y sin incidencias relevantes del Ejecutivo y el Legislativo de una Comunidad Autónoma, en su día escudriñados en busca de algún delito. Emulando al Fiscal Vyshinsky, cabría haber dicho *“dadme un gobierno y yo os traeré el delito”*.

¹⁶² Páginas 97 a 139 que culmina el razonamiento afirmando que: “Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo

La resolución impugnada es la culminación de una forma viciada de investigación y enjuiciamiento penal que puede definirse como una mutación expansiva de la *inquisitio generalis* originaria, en un contexto social que asiste al creciente incremento en espiral del denominado *panjudicialismo* penal¹⁶⁴. Es tal el grado de alejamiento de principios generales del derecho penal, que el hilo conductor del relato de la sentencia viene finalmente a atribuir al Poder Legislativo, al Parlamento Autónomo Andalúz, una posición cercana a la del *autor inmediato*, pues según la

interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa.”

¹⁶³ Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como ejemplo: HP PRIMERO PRIMERO.- Con la finalidad de dar **respuesta a las situaciones de crisis económicas de empresas** con centros de actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza, el Gobierno de la Junta de Andalucía, HP CUARTO.- Ejercicios presupuestarios de 2000 y 2001.A) Los acusados como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo (2000/2004), para eludir la fiscalización previa, y en todo caso, **para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas**, en el ejercicio de sus respectivas competencias, FJ CUARTO 4.- Si la **decisión política de la concesión de estas ayudas** era contar con un sistema propio, complementario del estatal, las circunstancias anteriormente indicadas a modo de ejemplo, suponían un evidente retraso, sino impedimento, para que el dinero llegara a los trabajadores beneficiados, necesitados de la ayuda. **La necesidad política de dar una respuesta inmediata** a los grandes conflictos sociolaborales, llevó a los responsables de la junta Andalucía a establecer un sistema ágil, si bien tal agilidad se consiguió, como se expondrá a continuación, eliminando los mecanismos de control legalmente (...)De la lectura de los acuerdos de concertación y pactos por el empleo, se desprende **la decisión política de ayudar a las empresas andaluzas** en crisis, estableciendo todas las medidas posibles para evitar su cierre, y solamente en ese último supuesto, se concederían ayudas sociolaborales a los trabajadores afectados por el cierre empresarial,”

¹⁶⁴ Fenómeno denunciado en España por MUÑOZ CONDE, MORALES PRATS, RODRIGUEZ MOURULLO. “Precisamente esta extensión desmesurada del derecho penal ha incidido sin embargo sobre la estructura garantista de la jurisdicción, agrietando su legitimidad, favoreciendo su ejercicio distorsionado y ampliando más que nunca la divergencia entre normatividad de los principios y efectividad práctica. **La ilusión panpenalista es siempre ruinosa para el garantismo**, porque el instrumento penal no puede afrontar todos los males sociales sin romperse o corromperse” FERRAIOLI, “Derecho y razón”, página 702.

sentencia, sirve desde una ignorancia o desconocimiento¹⁶⁵ que le impide saber realmente lo que aprueba, a un plan decenal de ejecución delictiva organizado desde el Poder Ejecutivo (*autor mediato*).

Para la resolución impugnada el Parlamento que aprobó en sucesivas leyes la disposición de fondos articulada mediante un “sistema fraudulento” queda convertido en mero instrumento en manos del autor mediato para la comisión de **un** delito de prevaricación y **un** delito de malversación (continuados y en concurso medial), cometido a lo largo de diez años por el Poder ejecutivo, del que responden algunos de sus miembros elegidos conforme a criterios no explicados. El delito se comete en *un órgano colegiado* pues se concreta en sus acuerdos, pero solo una selección --- con criterios inexplicados ---- escogida de sus miembros son investigados, acusados y finalmente condenados.

Ninguna circunstancia o característica personal o nota propiamente individual -- distinta de la pertenencia en un cargo dentro de una administración -- puede apreciarse en los HHPP de la sentencia. Ningún vínculo, relación mercantil o privada, ninguna modalidad de acuerdo o *societas sceleris*, interés espurio común, motivo, beneficio o resultado permite agrupar a todos los condenados, autores directos y conjuntos de los delitos, que no sea *su pertenencia a un gobierno y su administración*, el ejercicio de sus competencias en sí mismas. Es decir, los HHPP no identi-

¹⁶⁵ FJ DÉCIMO: “Por ello, teniendo en cuenta la ilícita presupuestación realizada por el Ejecutivo Andaluz, contenida en el proyecto de presupuesto remitido al Parlamento, carece de sentido afirmar que fue el Parlamento de Andalucía quien decidió que las transferencias de financiación constituían la figura presupuestaria adecuada para implantar la política de ayudas sociolaborales que se pretendía llevar a cabo.

2. La documentación anexa remitida al Parlamento, acompañando el proyecto de presupuesto, utilizó durante el período 2002 a 2009 una terminología ambigua y equívoca. Pues, nunca señaló claramente el verdadero sistema de concesión de subvenciones sociolaborales. No indicó qué órgano las concedería, si la Consejería de Empleo o IFA-IDEA. Incluso daba a entender en alguna documentación anexa, que iban a ser otorgadas por IFA-IDEA. Tampoco señaló de forma inequívoca que la función de IFA-IDEA, en base al convenio suscrito con la Consejería de Empleo, quedaba limitada al pago material de las subvenciones. Por ello, la aprobación presupuestaria de la transferencia de financiación, en ningún caso supuso que el Parlamento aprobó dicho crédito, para que con cargo al mismo se otorgara por la Consejería de Empleo subvenciones sociolaborales o a empresas en crisis.

fican con una mínima precisión actos personales o concretos de abuso, exceso o extralimitación. Es el Consejo de Gobierno quien actúa y son sus Acuerdos por los que remite al Parlamento un Proyecto de ley los que constituyen delitos, es la Consejería o la Dirección General la que “conocía” este o aquel dato. De tal modo que, la desviación de principios básicos aparece al comprobar que en delitos como la prevaricación y la malversación en los que las instituciones son víctimas y perjudicados, además de titulares del *ius puniendi* como parte del Estado, en esta causa penal y en la sentencia que la concluye, son convertidos en autores, protagonistas de obrar delictivo. Sin desconocer las dificultades la articulación técnica, no pueden dejar de denunciarse todas estas desviaciones procesales a la que debe añadirse el denominado *juicio paralelo*¹⁶⁶.

La creación deliberada de un estado de opinión generalizado, fraguado a lo largo de los años por medio de mensajes reiterados machaconamente, siempre en sentido incriminatorio, es una realidad tan evidente y comprobable con una mínima consulta de fuentes abiertas, como de difícil traslado y acreditación como elemento de juicio en un proceso. Hemos de denunciar ante la Sala II la inducida realidad como otro factor distorsionador más que dificulta el enjuiciamiento conforme a las reglas del juicio justo. No puede exigirse, ni cabe imaginar, que cualquiera que hubiera tenido que asumir la alta responsabilidad de valorar las pruebas y dictar sentencia pudiera resultar ajenos, impermeables e inmunes a un entorno mediatizado de *populismo punitivo*¹⁶⁷, “infectado” con la idea inoculada de la indudable culpabilidad, previa y sin necesidad de juicio.

¹⁶⁶ La definición de Latorre Latorre nos parece la más completa: “todo proceso generado e instrumentado en y por los medios de comunicación, erigiéndose en jueces sobre un asunto sub iudice y anticipando la culpabilidad del imputado, o desacreditando el proceso con el fin de influir en la decisión del tribunal trocando su imparcialidad, de modo que cualquier lector/televidente tendría la impresión de que la jurisdicción penal no tendría otro recurso que sentenciar en los términos implicados”

¹⁶⁷ “El poder judicial es asaeteado en una lógica en espiral, pues debe resolver cada vez más complejos asuntos, a veces políticos y socioeconómicos, que le sobrepasan; si se obstina en mantener la cultura garantista será criticado por los medios de comunicación, erigidos en otro brazo armado del *populismo punitivo*”. (MORA-

Motivo IV 1º.- Al amparo del art. 852 LECRIM con relación a los artículos 5.4. LOPJ y 24.2.CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la imprecisión y falta de claridad respecto de aspectos esenciales de la condena.

Para evitar reiteraciones innecesarias **nos remitimos en cuanto al soporte fáctico de la presente denuncia al contenido del Motivo III** del presente recurso. Las expresiones ambiguas, equívocas o genéricas y las distintas imprecisiones sobre elementos fácticos esenciales allí denunciadas y referidas a la sentencia impugnada tienen su antecedente, en algún caso *ajustado a la literalidad*, en las acusaciones en su día formuladas contra JAGM.

El derecho de JAGM a una motivación entendible, que tenga un mínimo de claridad en la exposición de los hechos y de los fundamentos de la condena forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero además, sin unos HHP mínimamente concretos y sin una fundamentación jurídica identificable y comprensible, se hace inviable una crítica de la sentencia. En este caso las expresiones genéricas, ambivalentes, polisémicas y abiertas de los HHPP y el hilo general de su narración, que en relación con JAGM encuentra su expresión central en *“el proceder”*, siguen impidiendo conocer con precisión los actos merecedores de reproche, comprometiendo de ese modo las posibilidades de defensa.

La utilización de patrones narrativos y de fórmulas estereotipadas que sirven para todos los acusados para integrar el elemento subjetivo de los delitos, dejan disminuido el margen de réplica y defensa que no es posible frente a proclamaciones, más que argumentos, a actos de voluntad, más que de razonamiento.

LES PRATS, Fermín La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva «Edad Media» Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Sociales, Noviembre de 2015, <https://raed.academy/wp-content/uploads/2015/10/Discurso-Dr.-Morales.pdf>).

Sirva la presente denuncia para introducir la trascendencia en el presente recurso la relevancia constitucional del Motivo III, a cuyo contenido hacemos expresa remisión en este apartado, con las consecuencias ya expuestas sobre los efectos procesales contenidos en el Petitum.

Motivo IV 2º.- Al amparo del art. 852 LECRIM con relación a los artículos 5.4.LOPJ y 24.2 CE por lesión al derecho de defensa respecto del art. 432 CP delito de malversación al utilizar en la argumentación de la condena hechos previamente declarados ajenos al objeto de enjuiciamiento.

Síntesis

La sentencia dictada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, declaró expresamente que el destino de las concretas ayudas sociolaborales y empresariales otorgadas a través del procedimiento articulado en la Junta de Andalucía no eran objeto de dicho procedimiento, sino de otras numerosas piezas separadas que se encuentran en fase de investigación.

*Así, la sentencia respetuosamente **recurrida excluye expresamente del debate Plenario los hechos relativos a la concesión y pago de cualquier ayuda individual tanto sociolaboral como directa a empresas a cargo de los programas 22E y 31L.** Como consecuencia de ello, el objeto de enjuiciamiento es limitado al análisis y valoración jurídico-penal del procedimiento general de concesión de dichas ayudas, exclusión hecha de las ayudas mismas.*

*La argumentación en la que la sentencia recurrida basa dicha exclusión, siguiendo en este punto el criterio del Ministerio Fiscal, estriba precisamente en la indefensión que generaría el enjuiciamiento de las ayudas concretas al no saber sido éstas objeto del auto de continuación del procedimiento, ni de la apertura de juicio oral, ni haber podido, por tanto, las partes, **proponer ni articular prueba** en el Plenario sobre este particular. A lo que se añade la inseguridad jurídica que generaría que la sentencia recurrida se pronunciara sobre tales ayudas cuando **están siendo objeto de enjuiciamiento en otros procedimientos judiciales** en curso, cuyo resultado podría resultar diferente.*

Sin embargo, para incardinar los hechos declarados probados en el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que condena a JAGM, la sentencia combatida recurre -- incomprensiblemente después de haberlas excluido de la prueba --, al supuesto desvío del contenido de las distintas ayudas sociolaborales (diseminando referencias en distintos pasajes sobre la existencia de intrusos "...hubo personas..", o sobre destino a conceptos supuestamente ajenos al interés público, etc.).

Esta utilización de lo previamente excluido de la prueba produce en JAGM manifiesta indefensión.

2.1. Cuestión Previa sobre la delimitación del objeto de enjuiciamiento.-

(i) El Planteamiento del MF.-

Al inicio del Plenario, haciendo uso del trámite del artículo 786.2 LE-Crim., el Ministerio Fiscal planteó como Cuestión Previa que, antes de dar inicio al Juicio Oral, el Tribunal se pronunciara sobre la delimitación del objeto del enjuiciamiento. Así lo recoge la sentencia recurrida (**página 97**):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

A) En las sesiones del juicio oral celebradas los días 9, 10 y 15 de enero de 2018, en el turno de intervenciones previsto en el artículo 786.2 de la LECr., se plantearon las siguientes cuestiones previas:

1.- El Ministerio Fiscal: delimitación del objeto del enjuiciamiento.

En las **páginas 99 a 107** la resolución impugnada recoge el planteamiento y los argumentos del Ministerio Público, y en las **páginas 107 a 109** su solicitud para que se resuelva sobre la exclusión de las ayudas sociolaborales concretas¹⁶⁸ del objeto del presente procedimiento.

En este punto, conviene, por su importancia, resumir el planteamiento y los argumentos empleados por el Ministerio Fiscal, que consideraba que tras el dictado de algunos autos por parte de la Sección 7ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla en los que resolvían distintos recursos de apelación en el marco de diferentes piezas separadas incoadas del tramo principal, podría entenderse que en la presente causa se enjuiciaban también las ayudas singulares. Lo que a su juicio supondría una ampliación objetiva del procedimiento, al no formar partes éstas de los autos de Procedimiento Abreviado ni de Apertura del Juicio Oral, dando lugar, de incluirse tales ayudas en el objeto del procedimiento, a una «*cierta y evidente indefensión*» (**páginas 99-100**).

I.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL ENJUICIAMIENTO

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se plantea como cuestión previa: "esta Fiscalía expone a la Sala la necesidad de contar con n previo y

¹⁶⁸ Página 104 "...excluyéndose de esta causa **cualquier atisbo de enjuiciamiento** de las ayudas singulares, como defendemos..."

expreso pronunciamiento que confirme la delimitación objetiva de la causa realizada en el auto de incoación de procedimiento abreviado y tras la presentación de los escritos de acusación, en el auto de apertura de Juicio Oral, y ello tras el dictado en el seno de algunas de las piezas separadas incoadas del tramo principal por la Sección 7ª de ésta audiencia Provincial de autos resolviendo recursos de apelación, en donde interpreta que en esta causa, el auto de proa y respecto de determinados encausados, engloba el enjuiciamiento también de ayudas singulares. Esta interpretación supone de hecho una ampliación del objeto del proceso **que produce una cierta y evidente indefensión**".

(Negrilla añadida)

Entendía la Fiscalía, que si el Tribunal *a quo* acogía el criterio derivado de tales autos dictados por la Sección 7ª en los que englobaba en este procedimiento el enjuiciamiento de las ayudas concretas, debía procederse a la suspensión del Juicio Oral por la (cierta y evidente) **indefensión** que esta ampliación produciría a las partes que han articulado sus estrategias y medios de prueba para responder únicamente del llamado «procedimiento específico» y no del papel de los acusados en las distintas ayudas.

Y en la página 105:

"Si se considera que debe respetarse el criterio interpretativo sobre el objeto del litigio expuesto por la sección 7ª y que el Auto de incoación es válido englobando por tanto no sólo el procedimiento específico sino también, aun de manera genérica las ayudas individuales, esta Fiscalía estima que no se puede seguir adelante pues crea una particular y general indefensión, a no solo **las partes acusadoras que no han articulado la prueba de cargo en ese sentido** y finalidad sino **también a las defensas, pues han articulado su estrategia y medios de prueba para responder solo del llamado "procedimiento específico" y no del papel de su patrocinado en cada una de las singulares ayudas**. Esto les crearía una total indefensión, ya que con posterioridad a la presentación de sus escritos de defensa conocerían que a su cliente se le puede enjuiciar por todas o algunas de las ayudas individuales"

(Énfasis añadido)

La Fiscalía recordaba (**página 106**), asimismo, que había cuatro de esas piezas relativas a ayudas en las que se había dictado el auto de Procedimiento Abreviado, mientras que, del resto, aproximadamente 270 piezas más, se habían incoado formalmente 104 procedimientos tras los respectivos atestados, figurando

como investigados, además de ex altos cargos de la Junta de Andalucía, supuestos intrusos, mediadores de seguros, *conseguidores*, empresarios, representantes sindicales, etc. Añadiendo posteriormente (**página 109**) que en aquel momento había incluso 170 ayudas respecto de las que ni siquiera se había abierto ni incoado todavía pieza separada.

Por consiguiente entendía (**página 109**) que en el caso de que el Tribunal *a quo* no asumiera los pronunciamientos derivados de los autos dictados por la Sección 7ª de la misma Audiencia, debía aclarar expresamente, como pedía la Fiscalía, que esta causa se limitaba únicamente al procedimiento específico de financiación, sin ser sometidas al Plenario las distintas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis que son objeto de enjuiciamiento separado en las distintas piezas separadas incoadas.

En suma, se interesa de la Sala, con carácter previo al inicio de la práctica de la prueba, la confirmación del objeto de enjuiciamiento tal y como fue diseñado en los autos de división de piezas, en el auto de incoación de la presente pieza y repetido, con detalle, en el auto de incoación de procedimiento abreviado, **con expresa exclusión como objeto de debate de los hechos relativos a concesión y pago de cualquier ayuda individual** tanto sociolaboral como directa a empresa a cargo del programa 22E o 31L, por las razones antes expuestas.»

(énfasis añadido)

(ii) La respuesta de la Sala.-

La Cuestión Previa formulada por el Ministerio Fiscal, fue resuelta por el Tribunal *a quo* (**páginas 138 y 139**) en el sentido de que **resulta claro que en esta causa no pueden enjuiciarse hechos por los que se siguen otras piezas separadas**, pues ello sería contrario a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (se refiere al auto de Procedimiento Abreviado que delimitó los hechos objeto de enjuiciamiento por los que se dicta luego auto de Apertura de Juicio Oral) y a la seguridad jurídica.

“Por lo que **resulta claro que en esta pieza separada no pueden ser enjuiciados hechos por los que se siguen otras piezas separadas**. Pues ello iría en contra de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de la seguridad jurídica.”

Por lo que, no estando recogidos en dichos autos de Procedimiento Abreviado y de Juicio Oral los hechos relativos a las ayudas concretas sociolaborales y a empresas en crisis, no pueden ser objeto de la presente causa (**página 139**).

“Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa.”.

(énfasis añadido)

En suma, como se comprueba de los propios términos de la sentencia recurrida, tanto el Ministerio Público como la propia Sala *a quo*, consideran y afirman que las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en esta causa, que se limita al examen del procedimiento específico de financiación con cargo al programa 22E / 31L para la concesión de ayudas sociolaborales a través del IFA/IDEA.

(iii) La realidad del contenido de la resolución que en contra de lo resuelto: aborda pronunciamientos sobre las ayudas que son objeto de otras piezas en tramitación.-

Como se ha adelantado en el breve extracto inicial del motivo, sucede que, a pesar de la anterior exclusión, la sentencia respetuosamente recurrida utiliza e incluye en los Hechos Probados y diseminadas por distintos FFJJ los relativos a las distintas ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, que además son empleados, a pesar de que fueron excluidos de la prueba del plenario, para fundamentar la condena por el delito de malversación de caudales.

Hechos Probados. En efecto, los HHPP que motivan la condena a JAGM incluyen en HP VIGESIMOSEGUNDO (**páginas 92 a 96**), afirmaciones de aquello (ayudas individuales) que había quedado fuera del objeto de enjuiciamiento. Esos HHPP referidos incluyen referencias al destino de las ayudas concretas y se afirma – sin identificar ni cuantificar -- que había beneficiarios de pólizas que no pertenecían al colectivo laboral afectado –los denominados «intrusos»– (**página 93**), o que ha habido personas que han continuado percibiendo rentas a pesar de haberse incorporado al mercado laboral (**página 93**); o que un gran número de estas ayudas a empresas en crisis -- excluidas del objeto de enjuiciamiento -- fueron emplea-

das para fines diversos ajenos al interés público para el que se habían presupuestado, tales como el pago de nóminas, de deudas, de avales o de asesores jurídicos, al pago de determinadas facturas, al pago de gastos derivados de la cesión del sistema de emergencias 112 Andalucía, a la financiación de programas de formación (**página 94**); al pago de campañas de divulgación de riesgos laborales, a subidas salariales a trabajadores, a la financiación de Jornadas relacionadas con el empleo, o de cursos de dirección de Instituciones Sociales (**página 95**), entre otros.

“Como ayudas sociolaborales, para el pago de primas de pólizas de rentas y capital, abonadas por la Junta de Andalucía, de las que se han visto beneficiadas unas 77 empresas, que tuvieron la necesidad de presentar expedientes de regulación de empleo, extintivos, o simplemente reducir plantilla mediante despidos. A este respecto, decir:

1. Al no haberse publicado unas bases reguladoras de estas ayudas, que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, y no registrarse, como era obligado, en la Base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial.

2. Al no establecerse el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado, de las personas beneficiarias de las pólizas, **personas** que nunca han pertenecido al mismo, han percibido rentas de pólizas abonadas por la Consejería de Empleo.

3. La no exigencia de justificación alguna, ni de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número de ellos siguiese percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado al mercado laboral.

B) En cuanto a las ayudas a empresas en crisis, al no haberse efectuado una convocatoria de estas ayudas que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, como era exigida, y no registrarse, como era obligado, en el registro de la base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de empresas en situación de crisis económica.

Además, un gran número de estas ayudas carecían de un objeto concreto, respondiendo a fines muy diversos, entre otros, pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por asesoramientos jurídicos, pago de avales.

C) Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo, así podemos reseñar que se abonó:

- Facturas emitidas por las mercantiles TAPSA y CICM, derivadas de varios contratos de campañas de comunicación sobre Fomento de Empleo y divulgación

del SAE, por un total de 3.386.017,00 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15/07/2003 a 2/03/2004.

- Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el Consejero de Gobernación, por el cual la Consejería de Empleo realizará las actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 Andalucía, de las dependencias correspondientes

La sentencia respetuosamente recurrida concluye (**páginas 95 y 96**), que todas estas ayudas sociolaborales a trabajadores y empresas en crisis o de otro orden que se consideran probadas fueron posibles gracias al establecimiento del procedimiento irregular del programa 31L, con cargo al que fueron financiadas.

Acto seguido, en el Hecho Probado 23º (**páginas 96 y 97**), la sentencia se refiere al uso o destino de los fondos e incluso señala que los distintos acusados entre los que se encuentra mi representado, tuvieron conocimiento del uso del procedimiento descrito, siendo, por tanto, también, conocedores de todos los anteriores hechos, a pesar de lo cual permitieron que se continuaran realizando. El destino que había sido excluido es ahora utilizado de manera relevante para el fallo.

En relación con JAGM también se identifican unos cauces o vías de conocimiento (informe sobre ayudas del 2003 y de control financiero permanente) sin perjuicio que como se abordará en otro apartado, en ningún caso contienen esas referencias al destino concreto de los fondos, es decir, a esas ayudas concretas. En todo caso, la sentencia tras excluir el destino de las ayudas del enjuiciamiento, las viene a utilizar y relacionar en los HHPP:

Fundamentación Jurídica. Ya en sede de Fundamentación Jurídica, la sentencia afirma en el FJ TRIGESIMONOVENO **página 1467** que JAGM “*asumió la eventualidad*” (RAE “*hecho o circunstancia de realización incierta y conjetural*”), de tales destinos. Es decir, la sentencia utiliza aquellos destinos que como Cuestión Previa había situado fuera del perímetro del objeto de enjuiciamiento, para asentar la fundamentación de la condena de JAGM

Es más, cuando en la Fundamentación Jurídica de la sentencia se analiza la concurrencia de los elementos del delito de malversación (**FJ CUADRAGESIMO QUINTO, apartado 4, pp. 1706 a 1741**), la Sala *a quo*, tras citar algunas sen-

tencias de este Excmo. Tribunal sobre los elementos integrantes del delito de malversación de caudales (pp. 1706 a 1710), señala que tales requisitos concurren en el presente caso (p. 1710), exponiendo razones.

Pues bien, al exponer esas razones, la sentencia entra abierta y directamente en el destino dado a numerosas ayudas concretas que como Cuestión Previa habían sido excluidas del objeto del procedimiento y de la prueba y debate practicados en el Plenario. Y durante una docena de páginas (pp. 1710 a 1722) de dedica a valorar como elemento nuclear del delito de malversación de caudales por el que condena, el destino concretamente dado a numerosas ayudas individuales, **que ni forman parte de la causa ni pudieron conocerse, discutirse o someterse a contraste probatorio en el desarrollo del juicio.**

Y así, la Sala *a quo* comienza indicando (p. 1710), que había tres tipos de subvenciones, relativas a empresas para la financiación del coste de las indemnizaciones por despidos colectivos, otras subvenciones a empresas con fines diversos no relacionados con un ERE, y subvenciones a personas físicas afectadas por un ERE. Para, acto seguido, desglosar cada una de estos tipos de ayudas entrando en detalles sobre las ayudas a múltiples empresas, y sobre el destino dada a aquéllas en cada empresa, donde se comprenden, junto a otros sin objeto determinado, desde Cursos de alta dirección para trabajadores, costes de prejubilaciones de trabajadores, gastos de asesoramiento jurídico, gastos de publicidad, costes por indemnizaciones de despidos improcedentes, gastos de inversiones en industria, pagos de elaboración de programa de prevención de riesgos laborales, pagos de avales para adquisición de maquinaria, pago de nóminas, pagos de proveedores, pagos de gastos de traslados, devoluciones de préstamos, pagos de aseguradoras, pagos de mejoras salariales, pagos de pólizas de prejubilación, junto a otros sin objeto determinado, etc.

Páginas 1712-1713:

EMPRESA	IMPORTE	CONCEPTO
A NOVO COMLINK	3.836.257,03	Gastos de traslado de empresa y pago de proveedores.
ACEITUNAS Y CONSERVAS, S.A.L (ACYCO)	109.620,00	Gastos de Gestión del proceso de jubilaciones (sin especificar)
ANTONIO GÁLVEZ PELUQUEROS, S.L.	1.150.000,00	Pago de nóminas
AUTOLOGÍSTICA DE ANDALUCÍA, S.A.	1.150.000,00	Sin objeto concreto y claramente definido
	1.250.000,00	Pago de nóminas
CERÁMICA SYRE SA GRES DE VILCHES, S.L.	610.000,00	Sin objeto definido
	412.254,45	Gastos de primer establecimiento (sin especificar)
COMERCIAL ALIMENTARIA DHUL, SL	2.458.772,12	Devolución de un préstamo suscrito por la empresa

CORCHOS DE CAZALLA, S.L. Y OTROS	3.003.036,21	Sin objeto claramente definido
CORCHO Y TAPONES DE ANDALUCIA	3.003.036,21	Sin objeto claramente definido
CORCHOS HIGUERA SL	601.012,00	Sin objeto claramente definido
SERVICIO Y MANTENIMIENTO DE CAZALLA SL	601.012,00	No tiene definido ningún objeto
ENOWORLD SL	1.200.000,00	Sin objeto claramente definido
CUEROTEX PILATEX, S.L.	162.400,00	Pago minuta asesoramiento jurídico
CYDEPLAS PET SL, NAZAPET SAL	503.132,28	Pago aval para adquisición de maquinaria
	2.960.999,99	Pago indebido a la aseguradora, por error
EOM SÉNECA, S.A	384.841,65	Préstamo para pago de nóminas. No consta su reclamación ni su devolución.
FCC, S.A. - CESPA, S.A.	1.026.861,80	Pago mejora salarial trabajadores sector limpieza Granada
	812.989,10	Póliza prejubilación para personal ajeno a la empresa
	619.470,51	Pago elaboración programa de riesgos laborales

Página 1714:

EMPRESA	IMPORTE	CONCEPTO
FUNDACIÓN SAN TELMO	1.152.000,00	Cursos de alta dirección para trabajadores de la Junta de Andalucía
ASOCIACIÓN PROMI	871.615,50	Sin objeto claramente definido
PROMI FORJA, SL	601.012,00	Sin objeto claramente definido
MUEBLES DE MADERA PROMI SL	601.012,00	Sin objeto claramente definido
COMERCIALIZADORA DE MUEBLES PROMI SL	601.012,00	Sin objeto claramente definido
HOTEL RÓC FLAMINGO, S.L.	51.051,76	Coste de jubilación de 2 trabajadores acorde a la empresa
INDUSTRIA AUXILIAR PARA MAQUINARIA Y AUTOMOCIÓN, S.A. (IAMASA)	2.566.451,79	Coste de jubilaciones que no deriven de ERE alguno
INSTITUTO COSTA DEL SOL SL (INCOSOL)	195.681,15	Coste de jubilaciones derivadas de un ERE NO aprobado
JEREZ INDUSTRIAL, S.A. (JISA)	93.121,63	Gastos de asesoramiento jurídico
MATADERO DE FUENTE OBEJUNA, S.A.L.	20.880,00	Gastos de asesoramiento jurídico
MATADERO DE SIERRA MORENA, S.A.	3.852.530,00	Sin objeto claramente definido
TIERRA VIRGEN DE ALIMENTACIÓN, S.L.	1.352.377,16	Sin objeto claramente definido
SOCIEDAD DE DESARROLLO LOCAL DE EL PEDROSO, S.L.	801.510,06	Sin objeto claramente definido
NOVOMAG MANUFACTURAS METÁLICAS, S.L.	420.708,47	Sin objeto claramente definido
SALDAUTO SEVILLA, SAL.	200.000,00	Sin objeto claramente definido
	1.637.228,86	Pago de jubilaciones voluntarias
SANTANA MOTOR - ALPHA CORPORATE	1.134.523,86	Gastos de asesoramiento jurídico
	1.996.610,63	Reposición de pérdidas y préstamos participativos
SANTANA MOTOR Y ASOCIACION 28 DE FEBRERO	4.560,92	Gastos de publicidad
	886.097,01	Gastos por servicios de asesoramiento y jurídicos
SURCOLOR, SA y SURCOLOR ÓPTICA, SA	2.516.135,77	Coste por indemnizaciones por despido improcedente
TALLER DE LIBROS, SL	300.000,00	Sin objeto claramente definido
UVE, S.A.	2.940.000,00	Gastos de inversión establecimiento de una industria, sin especificar
TOTAL: 50.834.930,98		

De modo que la sentencia recurrida justifica así la existencia del delito de malversación de caudales sobre la base de que el destino dado a las ayudas concretas era muy diverso como se ha indicado (nóminas, deudas, asesoramiento jurídico, préstamos para pago de nóminas, mejoras salariales...), sin que en los expedientes de las referidas ayudas conste la existencia de un análisis económico sobre las circunstancias de los beneficiarios.

Página 1715:

2. Atienden fines muy diversos: nóminas, deudas (sin especificar), gastos de primer establecimiento de la empresa (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, cursos de alta dirección, indemnizaciones derivadas de despidos declarados improcedentes, devoluciones de presta-

mos suscritos por la empresa, pago de importes avalados, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución, etc.

.../...

4. En diversas ocasiones las ayudas se concentran en empresas pertenecientes a un mismo grupo, o en entidades vinculadas en razón de sus propietarios o administradores.» (Lo subrayado es nuestro).

Respecto a este segundo tipo de ayudas, los peritos de la IGAE vuelven a señalar que no consta en los expedientes examinados, la existencia de ningún análisis económico realizado por la Consejería de Empleo sobre a las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta.

La sentencia desarrolla en las páginas siguientes con detalles de las ayudas concretas excluidas de la causa, para concluir **(pp. 1720-1721)** que lo anterior acredita la existencia del delito de malversación de caudales al haberse hecho estos pagos ajenos al interés público para el que fueron presupuestadas.

g. En conclusión:

- Con cargo a los fondos del programa 31L **se** hicieron pagos completamente ajenos al interés público. Como son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento

Jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución.

- La indemnización por rescisión de la relación laboral, cuya obligación de pago corresponde a la empresa, mediante un plan de rentas contratado con una aseguradora a favor de los trabajadores afectados por el ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente al pago de dicha indemnización, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.

- Las restantes subvenciones concedidas a empresas con fines diversos, que no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE, sin que conste acreditado en el expediente de concesión de subvención, la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos, supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público.

- Subvenciones concedidas a empresas sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, careciendo incluso de trabajadores, en las que, salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar, ni figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones.

Como se observa, no hay duda alguna de que **la sentencia que respetuosamente recurrimos, articula la condena por el delito de malversación sobre la base del destino concreto de las distintas y numerosas ayudas que previamente había excluido** del objeto del procedimiento a instancias del propio Ministerio Fiscal. Así lo señala nuevamente en las **páginas 1722-1723** cuando refiere, una vez más, que se dispuso de fondos públicos para pagar los conceptos arriba referidos en las distintas ayudas.

C) A la vista de estos incumplimientos, podemos concluir que se dispuso de los fondos públicos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos reseñados en los hechos probados, sin la tramitación del correspondiente expediente que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, suponiendo éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo.

En definitiva, permitía el enriquecimiento de empresas, a través del ahorro de gastos, y de terceros, ajeno a cualquier interés social o público debidamente acreditado

En definitiva, la sentencia de instancia, tras declarar tajantemente la exclusión de la causa de las ayudas concretas concedidas por ser ya objeto de otros muchos procedimientos independientes, declara probados, sin embargo, numerosos hechos que afectan al destino concreto de aquellas ayudas, que en ningún momento se trajeron a juicio, sobre los que apoya la apreciación de la esencia del delito de malversación de caudales por el que condena en la presente causa.

Y no solo eso: En los HHPP relacionados con JAGM se puede comprobar que los datos utilizados para atribuirle el conocimiento del destino de los fondos no se refieren NUNCA a esa cuestión. Habiéndose producido así, en la práctica, la situación que pretendía evitar el Ministerio Público con el planteamiento de la cuestión previa, en cuanto a la indefensión producida para los acusados. Razón por la cual, **debe casarse y anularse la sentencia en este punto, dejando sin efecto alguno la condena impuesta a mi representado por el delito de malversación de caudales públicos.**

Motivo IV 3º. Al amparo del art. 852 LECRIM por infracción de preceptos constitucionales con relación a los artículos 5.4 LOPJ y 9.1, 24.2. CE con lesión del derecho a la presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva respecto de los art. 404 y art. 432 del C.P al incurrir en una valoración inexistente o, en todo caso, insuficiente sin la exigible racionalidad de la prueba, en relación con el fundamento de la culpabilidad de los elementos objetivos y subjetivos de los delitos por los que condena a JAGM.

3.1. Introducción: doctrina general.

En el marco de la casación, además de la comprobación de *la existencia* de prueba de cargo lícitamente obtenida para fundar la condena, puede abordarse la comprobación de si **el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables** que permitan su consideración de prueba de cargo¹⁶⁹.

Doctrina jurisprudencial asentada recuerda que la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia cuando en enjuiciamiento viene atribuido a la Audiencia Provincial, como es el caso, obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, en aquellos aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a *la racionalidad de la inferencia* realizada.

Por tanto, esta *estructura racional del discurso valorativo*¹⁷⁰ sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas,

¹⁶⁹ Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o **cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo seguido**. (En idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio (RTC 2011, 107), 111/2011, de 4 de julio (RTC 2011, 111), 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126), 16/2012, de 13 de febrero (RTC 2012, 16)).

¹⁷⁰ Un razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (RTC 1989, 169) "*una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*" (- SSTC 220/1998,

irracional, absurda o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "*nemo tenetur*" (STS. 1030/2006 de 25.10).

No solicitamos por tanto al Alto Tribunal al que nos dirigimos, pues conforme a su consolidada doctrina no le corresponde, que proceda a revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, atendiendo directamente a esas pruebas – excepto en el caso de las documentales a través del Motivo II del presente recurso -- sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. Lo que solicitamos es que en el ejercicio de sus facultades de revisión casacional, en el marco del presente motivo, entre a controlar la razonabilidad del discurso ofrecido en la propia sentencia de instancia por la que vincula la valoración de la actividad probatoria a la condena y al relato fáctico que da sentido al fallo.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación con la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia. Lo que respetuosamente solicitamos en este motivo es que la Sala Segunda proceda a verificar la **solidez lógica y razonabilidad** de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-. En último término que controlando la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad de todo poder público, en este caso anule la condena si tiene su base en una **decisión inmotivada** o basada en una **motivación ilógica, irracional o arbitraria**.

de 16 de noviembre (RTC 1998, 220) , FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio (RTC 2001, 124) , FJ 12 ; 300/2005, de 21 de noviembre (RTC 2005, 300) , FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre (RTC 2008, 111) , FJ 3-).

En el marco casacional de los arts. 852 LECRIM y 5.4. LOPJ, en nuestro caso se solicita que la resolución de instancia sea casada por haber vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia de mi mandante al haber basado la condena en relación con los elementos objetivos y subjetivos de los delitos de prevaricación y malversación **en un discurso valorativo de la condena con graves quebras de consistencia y racionalidad.**

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia, la función del Tribunal de Casación ha de limitarse a la comprobación de: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y **c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello desde el punto de vista racional y lógico y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba;** d) que exista una auténtica motivación fáctica de la sentencia de condena (STS 370/2010 de fecha 29 de abril). Sobre el tercer aspecto, que puede ser objeto de revisión de casación, descansa el presente motivo.

Una doctrina jurisprudencial, que tiene una de sus iniciales expresiones en la STS de 19 de enero de 1988, establece que

“se debe verificar por la sala si de esta prueba se puede deducir la culpabilidad de los procesados. En el caso concreto de la prueba de testigos esta deducción se debe tener por acreditada cuando el Tribunal de instancia haya apreciado las declaraciones de aquellos según lo establecido en el art. 717 Lecrim, es decir, “según las reglas del criterio racional”. La ley hace referencia mediante estas expresiones a las reglas de la lógica, y dentro de ellas, especialmente al principio de no contradicción, así como a los principios generales de la experiencia. La observación de las reglas de la lógica y de los principios generales de la experiencia en el marco del criterio racional es, en principio, controlable en casación, pues dicho control se limita al razonamiento explícito o implícito de la sentencia y no depende, en consecuencia, de la percepción auditiva directa y visual de la prueba testifical que solo es posible para el tribunal de instancia.”.

Es exigencia ineludible derivada de los derechos fundamentales a la interdicción de la arbitrariedad, presunción de inocencia, defensa y tutela judicial

efectiva que la formación de la convicción del juzgador se lleve a cabo a partir de las pruebas practicadas, **siguiendo criterios de racionalidad**.¹⁷¹

El presente motivo se articula, con plena consciencia de las limitaciones insalvables que el cauce casacional impone en relación con la valoración de las pruebas *personales*, sobre las que la inmediatez atribuye al tribunal de instancia una autoridad prácticamente inatacable. Por ello, la crítica que permite el marco del presente motivo, y que respetuosamente se expondrá en este motivo, se proyecta sobre la estructura racional del discurso valorativo de la sentencia (“...los razonamientos a través de los cuales el Juez de instancia alcanza la convicción de culpabilidad...”) en relación con las pruebas periciales y documentales. Esa *estructura racional* sí puede ser revisada en casación, por ser elemento esencial de la propia sentencia condenatoria y por ser el marco idóneo de debate al amparo del motivo invocado. Es en este marco donde debe y puede llevarse a cabo la censura de aquellas argumentaciones nucleares de la resolución de instancia que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 31-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras).

La necesidad de una estructura racional de la condena, es decir, de una explicación racional de cómo llega el tribunal a la constatación de los elementos del delito mediante una valoración racional y no arbitraria de la prueba es una exigencia derivada del principio a la presunción de inocencia.

Pero también el derecho a la tutela judicial efectiva sufre a partir de una motivación genérica, conjunta, asentada en valoraciones imprecisas y en afirmaciones apodícticas sin refrendo probatorio debidamente explicado. La STC 145/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 145) conecta ambos derechos fundamentales:

“... existe una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada.”

¹⁷¹ LOPEZ GUERRA, Luis “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales. Cuadernos de Derecho Judicial n. V CGPJ Madrid 1992, página 144

La Sentencia de esta Sala 279/2003, de 12 de marzo (RJ 2003, 2576) vincula el deber constitucional de motivar las sentencias en el caso de tratarse de diversos acusados, al deber de individualizar los mecanismos de apreciación probatoria, uno por uno, y no en forma globalizada y, en el caso de tratarse de prueba indirecta, a la necesidad de recogerse pormenorizadamente los indicios resultantes de la prueba directa, de donde deducir, después, motivadamente la incriminación de los acusados.

La motivación debe proyectarse sobre todos cada uno de los elementos del delito por este el único medio de evitar la arbitrariedad y que una resolución pueda exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión¹⁷² en una aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad¹⁷³.

3.2. Caso concreto.-

Como seguidamente se expondrá la sentencia de instancia no cubre esas exigencias, no cumple con esos deberes esenciales de ofrecer una explicación racional de la decisión de condena, que abarque los distintos elementos objetivos y subjetivos, tanto del delito de prevaricación, como del delito de malversación por el que condena a JAGM.

La ya mencionada “arquitectura de la sentencia” carece de fundamentación jurídica referida a cada condenado. La resolución impugnada no incluye por tanto una fundamentación o explicación concreta a las pruebas por las que el tribunal tiene por acreditado cada uno de los delitos por los que condena a mi mandante. Pongamos un ejemplo. En la **página 1444** de la sentencia de instancia, dentro de un apartado que denomina “pruebas de cargo” en su punto 3 recoge:

¹⁷² SSTC 122/1991, de 3 de junio [RTC 1991, 122], F. 2; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995, 5], F. 3; 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997, 58], F. 2).

¹⁷³ Entre muchas SSTC 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987, 23], F. 3; 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996, 112], F. 2; 119/1998, de 4 de junio [RTC 1998, 119], F. 2; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25], F. 3).

“3.- En su declaración ante el Sr. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, el acusado manifestó:

«El IFA podía perfectamente reconocer derechos y pagar y si la Dirección General de empleo es la que reconoce el derecho tiene que haber una fiscalización previa sin perjuicio de que el IFA sea el que ordene el pago...».

Luego, tenía conocimiento de que las ayudas concedidas por la Dirección General de empleo, **tenían que estar sometidas a fiscalización** previa.”.

(énfasis añadido)

La Sala de instancia toma *una frase aislada* de una larga declaración (más de sesenta páginas) de JAGM ante el Instructor del TS ¹⁷⁴, sin incluir el dato necesario de si esa declaración sumarial fue introducida o no en el juicio oral de algún modo, si fue ratificada, modificada, explicada, mencionada. Pero volvamos a la cuestión de la falta de explicación de pruebas en relación con elementos de algún delito. De esa frase el Tribunal de instancia extrae una inferencia (“Luego, tenía conocimiento”). Una conclusión que no puede seguirse de lo afirmado ya que lo que se declaró era la diferente fiscalización del acto de reconocimiento según que lo hiciera uno u otro órgano. Pero, aun así, no explica, (esto es lo que denunciamos) qué relación tiene ese “conocimiento” con algún elemento de los delitos por los que condena. No es posible conocer si ese “conocimiento” – que las ayudas tenían que estar sometidas a la fiscalización previa -- a que refiere debe relacionarse con el elemento subjetivo del delito de malversación o con el de prevaricación, pues como decimos, la sentencia establece esa afirmación, pero **desprovista de fundamentación jurídica alguna**. No podemos saber cuál es la significación jurídica que la Sala atribuye a ese “conocimiento”. El diseño de la sentencia sitúa su única fundamentación jurídica, fuera del apartado de cada condenado. Los capítulos dedicados a *cada uno*, **carecen de fundamentación jurídica**.

Otro ejemplo de falta de explicación que produce imposibilidad de entender el razonamiento de culpabilidad lo encontramos en el apartado siguiente 4. en el que la Sala encadena una tras otra, distintas inferencias sobre mi mandante

¹⁷⁴ PSEP\ANEXO - 1 (TRANSCRIPCION DECLARACIONES) páginas del PDF 5 a 72

que culminan con una referencia cronológica (pág. 1447) al año 2002 (¿?), que no se puede corresponder con JAGM:

“Y es igualmente la única conclusión razonable a la que podemos llegar, para que la citada partida presupuestaria **se incluyera en el presupuesto de 2002** y se mantuviera hasta el 2009.”.

Más allá que JAGM no tuviera nada que ver con el presupuesto de 2002, lo que es imposible conocer, y ese es el núcleo de la presente denuncia casacional, es en qué elemento y de qué delito debería incluirse esa afirmación de la Sala.

No podemos conocer la significación jurídico-penal de esa conclusión.

Aun con tales dificultades y con riesgo de errores, para profundizar en esta queja casacional, abordaremos la indagación y búsqueda de los argumentos por los que la Sala pudiera explicar sobre su convicción de culpabilidad de JAGM en los siguientes apartados.

3.3. Ausencia de fundamento de culpabilidad del delito de prevaricación.-

La resolución de instancia condena a JAGM por ser autor *directo y conjunto* de **un** delito continuado de prevaricación sin que, como ya se ha señalado, ofrezca a lo largo de sus FFJJ ni un apartado dedicado al análisis de los fundamentos jurídicos de tal condena, ni una explicación ordenada de los mismos.

(1) Por una parte dedica un apartado que tiene por título el nombre de mi mandante (FJ TREGESIMONEVENO, **páginas 1421 y ss.**) cuyo contenido recoge los hechos de las acusaciones y la enumeración de aspectos fácticos y de prueba, pero no incluye ni ofrece alguna referencia a conceptos jurídicos referidos a los distintos elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación. El apartado IV alude a las pruebas de cargo que “constan” (**página 442**), por lo que parece que constata su existencia, más que cumplir con la exigencia de exponerlas y hacer una

valoración de las mismas¹⁷⁵. Sin embargo no dedica la sentencia de instancia ningún apartado a las pruebas de descargo. En ningún caso puede tenerse como tal el apartado V (“Por defensa de la acusada, sic., se alegó”). La Sala de instancia incurre así en una carencia que por sí misma lesiona el derecho a la presunción de inocencia. Las pruebas de cargo, todas ellas inferencias, “constan”; las pruebas de descargos son degradadas a la categoría de “alegaciones de la defensa”.

Por otra parte, la sentencia ofrece una fundamentación jurídica de los delitos de prevaricación y malversación, global, conjunta e innominada, es decir, sin individualización de dichos fundamentos jurídicos en relación cada uno de los condenados. Es decir, la fundamentación jurídica de la sentencia que incluye la referencia a cada uno de los elementos de los delitos, es genérica y común a todos los acusados (FJ CUADRAGÉSIMO QUINTO, **páginas 1652 y ss.**) --- .

Por tanto, la sentencia no explica en sus fundamentos jurídicos la valoración de la prueba respecto de los elementos del delito que le llevan a la convicción de condena de JAGM. La sentencia no ofrece una explicación ordenada, clara e individualizada del razonamiento por el que llega a la convicción de condena por entender acreditados los elementos del delito de prevaricación de mi mandante.

Se hace preciso conectar las consideraciones generales del delito de prevaricación (FJ 45) con las notas propias referidas a JAGM (FJ 39). Se expone ante el Alto Tribunal el resultado de ese análisis: El resultado es que respecto de algunos elementos el razonamiento ofrecido por la sentencia recurrida no puede tenerse por lógico o racional; en otros elementos no hemos encontrado soporte o explicación alguna.

¹⁷⁵ Recuerda este formato utilizado por la Sala de instancia aquel otro que dio motivo para estimación de una falta de motivación en **la STS 279/2003, de 12 de marzo** con cita de otras (RJ 2003, 2576) en la que podemos leer lo siguiente: *“Lo que acaba de exponerse obliga a decir que la Audiencia, en lugar de hacer frente al deber que imponen el art. 120 , 3 CE (RCL 1978, 2836) y los preceptos de legalidad ordinaria que lo desarrollan, lo ha eludido, refugiándose en una implícita valoración conjunta de la prueba, de cuyo contenido y rendimiento no brindaba -en el caso- la menor información (Sentencia 355/2004, de 22 de marzo (RJ 2004, 1558)).*

La sentencia de instancia, como hemos analizado en otros marcos casacionales, no identifica *una concreta resolución dictada* por JAGM¹⁷⁶, teniendo por tal en una fundamentación general para todos los condenados (i) su participación en los Acuerdos del Consejo de Gobierno aprobando y remitiendo al Parlamento los proyectos de presupuestos¹⁷⁷ y modificaciones presupuestarias (ii) el trámite de “elévase” de esas mismas modificaciones presupuestarias.

Lo que ahora importa, atendiendo en esta sede casacional, es estrictamente a *la racionalidad de la convicción de condena referida a esas concretas actuaciones*.

(2) Debe denunciarse como arbitrario el razonamiento que atribuye la cualidad de resolución prevaricadora a un acto *colegiado*, alcanzando la autoría a unos miembros de ese órgano y no a otros¹⁷⁸. Tal selección, para que la convicción de culpabilidad fuera racional debería incluir alguna explicación de las razones o motivos de esa elección de los miembros de un órgano colegiado sobre los que hace recaer la responsabilidad penal del acuerdo del Consejo como “resolución prevaricadora”, o lo que es lo mismo, señalar la razón de exculpación de los no incluidos. La sentencia no explica -- y por tanto decide inmotivada o arbitrariamente con lesión del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva-- por qué la participación de JAGM en los Consejos que acordaban remitir el proyecto de presupuestos al Parlamento fue delictiva, y no la de otros miembros, que también tenían a su cargo, la elaboración del anteproyecto de gastos de su Departamento.

¹⁷⁶ Todas las modificaciones presupuestarias del programa 31.1 tramitadas durante el periodo 2004-2009, fueron aprobadas siempre por el Consejo de Gobierno.

¹⁷⁷Página 1688. “Aplicando la citada jurisprudencia al presente caso, ninguna duda cabe de que la decisión del Consejo de Gobierno de aprobar el Proyecto de Presupuestos y su remisión al Parlamento, constituye una resolución a los efectos del delito de prevaricación”.

¹⁷⁸ Ver Actas de los Consejos de Gobierno entre otras ubicaciones en PPRI /ANEXO - 05 MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS

(3) No encontramos ninguna explicación en la sentencia de por qué considera el Tribunal que una “palmaria ilegalidad”(página 1467¹⁷⁹) **podría pasar desapercibida, a pesar de tener lugar y estar documentada en Acuerdos públicos.** No ofrece la Sala de instancia explicación alguna de por qué esa manifiesta ilegalidad solo era percibida por algunos de los consejeros (apartado anterior) pero era imperceptible para servicios técnicos del Gobierno, Consejo Consultivo, servicios jurídicos del Parlamento, de los grupos políticos. Es decir, por qué lo que era conscientemente ilícito para algunos consejeros, entre ellos JAGM, no lo era para para todos los demás destinatarios y perceptores de esos acuerdos atendida su no cuestionada publicidad, como acuerdos ordinarios y regulares de un Consejo de Gobierno, no sometidos ninguna clase de reserva. Resulta aún más inexplicable y, por ello se hace más necesaria una explicación en la sentencia de la afirmación de ese conocimiento exclusivo de algunos Consejeros **si tenemos en cuenta la reiteración anual de esa “palmaria ilegalidad” a lo largo de una década,** que resultaba invisible a los ojos de decenas de funcionarios y autoridades. La racionalidad de la convicción de culpabilidad, en este punto, exigiría una explicación que no hemos encontrado en la resolución y sin la cual la resolución merece el reproche casacional que aquí se articula.

(4) También hemos de expresar en este punto nuestra respetuosa queja casacional de falta de racionalidad de la argumentación de condena a JAGM al dotar de contenido resolutorio palmariamente ilegal a un trámite de *mero traslado* al órgano decisor (similar a la dación de cuentas del LAJ cuando dicta diligencia dando traslado de un recurso tras haber sido evacuadas las alegaciones al Juez) como era el “*elévese*”.

Las referencias genéricas al concepto de resolución, por muy amplio que sea el concepto, no resultan a juicio de esta parte suficientes. La Sala de Instancia debería haber explicado por qué el “*elévese*” no es un mero trámite.

Veamos de lo que estamos hablando:

¹⁷⁹ “24.- Por consiguiente, el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados.”



665/05-14
EXTRACTO DEL EXPEDIENTE PARA CONSEJO DE GOBIERNO

Número y año del expediente: 750/05
Referencia: Transferencia Agencia

MJMS/AQM/ph
Nº Propuesta:4709/05

DENOMINACIÓN
TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS EN EL CAPÍTULO IV, SERVICIO 01, PROGRAMA 31L "ADMINISTRACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES" DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, POR UN IMPORTE DE 799.895,97 EUROS.

PROPUESTA
DE APROBACIÓN DE LA MODIFICACIÓN PRESUPUESTARIA SIGUIENTE:
VICECONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
Es copia de la modificación original que obra en esta Consejería.
Fecha: 27 DIC. 2005
EL JEFE DEL SERVICIO DE COORDINACIÓN

MODIFICACIÓN PRESUPUESTARIA EXPLICACIÓN	CÓDIGO DE MODIFICACIÓN	APLICACIÓN	PROGRAMA	IMPORTE EUROS
GASTOS - AUMENTO				
- Transferencia financiación I.F.A.	31	14.00.01.440.51	31L	799.895,97
GASTOS - BAJA				
- Comisión territorial inspección de trabajo y S.S. Andalucía	32	14.00.01.480.13	31L	240.000,00
- Becas de investigación	32	14.00.01.480.01	31L	49.895,97
- Acciones que generen empleo	32	14.00.01.480.03	31L	510.000,00
				799.895,97

JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA
DIRECCIÓN GENERAL DE PRESUPUESTOS
COMPLUSADO
Sevilla, 13 DIC. 2005
Fdo: [Firma]

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno o aprueba, salvo lo que resulte de la aprobación del voto en el fondo del día 07 DIC. 2005, conforme a su propuesta.
Fecha: 13 DIC. 2005
El Viceconsejero de la Presidencia, Secretario de Área del Consejo

Elévese al Consejo de Gobierno
Sevilla, a 22 de noviembre de 2005
JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN MARTÍNEZ
Consejero de Economía y Hacienda

[Firma manuscrita]

DECISIÓN

EXPOSICIÓN:

La Consejería de Empleo solicita una transferencia de créditos en el capítulo IV, del Servicio 01 del Programa 3.1.L. " Administración de las Relaciones Laborales", por importe de 799.895,97 euros, cuya finalidad es la siguiente:

Cubrir la necesidades de financiación de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, que permita cumplir con los objetivos fijados en su Programa de Actuación Inversión y Financiación para el presente ejercicio.

Se reseña que esta modificación no tiene carácter permanente respecto de los presupuestos de ejercicios futuros y, según se certifica en la memoria y los informes recabados, no incide en la consecución de los objetivos del programa presupuestario afectado, haciendo constar que los créditos que causan baja no serán necesarios en el ejercicio con la finalidad para la que fueron autorizados inicialmente.

En la documentación del expediente consta la variación en los Presupuestos de Explotación de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, originada por este expediente. Así mismo se recogen los cambios que se producen en los objetivos del Programa de Actuación Inversión y Financiación de la citada Agencia, respecto al publicado por Orden de 8 de abril, de la Consejería de Economía y Hacienda.

Por cuanto antecede, vistas las variaciones originadas en los documentos de presupuestación y programación mencionados, a los efectos de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 2/2004, de 28 de diciembre, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48.a) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se somete a V.E. la elevación del expediente al Consejo de Gobierno para su aprobación en los términos de la "Propuesta"

DICTÁMENES Y TRÁMITES PRECEPTIVOS:

- INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL

Doy fe de la correspondencia entre el contenido de este extracto-propuesta y el de su expediente.
LA JEFA DEL SERVICIO DE PRESUPUESTOS DE ACTIVIDADES SOCIALES



Cumplidos los trámites preceptivos, someto a V.E. la propuesta que figura en el anverso.
Sevilla, a 22 de noviembre de 2005
EL DIRECTOR GENERAL DE PRESUPUESTOS



Es una mera firma de JAGM estampada después de que se haya dado fe por el servicio de Presupuestos del contenido que consta en la Exposición, de que haya sido tramitada por la Dirección General de Presupuestos, de que haya infor-

mado la empresa pública y, en su caso, la Dirección General de Planificación y la de Fondos Europeos y **luego de que la Intervención General haya informado favorablemente**. ¿Por qué, cuál es el razonamiento que ofrece la sentencia para atribuir a tal actuación la cualidad de resolución manifiestamente injusta dictada a sabiendas?

Buceando en la resolución, pudiera ser que el razonamiento por el que la Sala de instancia atribuye la condición de “resolución” a ese “elévase” fuera la referencia a la sentencia del caso conocido como “La Playa de las Teresitas”. Si así fuera, tal fundamentación o explicación carece de racionalidad pues el supuesto allí expuesto resulta tan diferente que la analogía resulta inviable. Resulta alejado de la motivación racional la equiparación de tal *firma* al conjunto de maquinaciones, acuerdos ocultos y espurios, artificios, y alteraciones documentales, presiones ilícitas sobre el arquitecto municipal, modificaciones arteras de precios y condiciones, etc. que se relatan en aquella sentencia. La Sala de instancia no explica cómo ese mero “elévase”, tras haberse cumplido correctamente todos los trámites que impone la legislación y muy en especial el informe de legalidad del Interventor General¹⁸⁰ podría equiparse a tal cúmulo de comportamientos ilícitos que se trasladan a un informe o una memoria que es decisiva en la resolución final. Un canon de racionalidad mínimo exigiría explicar cómo establecer esa imposible analogía o vincular el “elévase” a comportamientos ilícitos, ocultos, a intenciones torcidas. La ausencia de esa explicación merece la respetuosa queja casacional de este apartado.

(5) Tampoco la débil relación causal de esas conductas de JAGM de traslado que se expresa con el término “posibilitó” cubre las exigencias de racionalidad. No solo porque como se ha expuesto la resolución descarta la autoría por cooperación necesaria, sino porque es tan absurdo como atribuir a la diligencia de puesta

¹⁸⁰ Artículo 20 del RIJA: “Cuando el expediente de modificación presupuestaria no se ajuste o contravenga lo establecido en la Ley General de Hacienda o en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, el interventor correspondiente recabará del órgano proponente que se subsanen los defectos observados, o devolverá el expediente para que se amplíe su instrucción en los extremos deficientes.

en conocimiento del Letrado de la Administración de Justicia la naturaleza o sentido de la posterior resolución judicial, en tanto que *la hizo posible*.

(6) Hemos expuesto reiteradas veces que en esos “actos” (elévase)J AGM actuaba **previo informe favorable de la Intervención**. Que pueda incurrirse en una **palmaria** ilegalidad al actuar siguiendo el criterio de la Intervención, habiendo sido absuelto el Interventor, resulta difícil de entender.

¿Por qué el conocimiento por JAGM del informe favorable no conlleva su certeza de la legalidad del trámite?. La explicación ofrecida por la sentencia de instancia **para negar al previo informe favorable de la Intervención la lógica eficacia para trasladar a JAGM la certeza de la legalidad** de lo que elevaba a otro órgano para su aprobación y deshacer por inviable la calificación de “palmaria ilegalidad” a lo percibida por la Intervención, puede ser tildada, con todos los respetos de falta de la mínima racionalidad. La explicación según la sentencia es el informe de la Intervención “no era vinculante”.

Es una explicación insuficiente desde la necesaria racionalidad de un dato tan relevante por cuanto que:

- si la decisión de aprobación de la solicitud de modificación presupuestaria era del Consejo no podía ser vinculante el informe favorable, pues tras constar el visto bueno de la Intervención la plenitud de decisión quedaba en el Consejo. Pero, desde el punto de vista de la legalidad, que es de lo que se trata precisamente a la hora de valorar la actuación de JAGM y del Consejo, el informe era mucho más que vinculante. Era **determinante** pues podría **paralizar** la tramitación. Si la solicitud no era ajustada a derecho no se abría la posibilidad de decidir si se admitía o se denegaba. La afirmación de que con el Informe desfavorable de la Intervención se podía aprobar, debe ser un lapsus, un error manifiesto o una referencia a un supuesto de ilegalidad detectada por la Intervención pero no subsanada por ser discutida por el solicitante, ajena al supuesto de *manifiesta ilegalidad* que nos ocupa.

Así resulta de manera inequívoca del **art. 20 del Reglamento de la Intervención** aprobado por el Decreto 149/1988 que además aparece expresamente la

página 1619 de la sentencia recurrida, pero que inexplicablemente es ignorado completamente en toda la argumentación que ahora criticamos respetuosamente:

“Cuando el expediente de modificación presupuestaria propuesto no se ajuste o contravenga lo establecido en la Ley General de Hacienda Pública o en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, el Interventor correspondiente recabará del órgano proponente que se subsanen los defectos observados, o devolverá el expediente para que se amplíe su instrucción en los extremos deficientes.”

- pero, más allá o además de las razones derivadas de la literalidad del Reglamento, también resulta absurdo el argumento ofrecido para la convicción de culpabilidad según el cual para no cometer un delito de prevaricación JAGM y el Consejo deberían – aprovechando que no es vinculante -- haberse apartado del criterio del órgano encargado de informar sobre la legalidad del acto, cuyo responsable por haber mantenido esa posición, ha sido absuelto.

Veamos la página 1499:

“14.- Se alega que todas las Modificaciones Presupuestarias fueron elevadas al Consejo de Gobierno, para su aprobación, previo cumplimiento de todos los requisitos que marca la Ley. Y que todas fueron previamente informadas favorablemente por el Interventor.

Alegación que tampoco podemos acoger.

Que se cumplieran los trámites, incluidos los informes preceptivos, no es incompatible con las irregularidades e incumplimientos, a los que anteriormente hemos hecho mención.

Máxime, cuando **los informes de la Intervención General de la Junta Andalucía a los expedientes de modificación presupuestaria no son vinculantes**. El carácter no vinculante supone que el órgano competente puede aprobarlos, aun con informe desfavorable de la Intervención.

Además, no puede entenderse que el informe de las modificaciones presupuestarias se extiende a la verificación de la legalidad de los procedimientos de ejecución del gasto público que, en el futuro, se lleven a cabo con cargo a las partidas que se modifican

Como expusimos al tratar el tema de las modificaciones presupuestarias, según el “Informe elaboración, aprobación y modificación de los créditos presupuestarios”, elaborado por la Dirección General de Presupuestos, en el trámite de aprobación de las modificaciones presupuestarias, la Dirección General de Presupuestos, ha de comprobar, entre otros extremos:

«2. Que la aplicación presupuestaria de destino resulta adecuada de acuerdo a las clasificaciones de gasto según la estructura orgánica, económica y funcional vigentes en el momento de su aprobación.»

Por consiguiente, se trata de una actividad encomendada a la Dirección General de Presupuestos, que no puede ser sustituida por ningún informe.

Pues bien, en las modificaciones presupuestarias tramitadas entre 2000 y 2009, no se cumplió el citado apartado 2 del mencionado informe, ya que la aplicación presupuestaria de destino no resultaba adecuada. Dado que el concepto de Transferencia de Financiación no era el procedente para conceder subvenciones.”

- Del anterior párrafo surgen nuevos argumentos para la más respetuosa crítica del argumento de culpabilidad referido a la significación del previo Informe favorable del Interventor en relación la explicación de la prueba sobre el elemento del conocimiento de la manifiesta ilegalidad, en el delito de prevaricación. La primera afirmación de ese párrafo (El carácter no vinculante supone que el órgano competente puede aprobarlos, aun con informe desfavorable de la Intervención) es insostenible por lo ya expuesto: sin informe favorable ex art. 20 Reglamento de la Intervención **no sigue adelante la tramitación**, por lo que es imposible que con informe desfavorable de la Intervención puedan ser aprobadas las modificaciones, como afirma la resolución, incurriendo en un error que lastra una de las argumentaciones troncales del fallo en relación con JAGM

La segunda afirmación desvincula la fase presupuestaria de la de ejecución

Además, no puede entenderse que el informe de las modificaciones presupuestarias se extiende a la verificación de la legalidad de los procedimientos de ejecución del gasto público que, en el futuro, se lleven a cabo con cargo a las partidas que se modifican),

Esta desvinculación es muy acertada y de sentido común ¿cómo va a conocer quién informa la modificación presupuestaria cómo va a ser el procedimiento de ejecución de esos fondos?. Pero lo que contraviene la razón es que tan acertada consideración de elemental sentido común sólo sea aplicada a la Intervención. Es decir, tan razonable argumento contradice las reiteradas afirmaciones de la sentencia que vinculan un modo de presupuestación a un modo de ejecución del

gasto. La razonabilidad del argumento utilizado es simétrica a la falta de razonabilidad del argumento contrario, utilizado contra mi mandante.

Veamos: el Interventor General que fue quien ordenó revisar los expedientes del programa 31L correspondientes al año 2003 y advirtió irregularidades en la gestión, queda eximido de culpabilidad a pesar de informar favorablemente después de esta revisión las modificaciones presupuestarias de ese programa porque, dice la sentencia, no puede verificar la legalidad de los procedimientos de ejecución del gasto público que, en el futuro, se lleven a cabo con cargo a la partida modificada.

¿Por qué no aplicar tan razonable criterio a JAGM? Si lo hacemos, aun si hubiese conocido el informe de las ayudas de 2003, por idénticas razones tales resultados no debería extenderlos

“...a la verificación de la legalidad de los procedimientos de ejecución del gasto público que, en el futuro, se lleven a cabo con cargo a las partidas que se modifican”.

Así es, ni cabe extrapolar lo conocido en el momento de ejecución al momento presupuestario, ni conocer cómo va a ser ejecutado un crédito en el momento de ser presupuestado, cuando se produzca esa ejecución en el futuro.

Sin embargo, por motivos que la Sala de instancia no ofrece este razonable criterio aplicado al Interventor, no lo aplica ni al Consejero de Hacienda que eleva la modificación con el Informe favorable del Interventor General, ni al Consejo de Gobierno que la aprueba, respecto de los que igualmente cabría considerar que no le es exigible en ese momento conocer en qué términos se desarrollará en el futuro la ejecución de ese crédito

Resulta contrario a cualquier lógica o parámetro de racionalidad que lo que no puede verificar el Interventor que ordenó años antes revisar los expedientes de gasto del programa 31L, y que ha de comprobar que la modificación cumple con la legalidad del Presupuesto, haya de hacerlo el Consejero de Hacienda o el Consejo de Gobierno, al punto de incurrir en responsabilidad penal, de no hacerlo.

Lo que debe resaltarse es que en este momento la Sala de instancia admite paladinamente la diferencia entre el marco presupuestario que aprueba el

Parlamento y la ejecución del estado de gastos, que se hace por órganos diferentes --- cada uno de los autorizados por el Parlamento – y en un momento temporal diferente. Con esta constatación de la realidad la Sala de instancia deja al descubierto un error estructural (vinculación de incumplimientos en ejecución con el momento presupuestario) que recorre toda la sentencia y es hilo conductor de su argumentación de la condena.

Es por eso que la falta de racionalidad de la argumentación de condena puede constatarse con el argumento de la misma Sala aplicado al Interventor.

Por tanto, en la explicación ofrecida de la intranscendencia del Informe favorable del Interventor para la valoración de la conciencia de ilegalidad de JAGM, la Sala de instancia, para exculpar al Interventor, deja al descubierto la inconsistencia de la vinculación entre aprobación de modificaciones y forma de ejecución del gasto. Sobre tan inconsistente e inviable vinculación la Sala de instancia construye la condena de JAGM.

La queja casacional por falta de racionalidad del argumento de convicción de culpabilidad, queda así justificada.

(7) En la explicación de la sentencia recurrida de cual sea o en que consiste la “manifiesta ilegalidad” de los “actos” realizados por JAGM advertimos el vacío argumentativo consistente en que no identifica ninguna norma de las que marcan su actuación como consejero que fuera infringida. El contenido antijurídico de esos actos (como hemos visto, invisible para servicios técnicos de todo orden y para la propia Intervención), para la sentencia recurrida deriva de una equiparación de lo “inadecuado” a lo “manifiestamente ilegal” que merece denunciarse por falta de lógica y racionalidad. La equiparación resulta en sí misma inviable *semánticamente*. Pero todavía menos racional si tales adjetivos se refieren a un instrumento o institución de derecho presupuestario, las transferencias de financiación. Y todavía puede avanzarse más en la falta de consistencia lógica de la explicación pues no se trata de *un uso inadecuado* que hiciera JAGM sino que a decir de la sala de instancia conocía que *hacían otros*. La atribución de culpabilidad a JAGM por elevar propuestas o participar en un Consejo d Gobierno que aprobaba modificaciones que in-

cluían el uso inadecuado de un instrumento presupuestario realizado por otros, exigiría justificar la existencia de una obligación de JAGM de control de legalidad de esos actos ocurridos en otra consejería. La sentencia respetuosamente recurrida no justifica ese deber de control, pues tal obligación carece de soporte normativo: JAGM como Consejero de Economía y Hacienda no es superior jerárquico del resto de Consejeros. Por tanto la explicación de la manifiesta ilegalidad de los actos de JAGM “porque conoce que otros hacen un uso inadecuado de la figura de las transferencias de financiación” adolece de la consistencia y racionalidad exigibles. Tal es la explicación que respetuosamente consideramos insostenible. Se encuentran en los FJ 45 entre las **páginas 1692¹⁸¹ a 1697**, a los que nos remitimos.

La más reciente doctrina define la “ilegalidad” a los efectos del delito de prevaricación como aquella que desvela una interpretación insostenible en ninguna forma, de esa aplicación del derecho¹⁸². En ningún caso tal forma de ilegalidad es predicable respecto del régimen jurídico de las transferencias de financiación si la propia sentencia respetuosamente recurrida reconoce que esa cuestión fue “*una de las cuestiones más controvertidas durante la vista*”¹⁸³.

¹⁸¹ “En el presente caso, se incluyó en los anteproyectos de presupuestos, el uso de las transferencias de financiación con una finalidad contraria a la legalmente establecida para las mismas.”

¹⁸² Sentencia núm. 82/2017 de 13 febrero.

¹⁸³ FJ CUARTO, página 241 “Las transferencias de financiación de capital tienen como finalidad financiar la estructura de la empresa, su activo, en definitiva, todo lo que abarque más de un ejercicio presupuestario. **Precisamente una de las cuestiones más controvertidas durante la vista oral ha sido el concepto y finalidad de las transferencias de financiación.** Y si bien las tesis de la defensa abogan por considerar que la transferencia de financiación tiene no sólo como fin único el antes dicho, sino cualesquiera otro que legislador le quiera dar, lo cierto es que tanto la normativa vigente hasta el año 2000, como toda la normativa posterior, ciñe la finalidad de la transferencia de financiación a cubrir los gastos corrientes derivados de la actividad del ente público, en este caso del Instituto de Fomento de Andalucía. Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante...”

(8) Además de todos los argumentos que permiten denunciar por arbitraria esta convicción de culpabilidad sobre la manifiesta ilegalidad de los actos de JAGM, aparece una más.

La Sala de instancia **ha prescindido, por razones inexplicadas, de las constantes y reiteradas afirmaciones del Interventor a quien absuelve, cuando aquellas resultan exculpatorias.** Las declaraciones Manuel Gómez Martínez el 7 de marzo de 2018 deberían ser tomadas en consideración en una valoración racional de la prueba, si se trata de valorar el significado del “uso inadecuado” de la transferencias de financiación, por la razón elemental de que **es el Interventor el creador de esa expresión.** La Sala de instancia ha prescindido de la valoración de sus afirmaciones y llega a conclusiones probatorias diametralmente opuestas a las mismas. La grabación del juicio oral, que puede ser consultada por la Sala II a la que tenemos el honor de dirigirnos, ex 899 LECRIM, permitirá al Alto Tribunal apreciar que a preguntas del Ministerio Fiscal el Interventor califica de “disparate” la afirmación como “fraude” a los problemas de contabilización en IFA de las transferencias de financiación¹⁸⁴. Asimismo, de manera tajante, afirma en su declaración, prestada en las sesiones de 7 y 8 de marzo, que la Cámara de Cuentas nunca dijo “nada”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Preguntas del MF en negrilla: “*Entrando en la causa, las TF al Ifa, ¿Cómo ingreso era un gasto para idea? No lo era y lo contabilizaba como tal ¿y porque lo ponen como gasto? Porque no se rigen por los mismos principios la contabilidad que el presupuesto. Se puede entender, hay un pronunciamiento de la Camara de Cuentas, aportado con uno de mis escritos donde dicen que son lógicas distintas y es posible que ocurra. La empresa tiene que presupuestar la TF como un ingreso sino no hay equilibrio en las cuentas de la junta en su conjunto, luego los principios de la contabilidad de la empresa son distintos, y en este caso, como no era un gasto de la empresa el ifa, lo dice la igae, contabilizaba correctamente fuera de pyg, (clarísimo que se deduce de la cuenta general dice), y la cámara de cuentas respalda que pueda producirse esa falta de coincidencia, hay un presupuesto y por tanto tiene que estar equilibrado, llamar a eso fraude como dice la igae es un disparate, eso no se hace de tapadillo, todo es transparente, se hace público todo.*”

¹⁸⁵ Preguntas del MF en negrilla: “*Sobre la utilización inadecuada de las TF ¿Qué dijo la cámara de cuentas? Nada, nunca, en ese periodo, es más, la cámara de cuentas durante esos 10 años no ha sentido la necesidad no ya de auditar el ifa, sino el 31L cuyo objeto fundamental es subvenciones, y me sorprendería ver un pronunciamiento, eso lo han dicho aquí los auditores de manera oportunista, para tapar eso*”

También debe resaltarse, que la Sala de instancia haga suya la afirmación de los peritos de la IGAE cuando afirmaban que las transferencias de financiación estaban exhaustivamente reguladas, (las páginas **1692 y 1693** ¹⁸⁶) prescindiendo de las descalificaciones sobre esa afirmación vertidas por el Interventor . A preguntas de su defensa el Interventor afirma que *“Ni yo ni ellos mismos han dicho eso”*¹⁸⁷

La sentencia no considera ni toma en consideración --- ni explica por qué no atiende -- la propia declaración en el juicio del Interventor General que no solo consideró siempre inadecuado el uso de las TF, sino que puso de manifiesto su criterio de que se trataba de una figura que no se reguló hasta 2014: *“Hasta 2014, afirmó, no hay un régimen jurídico que merezca tal nombre... Es un régimen jurídico lábil... realmente el cambio definitivo se produce con ocasión de la ley de presupuestos de 2013 para 2014”*.

Lo mismo ocurre con la contabilización de las Transferencias de financiación por parte de IFA-IDEA que, insistimos, nunca fue reprochada ni por la Intervención de la Junta ni por la Cámara de Cuentas. Así el Interventor General, en su declaración en el juicio (declaración también omitida en la sentencia) contesta así a su defensa:

- “¿Está de acuerdo en que el presupuesto del IFA de 2002 a 2010 estaba falseado?

- “No, porque al presupuestar como ingreso las TF que le vienen de la Junta , fijan una partida para equilibrar porque cumplen el principio de equilibrio”.

¹⁸⁶ “Como indicamos al abordar el tema de la naturaleza y destino de las transferencias de financiación, la única finalidad legal de la partida presupuestaria, Transferencia de Financiación, es la cobertura de las pérdidas de una entidad pública. La naturaleza, el destino, la clasificación presupuestaria y otros extremos de las transferencias de financiación, han sido regulados en el período 1992 - 2014 (23 años) de forma coherente por un conjunto de 45 normas”

¹⁸⁷ En negrilla las preguntas de su defensa: *“Los peritos de la IGAE afirmaron que 36 disposiciones afirmaban que el único destino de las TF era cubrir pérdidas ¿están de acuerdo? No, ni yo ni ellos mismos, dicen eso y lo contrario, en uno de sus informes dice que la ley de presupuestos del 99 no regula la finalidad de las TF, este informe es el que emiten a petición del instructor del supremo, dicen que las leyes de presupuestos no regulan la finalidad de las transferencia”*

- “¿Está de acuerdo con que la Ley del Presupuesto sea ilegal destinar TF a esta finalidad?”

- “No existe norma incumplida; los peritos de la IGAE dicen que hay 45 normas que dicen que la única finalidad es cubrir pérdidas y solo hay una norma en la que aparece ese sintagma y no dice eso”

Por tanto, el razonamiento de culpabilidad referido al elemento de la manifiesta ilegalidad de los actos de JAGM resulta ajeno a la lógica y la racionalidad pues, no solo ofrece ese salto en el vacío semántico y lógico de equiparar uso *inadecuado* a uso *ilegal*, sino que prescinde, sin ofrecer explicación alguna, de las manifestaciones del Interventor que, por ser autor de la expresión “uso inadecuado” de las transferencias de financiación, es fuente autorizada e imprescindible, prueba esencial a esos efectos.

(9) Breve referencia a la valoración de las periciales por la sentencia de instancia, en relación a la valoración o motivación de la valoración de la prueba respecto de la ilegalidad manifiesta, patente y arbitraria en el delito de prevaricación.

La sentencia de instancia asume como propias la mayor parte de las **consideraciones jurídicas** de los peritos de la IGAE que carecen de una especial autoridad en materias jurídicas¹⁸⁸, al tiempo que desoye sus consideraciones sobre **cuestiones de auditoría y control de fondos públicos** (absuelve al Interventor a quien ellos incriminan por no haber elevado informe de actuación, no haber informado al interventor de Empleo, no haber avocado la fiscalización etc.), sobre lo que sí son expertos por su experiencia profesional en el campo de la auditoría y control de fondos públicos.

De otra parte, en tan llamativa como incomprensible contraposición, la Sala de instancia desatiende prácticamente en su totalidad (los que refiere, pues la mayoría ni los aborda), los argumentos expuestos por otros peritos comparecientes

¹⁸⁸ Los peritos de la IGAE: Solo uno de ellos es Licenciado en Derecho: **Don Eduardo Villaseca**. Otro es Economista: **Don Ángel Turrión**. La tercera Licenciada en *Química*: **Doña Rosa María Hernández**.

con una acreditada especialización y autoridad científica, tanto por su grado académico como por sus publicaciones¹⁸⁹.

La sentencia de instancia se refiere a las periciales jurídicas y en todo caso incluye en sus FFJJ una gran cantidad de consideraciones jurídicas extrapenales que, en algunos casos, tiene relación y debieran integrar el elemento de *la ilicitud o arbitrariedad* de aquellos “actos” de JAGM y de algunos miembros de los diferentes Consejos de Gobierno.

Las “irregularidades” detectadas por la Intervención en la actuación de la Consejería de Empleo (sobre procedimiento de gestión en el Informe Adicional 2003 y sobre uso inadecuado de transferencias de financiación en las memorias de control financiero permanente), son amplificadas por los peritos de la IGAE a partir de distintas consideraciones *jurídicas* en las que entran en contradicción con otros peritos que depusieron ante el tribunal, con una significativa cualificación y autoridad científica **objetivamente muy superior** a ellos en las materias que fueron objeto de confrontación (naturaleza de las ayudas, ámbitos de aplicación de las órdenes de 1994 y 1995, perfiles y finalidades del instrumento de las transferencias de financiación, competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, etc.).

En este marco casacional en que nos debemos de ceñir la crítica a *la racionalidad* de la valoración (o la exposición de valoración) de la prueba que da fundamento a la condena, denunciaremos por falta de racionalidad la valoración de la

¹⁸⁹ **Don Juan Zornoza** es catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Carlos III y es autor del informe pericial junto con **Don Miguel Ángel Martínez Lago**, doctor en Derecho por la Complutense, especialista en Derecho Presupuestario, con más de cien artículos publicados sobre la materia. **Don Juan Ramallo** fundó la Facultad de Derecho de su Mallorca presidió la Comisión de Economía y Hacienda y fue ponente de los Presupuestos Generales del Estado entre 1983 y 1989 y miembro del Tribunal de Cuentas Europeo de Luxemburgo entre 2009 y 2012. **Don Juan Antonio Carrillo** fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Loyola de Andalucía y es especialista en Derecho Administrativo y **Juan de Dios Jiménez**, doctor en Ciencias Económicas por la Universidad de Málaga, profesor en la de Granada y catedrático de Economía Aplicada «con el perfil de Hacienda Pública» y Don José Ignacio López catedrático de Derecho Administrativo.

prueba realizada por el Tribunal de instancia. **Pero no porque haya elegido en la valoración de la prueba pericial el criterio o la opinión de los peritos de la IGAE** en cuestiones jurídicas de las que carecían de especialización, frente a las posiciones que mantuvieron quienes acreditaron su autoridad científica con sus títulos oficiales y su extensa producción bibliográfica. Para ser respetuosos con los límites del presente motivo casacional, **tal opción del Tribunal de instancia** en ejercicio de su facultad de valoración de la prueba, por llamativa o indicativa de un sesgo acusatorio que pudiera parecer, no es objeto de crítica o mejor, **no puede ser objeto de crítica en este marco casacional** en tanto no desborde la facultad de tribunal de instancia de libre valoración de la prueba.

Lo que sí ofrece un primer motivo para la denuncia es **la ausencia de explicación de tal opción**. No discutimos que la Sala pueda despreciar la opinión de un Catedrático y preferir la del Licenciado, lo que criticamos es que no lo explique, es decir, que no responda a la pregunta de ¿por qué desatiende el criterio del catedrático? Las carencias de explicaciones en los distintos elementos de los delitos por los que condena ya se han referido y a ellas nos remitimos.

Pero sobre todo, merece impugnación casacional en este motivo, por lesionar el derecho a una valoración y explicación racional de la prueba de cargo como parte del derecho a la presunción de inocencia **que la Sala de instancia considere todas esas cuestiones extrapenales vinculadas a la ilicitud manifiesta o arbitrariedad** que dieron lugar a largos y tediosos debates que se prolongaron durante diferentes jornadas en el juicio oral fuera del ámbito de lo opinable. **Es decir, que ni siquiera tenga las diversas y múltiples cuestiones objeto de controversia pericial como opinables, discutibles, susceptibles de distintas interpretaciones** y por tanto, **inidóneas para integrar con ellas el concepto de ilegalidad manifiesta, evidente, palmaria y grosera, propia del delito de prevaricación**.

En aras a una austeridad argumental, fijémonos como paradigma de esta queja por falta de racionalidad, en la cuestión de “las transferencias de financiación”, tanto por su posición central en el la exposición de la convicción de culpabi-

lidad referida a JAGM, como porque la propia sentencia reconoce en la página 241 que:

“Las transferencias de financiación de capital tienen como finalidad financiar la estructura de la empresa, su activo, en definitiva, todo lo que abarque más de un ejercicio presupuestario.

Precisamente una de las cuestiones más controvertidas durante la vista oral ha sido el concepto y finalidad de las transferencias de financiación. Y si bien las tesis de la defensa abogan por considerar que la transferencia...”

(Énfasis añadido)

Esta impugnación casacional no se basa en que el Tribunal prefiera el criterio de la IGAE sobre el concepto, la finalidad o régimen jurídico¹⁹⁰ de esta figura de derecho presupuestario — restrictiva en cuanto a las finalidades para las que pueden usarse — frente a la de los otros peritos. Como ya se ha expuesto, tal elección no lesiona el derecho a la presunción de inocencia por cuanto que, por llamativo que *prima facie* pareciere, nada obsta a que en una determinada cuestión el Tribunal de instancia en ejercicio de su jurisdicción y su exclusiva competencia de valoración de la prueba en la zona irrevisable en casación, entienda que *acierta* el licenciado y *yerra* el catedrático.

Lo que centra esta denuncia y tiene acogida en este motivo porque sí puede revisarse en casación al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva es que la Sala de instancia, en su argumentación de culpabilidad, sitúe esas cuestiones **fue-
ra del marco de lo opinable**. Es decir, que la Sala de instancia considere la posición doctrinal del licenciado de la IGAE como *indiscutible* y la opinión del catedrático perito de parte, *como insostenible*, para fundar sobre la primera el elemento de una ilegalidad *palmaria, evidente y grosera*.

¹⁹⁰ No existe una regulación completa donde se indique una definición de las Transferencias de Financiación hasta la introducción del art 58.bis en el Texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (TRLGHPJA), por la Disposición Final segunda apartado ocho de la **Ley 7 /2013, de 23 de diciembre**, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014 (BOJA 254 de 31-12-2013; BOE 18 de 21-1-2014).

Lo que se impugna en esta sede es que la Sala de instancia niegue la evidencia, desde un criterio objetivo y de elemental racionalidad, **de la naturaleza discutible, interpretable u opinable de la figura de las transferencias de financiación**, para trasmutar su *uso inadecuado* (posición de la Intervención) en una *ilicitud manifiesta* (posición de peritos de la IGAE). Tras reconocer que las transferencias de financiación fue una cuestión “controvertida”¹⁹¹ resulta inviable relacionar esta figura y su uso inadecuado a la idea de una ilegalidad manifiesta y palmaria.

Igual argumentación podría referirse a otras cuestiones ajenas a JAGM como la competencia del Director General para resolver solicitudes de ayudas sociolaborales¹⁹², la vinculación de transferencias de financiación e inviabilidad del control previo, los límites y supuestos del Informe de Actuación, los destinatarios de las ayudas, etc.

En conclusión, en relación con las cuestión del régimen jurídico de las transferencias de financiación --- y de forma similar cabría decir sobre el resto de las cuestiones extrapenales que fueron objeto de prueba – la argumentación de la Sala de instancia en tanto que **niega a las mismas su carácter discutible, opinable o in-**

¹⁹¹ No pueden obviarse los informes que constan en la causa emitidos por expertos de las instituciones andaluzas. Como el informe aportado por D. Juan Luque en su declaración ante la Guardia Civil, elaborado según su declaración por 3 interventores además de el mismo (PPRI\ TOMO135\ PDF 50410-50508, pág. 50-77); El gabinete jurídico de la Junta, en su escrito de conclusiones provisionales PESP / Tomo 36 / Archivo PDF: 12.669-12.894 / Página PDF: 37 y ss); La Jefa del gabinete Jurídico de la Cámara de Cuentas PPRI / Anexo 12 / TOMO -II- Informe de Fiscalización / Archivo PDF: 391-492 / Página PDF: 27 y ss). Además las tres periciales presentadas, al margen de la realizada por los peritos de auxilio judicial. La de los profesores Zornoza y Lago (PESP\ ANEXO 3 \ANEXO 3. TOMO 1 \ PDF ANEXO 3. TOMO 1, págs. 4 y ss.); los profesores Carrillo y Jimenez (Pieza Documental Numerada / 18 Dictamen PERICIAL PROGRAMA 3.1.L_N); la del Profesor Ramallo (PESP\ TOMO 8\PDF Tomo 8, págs.. 222 y ss.)

¹⁹² La sentencia de instancia unas veces utiliza la Orden de 7 de abril del 1987 y otras olvida su **Artículo 8º. Corresponderá al Director General de Cooperativas y Empleo la resolución de las peticiones relativas a las ayudas a que se refiere el presente capítulo.**

terpretable, puede y debe ser considerada arbitraria y falta de racionalidad. En esa medida lesiona el derecho a la presunción de inocencia de JAGM.

(10) Excurso: Especial referencia la argumentación referida a la “falta de publicidad de las ayudas”.

También en el marco del contenido antijurídico de la actuación de autoridades y funcionarios condenados por su participación en el denominado "sistema" de concesión de ayudas sociolaborales – y entre ellos JAGM – se encuentra lo que la sentencia de instancia denomina “falta de publicidad”. Tanto en relación con el elemento de la “arbitrariedad o ilícito palmaria” en el delito de prevaricación, como medio de amplificar la condición de “efectos sustraídos” a todos los fondos del programa 31.L, en el delito de malversación.

La sentencia recurrida realiza un recuento de expedientes regulación de Empleo acudiendo a las cifras de la Subdirección General de Estadística, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

(página 291)

- En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7.582 trabajadores,
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4.787 trabajadores,
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4.957 trabajadores,
- En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4.833 trabajadores
- En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5.476 trabajadores,
- En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2.968 trabajadores,
- En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3.247 trabajadores,
- En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7.000 trabajadores,
- En el año 2009, fueron 1.379, afectando a un total de 30.821 trabajadores,
- En el año 2010, fueron 1.490, afectando a un total de 21.450 trabajadores, y
- En el año 2011, fueron 2.088, afectando a un total de 27.708 trabajadores.

Lo que contrasta con los expedientes de ayudas tramitados por la Dirección General de Trabajo.”

Para exponer el efecto perverso de la “falta de publicidad”, la Sala de Instancia pone en comparación magnitudes incomparables. Los trabajadores afectados de un ERE, con los que recibieron ayudas. Es una comparación falaz, porque

no discrimina en cuántos de esos trabajadores *concurrían las condiciones propias de las ayudas*, haciéndolas necesarias: si fueron despedidos o suspendidos sus contratos, si contaban, o no, con suficientes años de cotización, si tenían la edad establecida, es decir ser mayores de cincuenta años. Para más falta de rigor incluye los años 2010 y 2011.

Así la conclusión final (“Lo que contrasta con los expedientes de ayudas tramitados por la Dirección General de Trabajo”) carece del mínimo rigor, o al menos necesita de matices que disminuirían sustancialmente las cifras y acortarían o incluso *anularían* esas distancias numéricas que se destacan, a efectos de resaltar los efectos de esa falta de publicidad.

Para que la sentencia pueda mantener en su discurso condenatorio la exigencia legal de “sometimiento al principio de publicidad y concurrencia” de las ayudas sociolaborales tiene que incurrir en la llamativa arbitrariedad de desconocer -- a pesar de haberlo tenido en cuenta en otras cuestiones --- el contenido de los Informes remitidos por el Ministerio de Trabajo del Estado, es decir, del Gobierno Central. La Sala de instancia tiene que omitir, obviar que de manera inequívoca, en los mismos se expresa con toda claridad que tales ayudas, por su propia naturaleza, no estaban sujetas a publicidad y no podía ser de otra forma, habida cuenta que el RD 908/2013 que vino a adaptar la Orden Ministerial de 5 de abril de 1955 a la Ley de Subvenciones, reiteró que estas ayudas previas a la jubilación tienen naturaleza extraordinaria, están exentas del principio de publicidad y concurrencia porque se otorgan en régimen de concesión directa.

Ya el HP VIGESIMOSEGUNDO pág. 93 encontramos esta referencia a la publicidad ¹⁹³, y la misma idea es reiterada a lo largo de toda la resolución impugnada.

¹⁹³ 1. Al no haberse publicado unas bases reguladoras de estas ayudas, **que garantizase su publicidad** y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, y no registrarse, como era obligado, en la Base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial

La Sala de instancia ha tenido a la vista la **Pieza Documental numerada n. 20** **Testimonio Informe del Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre ayudas extraordinarias 2001-2011_N**, página 6 del PDF la confirmación que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno del Estado ha concedido ayudas extraordinarias durante el periodo 2001-2011 **sin ningún concurso público, por el régimen de concesión directa.**

La omisión de este dato y su evidente relevancia exculpatoria lesiona el derecho a una explicación racional de la convicción de culpabilidad

SSER-3737-3a56-2619-41c1-92a8-68a6-4682-0681 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : <https://sede.mh.mh.es/registro/nuestropublicas.gob.es>

PT-992c-a1a8-Da4-8386-4708-0317-4d50-694 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : <https://sede.mh.mh.es/registro/nuestropublicas.gob.es>



MINISTERIO DE
EMPLEO Y
SEGURIDAD SOCIAL

SECRETARÍA DE ESTADO DE
EMPLEO
DIRECCIÓN GENERAL DE
EMPLEO

INFORME SOBRE LAS AYUDAS EXTRAORDINARIAS CONCEDIDAS EN EL PERIODO 2001-2011

En relación con la providencia de diligencias previas número 2453/2016, de 26 de julio, por la que solicita a esta Dirección General la relación de las ayudas extraordinarias para prejubilaciones concedidas en el período 2001-2011, con indicación de en cuáles se realizó concurso público y aportación de la documentación correspondiente; así como que se informe si se realizó algún tipo de comprobación respecto a si era o no adecuado el coste de la póliza de seguros, esta Dirección General informa lo siguiente.

Primero, la concesión de ayudas extraordinarias durante el periodo 2001-2011 se realizó en los supuestos y condiciones que se establecen en la Orden Ministerial de 5 de abril de 1995. De acuerdo con lo anterior, el artículo tercero de dicha norma establece que las ayudas podían ser solicitadas conjuntamente por la empresa y los representantes de los trabajadores, o directamente por éstos últimos, acompañando una memoria explicativa en la que constasen los motivos por los que se solicitaba, la cobertura solicitada y el coste económico individualizado. A la vista de los motivos alegados y de la documentación acreditativa aportada, la Dirección General de Trabajo resolvía directamente sobre la concesión de las ayudas, condicionada a la disponibilidad presupuestaria existente.

No contemplaba, en cambio, la Orden Ministerial de 5 de abril de 1995 la realización de concurso público alguno para la concesión de dichas ayudas. Razón por la cual la entonces Dirección General de Trabajo tramitó todas estas solicitudes por el régimen de **concesión directa**. Tal y como por otra parte sucede en la actualidad, tras la aprobación del Real Decreto 903/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

Dicho lo anterior, se adjunta la relación de las ayudas extraordinarias concedidas para prejubilaciones durante el periodo 2001-2011, indicando además en la misma la entidad aseguradora, el tomador de la póliza, el organismo que efectuó el ingreso y el importe de la ayuda. No se aporta ninguna documentación relativa a concursos públicos de adjudicación de ayudas si no hubiese celebrado ninguno en el periodo citado.

Segundo, se informa que, según se desprende de los expedientes, no se realizó por ningún "Organismo estatal o por la Subdelegación del Gobierno" comprobación alguna respecto del coste de la póliza de seguros. Conviene señalar, sin embargo, que esos organismos carecen de una atribución normativa específica que les habilite para determinar si la ayuda se ingresaba o no en una póliza de seguro, quién fuese en su caso el tomador (que en ningún caso lo fue la Administración General de Estado) o si el coste de la póliza era o no adecuado.

Madrid, 18 de septiembre de 2017
EL DIRECTOR GENERAL

Javier Thibault Arends

Igualmente tiene la Sala de prescindir de la declaración de Doña Soledad Córdova que fue introducida como prueba en el juicio mediante la aportación de la grabación de su declaración judicial, que contiene una completa y minuciosa explicación de **la ausencia de publicidad en ese tipo de ayudas**.¹⁹⁴

(11) En la sentencia recurrida la explicación, razonamiento de convicción o fundamento probatorio de por qué la Sala de instancia entiende acreditado que la voluntad de JAGM cuando participaba en el acuerdo del Consejo de remisión del Proyecto de Presupuestos era actuar en contra de la ley y del Derecho, se lleva a cabo a través de **una cadena de suposiciones** que no respetan las exigencias jurisprudenciales de la prueba indiciaria, ni eliminan hipótesis favorables como el error, el descuido o la actuación apremiada por una situación social crítica (explicación que la sentencia recoge en sus HHPP).

Las explicaciones jurídicas contenidas en el FJ 45 establecen una afirmación general para todos los condenados, en la **página 1694**:

“Haciendo efectiva, de esta forma, la voluntad particular de las autoridades que participaron, **con conocimiento de actuar en contra del Derecho**. Con plena conciencia de que resolvían al margen del ordenamiento jurídico, y de que ocasionaban un resultado materialmente injusto, actuando de tal modo, porque se quería ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea, concurriendo los elementos propios del dolo exigido en el artículo 404 del Código Penal”

(Negrilla añadida)

La actuación contraria a derecho se limita a un uso inadecuado de las transferencias de financiación en el programa 31.L. Y acabamos de ver qué entendía por tal expresión el propio Interventor, al que la Sala de instancia ha absuelto, contradiciendo así al Ministerio Fiscal y a los propios peritos de la IGAE¹⁹⁵, por razones

¹⁹⁴ Pieza Documental Numerada- 60 ACTA DE DECLARACIÓN DP 2453-16 SOLEDAD CORDOBA Min. 18.00 del video siguientes.

¹⁹⁵ Páginas 78-80 del Informe ejecutivo de los peritos de la IGAE

convincientes que deberían extenderse a JAGM dado que éste solo ha de actuar mediante una propuesta concreta de la Intervención que nunca se produjo.

Si dejamos el FJ 45 que recoge esas únicas explicaciones jurídicas respecto del delito de prevaricación y buscamos una explicación racional de la convicción de culpabilidad de la condena de JAGM tampoco las encontramos. Cuando en la **página 1467** la Sala de instancia afirma que JAGM “*era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó relatados en los hechos probados*”, en relación con el proyecto de presupuestos, hemos de entender que se refiere a su participación en el Consejo de Gobierno presentando – en este caso no existe ese “*elévase*” – ante el Consejo ese anteproyecto que se convierte en proyecto que se remite al Parlamento para su examen, enmienda y aprobación.

¿Por qué tiene el tribunal de instancia como probado que JAGM era “plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de ese acto”?

Aunque la Sala de instancia no vincula tan tajante afirmación a ningún argumento, explorando la sentencia encontramos en las páginas 1453 a 1468 una cadena de suposiciones¹⁹⁶ que, además de no apoyarse a alguna prueba de cargo, aparecen desmentidas por distintas pruebas de descargo, cerrándose la argumentación en la ecuación “uso indebido = palmaria ilegalidad”, que ya hemos expuesto por qué entendemos que se aleja de una valoración ajustada a la lógica y la razón.

- PRIMERA SUPOSICION: La argumentación condenatoria parte de *suponer* que JAGM que desempeñaba ningún cargo en el momento de la constitución del “sistema” que denomina “fraudulento”, *debió ser informado* del mismo y que tras ello *lo debió asumir como propio* al entrar a formar parte del gobierno de la Junta de Andalucía. Solo desde esa pura presunción, ajena de indicio o prueba alguna que sea identificada por la sentencia en su apoyo, cabe atribuir a su comportamiento el significado de ser “continuador” del “mecanismo” o “sistema”.

¹⁹⁶ Hasta en ocho ocasiones, la sentencia se apoya en estas inferencias: páginas 446, 1453 (dos veces), 1454, 1466, 1472, 1481, 1482, sostenidas siempre en expresiones retóricas del tipo “...resulta impensable...” (pág.1453), o “resulta inconcebible”, o “resulta inimaginable” (pág. 1465) etc.

- SEGUNDA SUPOSICION: La sentencia afirma que como el Informe Adicional (que recordemos que se refería a irregularidades de la gestión de ayudas del 2003) fue comunicado a la Viceconsejera “**resulta contrario a la lógica y al desempeño mínimamente diligente de la alta función pública que la Viceconsejera no informara de ello al Consejero**” (página 1454).

Es decir, *supone*, *deduce* que le fue comunicado ese Informe de 2003, no por tener algún dato concreto que lo apunte, sino porque sería “contrario a la lógica”, desde un “desempeño mínimamente diligente”

¿Qué decía aquel informe para que la lógica exija su inmediata comunicación?

El contenido del informe entregado en julio de 2005 se refiere a ayudas de 2003, momento anterior a su nombramiento. No resulta acorde con la lógica atribuir esa relevancia o urgencia para su comunicación. Y mucho menos en contra las manifestaciones y fundadas explicaciones ofrecidas por la propia implicada (acta del juicio). Eran ayudas pasadas y no promovía ni posibilitaba ninguna intervención o iniciativa por parte de la Consejería de Hacienda.

Es por tanto, una suposición que no se ajusta a un criterio de mínima racionalidad ni a las reglas de la prueba indiciaria. ¿Para qué, por qué, con qué objeto debía trasladar para actuar con una mínima diligencia un informe recibido en 2005, sobre ayudas del 2003 de un organismo desaparecido que además no permitía actuación alguna, al no ser emitido por el apartado cinco del Decreto 9/1999 que habría promovido una actuación reglada del Consejero de Hacienda?

- TERCERA SUPOSICION: Como de acuerdo a la anterior suposición debía conocer las irregularidades en la gestión de ayudas en 2003, también debía conocer que seguirían produciéndose con posterioridad.

Estamos ante una suposición o conjetura basada en una extrapolación a futuro insostenible. Si JAGM conoció en 2005 que en 2003 se gestionaron irregularmente unas ayudas (una analizada de veinticuatro solicitadas de ciento cuarenta y cuatro otorgadas) debía haber extrapolado esas conclusiones a las anualidades pos-

teriores. ¿Por qué, si no se volvieron a revisar expedientes concretos de ayudas sociolaborales por la intervención?

Todo apuntaba a lo contrario.

No hubo un informe similar en 2004. Si lo hicieron en 2003 y no lo hicieron en 2004, la conclusión que cabe deducir es que el problema se resolvió.

La Intervención informó favorablemente las modificaciones que incrementaban fondos para ese programa, lo que deba a indicar que aquellas irregularidades se habían solventado.

Si es un hecho indiscutido que la Intervención no volvió a hacer la revisión de expedientes que dio lugar al Informe Adicional pero sí informó favorablemente las modificaciones referidas a ese programa; si, como hemos visto, nada dijo la Cámara de Cuentas, qué lógica o racionalidad tiene tal inferencia. A pesar de todo, la Sala discurre en contra de la lógica de los hechos. De nuevo respetuosamente hemos de denunciar que incurre la Sala de instancia en una argumentación arbitraria y absurda en tanto que la extrapolación de lo ocurrido en 2003 a lo que *debía pronosticarse que también ocurriría en los años posteriores*, resulta absurda en sí misma.

La otra fuente de conocimiento en la que la sentencia de instancia parece apoyar su tajante afirmación de la **página 1467** (“...era plenamente consciente de la *palmaria ilegalidad...*”) es el conocimiento de **los informes de control financiero permanente** y sobre los mismos la Sala de Instancia ofrece una nueva explicación sobre suposiciones encadenadas carentes de una mínima lógica y racionalidad. El razonamiento absurdo que respetuosamente se denuncia es que *como conocía los informes de control financiero permanente debía conocer que los acuerdos del Consejo de remisión del presupuesto eran “palmariaamente ilegales”*. No es preciso extenderse en explicaciones para advertir la completa desconexión e incoherencia del argumento, que por ello lesiona el derecho a la presunción de inocencia.

Tal inferencia fue tenida por el Interventor absuelto como “disparate” como hemos explicado antes.

Como ya se ha denunciado en la valoración de la racionalidad de la explicación de la prueba de otro elemento, la Sala de instancia prescinde de pruebas de descargo (ver Motivo II): los documentos a disposición de la Sala acreditan que JAGM atendió y elevó a los Acuerdos del Consejo todas y cada una de las indicaciones de la Intervención. Y mucho más, elevó la Memorias de las mismas que conforme a la tramitación legal no tenía obligación de elevarlas. Se trata, sin duda, de un dato éste de excepcional relevancia, en la medida en que la norma prevé que la actuación del Consejero de Hacienda ante una discrepancia promovida por la IGJA (bien sea mediante un reparo en la fiscalización crítica o un informe de actuación en el control financiero permanente (que, dicho sea, nunca se produjeron respecto del programa 31L e IFA/IDEA) consiste en elevar la discrepancia a la decisión del Consejo de Gobierno, dado que no existe autoridad jerárquica de Hacienda respecto de los demás Departamentos.

Pues bien, el hecho de elevar al Consejo de Gobierno las Memorias (sin precepto legal que lo exija y hacerlo siempre en índice rojo) para acompañar al Acuerdo anual de CFP donde se incluían todas las propuestas que hacía el IGJA, demuestra claramente la voluntad de JAGM de llevar al conocimiento y decisión del gobierno aquellas cuestiones, debilidades o incluso irregularidades que manifestaba la Intervención. Algo que igualmente habría hecho si en los informes anuales de CFP (tres por cada empresa, en total unos sesenta, con más de 2000 páginas) se hubiera promovido un informe de actuación.

La valoración que ahora es objeto de crítica prescinde de documentos (Motivo II) y llega a conclusiones que además de no apoyarse en ninguna prueba, vienen contradichas por otras.

Una nueva fuente de conocimiento basada en *meras suposiciones* e inferencias infundadas la encontramos en las páginas 1472 y 1473:

“La Viceconsejera perteneció al Consejo Rector de IDEA, por lo que tuvo conocimiento de las cuentas anuales de la agencia y los informes de auditoría, en los términos expuestos. Interviniendo en las sesiones del mismo, en las cuales se aprobaban dichas cuentas, así como se informaban o se ratificaban los convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo.

Por consiguiente, tuvo conocimiento de la existencia del Convenio Marco de julio de 2001, en virtud del cual, se suscribieron los convenios particulares, y que las transferencias de financiación al IFA-IDEA, era para el pago por ésta de las subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo.

Y como hemos dicho, resulta contrario a las reglas de la lógica y del normal funcionamiento de la alta función pública, que el

De nuevo debe denunciarse de una parte *la mera suposición* que en este caso es que como la Viceconsejera perteneció al Consejo Rector¹⁹⁷ “por consiguiente” tuvo conocimiento del Convenio marco de 2001. Salta a la vista la desconexión de los términos de al inferencia. Pero además, de otra parte, lo que hace saltar por los aires cualquier criterio de lógica y racionalidad es que, como conocía de la existencia del Convenio Marco y lo demás, eso significa que conocía la “*palmaria ilegalidad*” del acuerdo del Consejo que remite al Parlamento los presupuestos.

Igualmente resultan inferencias desconectadas e ilógicas las referencias al conocimiento de las memorias de Control Financiero Permanente (página 1465) que en ningún caso pueden servir para tener por acreditado que JAGM al presentar el proyecto de ley o acordar en el Consejo de Gobierno su remisión al Parlamento “era conocedor de la palmaria ilegalidad “de ese acto, por lo expuesto anteriormente (fue JAGM el que decidió elevar las Memorias al Consejo)

Cuando la defensa expone y refiere la acreditación documental de la actuación de JAGM elevando al Consejo todas las propuestas de la Intervención en la memoria de Control Financiero Permanente (anexando la propia Memoria, para ofrecer una mayor justificación de las propuestas), lo que desmiente ese “actuar con el mismo proceder” la Sala de Instancia ofrece una nueva valoración probatoria merecedora de la respetuosa crítica por absurda: **Página 1499:**

¹⁹⁷ Habrá, además, que añadir que Carmen Martínez Aguayo no era miembro nato del Consejo de IDEA por razón de su cargo de viceconsejera de Economía y Hacienda, puesto que conforme al reglamento de IFA/IDEA, todos los componentes del Consejo rector eran nombrados directa y personalmente por el gobierno a propuesta del Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa.

“Pero aun admitiendo a efectos dialécticos dicha alegación, de nada sirve dicho fortalecimiento, si después no se actúa de forma consecuente a las advertencias de la Intervención”.

Todas las “advertencias” fueron atendidas hasta llegar a la regulación de la encomienda de gestión e inmediatamente hacer que las transferencias a IDEA se hicieran por esta figura recientemente regulada y así aparece recogido documentalmente (Ver Motivo II), por lo que la valoración lesiona el derecho a una motivación racional de la convicción de culpabilidad.

La coherencia más elemental sufre en un razonamiento que a quien ha seguido los informes de la Intervención, le reprocha “no actúa en consecuencia con las advertencias de la Intervención”. ¿Qué advertencia se dejó de seguir? Nos remitimos al Motivo II para denunciar que tal afirmación desconoce documentos no contradichos por ninguna otra prueba..

CUARTA SUPOSICION. Como JAGM debió extrapolar las irregularidades e incumplimientos en la gestión de las ayudas de 2003 a los sucesivos ejercicios posteriores, la sentencia de instancia *supone* que también debió asociar a esas anomalías en la gestión un resultado consistente en la sustracción de fondos públicos.

Otra vez la vinculación entre fase presupuestaria y fase de ejecución, que la propia sentencia niega en la valoración de los Informes favorables de la Intervención, como hemos explicado antes.

Cadena de suposiciones que merecen la crítica expuesta que se completan con nuevas justificaciones sobre la convicción de JAGM que merecen similares tachas de falta de racionalidad.

(12) Para la sentencia recurrida que JAGM fuera Viceconsejero de Trabajo en el Gobierno de Andalucía en el periodo 1982-86 y Ministro de Trabajo del Gobierno de España, devienen en pruebas de su culpabilidad. Para la sentencia esas notas biográficas son una razón más para acreditar que actuaba a sabiendas de la palmaria ilegalidad de sus actos, cuando presentaba el anteproyecto, elevaba modi-

ficaciones presupuestarias o con los demás miembros del Consejo de Gobierno remitía el Proyecto al Parlamento (**página 1473**)¹⁹⁸

Lo absurdo de este inciso de la sentencia se puede colegir si se tiene en cuenta que, cuando fue Viceconsejero de Trabajo (más de veinte años antes del año 2004) no existían ayudas sociolaborales para prejubilación y cuando fue Ministro de Trabajo y Seguridad Social reguló las ayudas de forma irreprochable antes de la propia entrada en vigor, años después, de la Ley General de Subvenciones.

Queda muy lejos de una argumentación ajustada a la lógica y la racionalidad exigible para fundamento a una grave condena, considerar “prueba de cargo” el hecho de haber desempeñado altas responsabilidades de Gobierno, sin mención de tacha o incidencia que permitan desmentir la realidad de una ejecutoria de servicio público intachable en aquellos cargos.

(13) Las exigencias de la calificación del concurso medial entre el delito de prevaricación y el de malversación.

La vinculación de los dos delitos por los que la sentencia de instancia condena a JAGM en *concurso medial o instrumental*, exigiría añadir a las explicaciones necesarias para ofrecer un razonamiento de la condena respecto de los elemen-

¹⁹⁸ “A mayor abundamiento, el acusado, con anterioridad a ser Consejero de Hacienda fue, entre otras, Viceconsejero de Trabajo de Andalucía (1982-1986) y Ministro de Trabajo (1993 1996). Pues bien, las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis durante su mandato como Viceconsejero de Trabajo, no se efectuaban por medio de las transferencias de financiación, y durante su mandato como Ministro de Trabajo aprobó dos órdenes ministeriales; en concreto, la Orden Ministerial de 5/10/1994, por la que se regulaba la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la seguridad social a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y la Orden de 5/04/1995, por la que se determina las ayudas a conceder por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reconversión/reestructuración de empresas. Pues bien, en ambas órdenes, tras tratar las ayudas como subvenciones, en sus disposiciones finales tercera y primera, respectivamente, se establecía que “en todo lo no dispuesto en esta Orden se estará a lo establecido en... el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas”.

tos de los delitos, la argumentación justificativa de ese relevante vínculo instrumental.

¿Cómo explica la sentencia de instancia que la utilización de las transferencias de financiación en el programa 31.L de la Consejería de Empleo y sus modificaciones presupuestarias, además de representarse en la conciencia de JAGM (cuando en el Consejo de Gobierno acordaban enviar el Proyecto de Presupuestos al Parlamento o cuando firmaba el “elévase” de una solicitud de modificación presupuestaria) , como una clara “clara y palmaria ilegalidad” (página 1567) la llevaba a cabo aquella con el propósito o la finalidad de sustraer caudales o efectos públicos o permitir que otros los sustraigan?

No hemos encontrado ninguna explicación sobre cómo llega la Sala de instancia a tal convicción.

La sentencia, en sus consideraciones generales referidas a todos los condenados, les atribuye como propósito o finalidad de sus actos (“creación de un sistema”) conseguir una mayor rapidez, agilidad o capacidad de respuesta frente a empresas en crisis, no la sustracción de fondos. En algunas argumentaciones diseminadas en distintos lugares y sin referencia nominal concreta, atribuye a quienes tomaron esa decisión política de creación del sistema y quienes simplemente lo continuaron (esa sería la posición de JGM), la asunción de que tal sustracción era algo que podía pasar al suprimir controles.

La relación de concurso medial del delito de malversación cometido con dolo eventual con el delito de prevaricación en régimen de dolo directo solo cabe sustentarlo en un comportamiento complejo y consciente, cuya prueba merece de una mínima explicación que la sentencia de instancia no contiene.

Desemboca así la argumentación en un relato inverosímil que combina un delito cometido con un dolo directo que es instrumento de un delito final cometido por dolo eventual. La falta de explicación racional permite situar este colofón en esta sede casacional. ¿Cómo cabe establecer un propósito directo sobre lo *instrumental* concurriendo con un dolo eventual con el delito *finalidad* al que se somete el

anterior, como mero instrumento?. Resulta inviable una exposición racional de la convicción de culpabilidad por la que la instancia condena a JAGM.

CONCLUSION DE ESTE APARTADO. La sentencia de instancia no ofrece una explicación racional de cómo llega a tener por acreditados los elementos del delito de prevaricación, pudiéndose identificar numeroso fallos o quiebras de racionalidad del razonamiento de convicción de culpabilidad en relación JAGM, lo que lesiona su derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Tampoco se explica mínimamente la relación medial entre los delitos de prevaricación y malversación.

3.4. Ausencia de fundamento de culpabilidad del delito de malversación ajustado a criterios de racionalidad.

- Presentación -

Abordamos ahora la valoración crítica del razonamiento por el que la sentencia de instancia considera acreditados los elementos del delito de malversación de caudales públicos continuado por el que condena a JAGM. Señalaremos aquellos fallos, quiebras lógicas o lagunas del razonamiento de convicción detectadas y que lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el delito de malversación.

Inevitablemente pueden aparecer muchos de los argumentos del apartado anterior que son de nuevo aplicables en relación con el delito de malversación.

Los vacíos e inconsistencias en los fundamentos de convicción expuestos por el tribunal para justificar la condena de JAGM por el delito de malversación serán expuestos en tres apartados:

3.3.1. La **ausencia** de explicación sobre cómo se tiene por probada la relación necesaria entre JAGM y los fondos, objeto material del delito.

3.3.2. La desconexión entre los *conocimientos* atribuidos a JAGM y la sustracción de fondos públicos.

3.3.3. (Subsidiariamente).La ausencia de motivación o justificación del convencimiento de culpabilidad respecto del elemento del ánimo de lucro.

- *Desarrollo* -

3.3.1. *La ausencia de explicación sobre cómo se tiene por acreditada la relación necesaria entre JAGM y los fondos, objeto material del delito.*

La primera condición del sujeto activo de este delito consistente en ser funcionario o autoridad lo que ha quedado acreditado en relación con JAGM. Pero el delito de malversación requiere además que exista una relación objetiva entre el sujeto activo y los fondos que constituyen el objeto material del delito, consistente en que aquellos le estén atribuidos no solo por razón de su cargo --- si sólo así fuera su sustracción podría calificarse como apropiación indebida¹⁹⁹ -- sino que además estén **“puestos a su cargo por razón de sus funciones”**. Ya se ha analizado en el Motivo I la doctrina jurisprudencial sobre este elemento.

La sentencia de instancia, en el apartado que incluye una fundamentación jurídica general y común a todos los condenados (FJ CUADRAGÉSIMOQUINTO en las **páginas 1730 y 1731**²⁰⁰) contempla expresamente la necesidad de la concurrencia de ese elemento objetivo.

¹⁹⁹ Recordemos que ese es el sentido de la enmienda 93 del grupo parlamentario Vasco defendida por Xavier Albistur Marín y aceptada por la que se añade “ por razón de sus funciones : *“El delito de malversación solo debe entrar en juego cuando exista un <<abuso de función>>. Si el funcionario se apropió de caudales públicos que le han sido confiados, pero no por razón de su cargo, cometerá una apropiación punible, pero no quebranta un especial deber de lealtad, ni se prevale del cargo, ni infringe especiales deberes derivados del cargo”*.

²⁰⁰ **“Respecto al segundo elemento, por razón de sus funciones, también desaparecido de la redacción legal, permanece inherente al tipo, pues el funcionario debe tener facultades para administrar el patrimonio público, dado que sólo de este modo puede cometer la acción típica de excederse en sus facultades de administración.**

No se precisa titularidad permanente, bastando el desempeño interino, habiendo entendido el Tribunal Supremo que “no es requisito de este delito que el nombramiento del Funcionario exprese de una manera particular que entre las funciones a desempeñar estaba la de tener a su cargo caudales o efectos públicos (STS 4-4-1991), ni que ello **lo sea por razón de la competencia específica que las disposiciones reglamentarias atribuyen al cuerpo administrativo a que pertenezca**, o al servicio que nominalmente figura adscrito, sino que basta con que los caudales **hayan llegado a su poder** con ocasión de **las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto**, como elemento integrante del órgano público (STS 6/05/1992, en igual sentido STS 163/2004 de 16/03), llegando a afirmarse que basta con que los caudales **sean poseídos**

Como vemos en el planteamiento general la sentencia de instancia es bien clara y conforme a doctrina jurisprudencial consolidada. Ahora bien, ¿cómo tiene por acreditado que JAGM tuvo “facultades de administración” o fueron “poseídos de hecho” los fondos de la partida 31.L. “con ocasión de sus funciones concretas”? ¿Qué explicación o argumento racional exponen los magistrados de instancia para explicar la convicción del tribunal de que tal elemento del delito de malversación concurría en JAGM? Insistimos, s.e.u.o. **no existe ninguna explicación** o razonamiento, lo que lesiona el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de JAGM.

Tal relación entre fondos como objeto material y sujeto activo del delito necesita ser directa y objetiva atendiendo a la forma de autoría por la que la sentencia condena a JAGM, que descarta la “cooperación necesaria”, como ya ha sido expuesto con anterioridad. Es objetiva porque debe darse como una realidad material, con independencia de lo que conociera o quisiera o admitiera como una eventualidad JAGM (recordemos la mención d la sentencia del Procès).

La condena por el delito de malversación, desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia en relación con la tutela judicial efectiva exigía que el Tribunal de instancia expusiera cómo ha llegado al convencimiento de culpabilidad respecto de la existencia de esa relación entre JAGM y los fondos del programa 31.L. La ausencia de tal explicación lesiona tales derechos, por lo que la estimación de este motivo debe conducir a la absolución.

3.3.2. (Subsidiariamente).La desconexión entre los conocimientos atribuidos a JAGM y la sustracción de fondos públicos.

Para el caso de que la Sala Segunda no aceptara el anterior argumento, cabe detectar nuevas fallas y vacíos insalvables en el iter argumental referido a la explicación de la convicción de culpabilidad del delito de malversación que infringen los preceptos constitucionales ya mencionados.

de hecho, por el funcionario, resultado en virtud de ello, un mero servidor de la posesión oficial.” (Negrilla añadida)

En realidad, lo que la sentencia atribuye a JAGM no es que sustrajera fondos públicos o consistiera que otro los sustrajera. Desmembrando los pronunciamientos la sentencia de instancia, advertimos que:

- en ningún caso atribuye a JAGM que sustrajera fondos públicos
- en ningún caso le atribuye “consentir” que otro sustraiga
- cuando se refiere es que *asume la eventualidad*, pero ¿de qué? Más que atribuirle la eventualidad de que “otro sustraiga”, lo que afirma es asume la eventualidad de que quien tiene a su disposición los fondos les pudiera dar *un destino distinto al público para el que estaban presupuestados*.

Ya fue analizada la anterior proclamación de la sentencia de instancia desde el punto de vista de su atipicidad en el Motivo I. En esta sede casacional corresponde ajustarse a la siguiente pregunta: ¿cómo argumenta la sentencia recurrida que JAGM accede a tal asunción de la eventualidad? La explicación de la prueba del consentimiento, por remitirse a un estado mental, a una posición *interna* del sujeto activo, plantea problemas de prueba siendo frecuente que los tribunales accedan a esa convicción mediante la prueba indiciaria. Si como en este caso se trata de una posición mental *tan matizada* (“asumir la eventualidad”), las dificultades se incrementan. Por ello, para evitar caer en la mera intuición, intuición o “corazonada” el Juzgador debería extremar el máximo rigor a la hora de respetar las exigencias de las conocidas reglas de la prueba indiciaria.

La sentencia debe ser de nuevo respetuosamente criticada pues prescinde de ajustarse a los parámetros conocidos y aceptados por doctrina consolidada, sobre la prueba de indicios.²⁰¹

La sentencia no enumera ordenadamente indicios que permitan concluir, sin alternativa razonable que JAGM debió representarse y aceptar una eventualidad (“*hecho o circunstancia de realización incierta y coyuntural*”, RAE “eventualidad”, 2ª acepción).

²⁰¹ Recientemente recopilados en STS número 532/2019, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo que enumera las 20 reglas o criterios orientativos

La sentencia en este punto lesiona también el derecho a la presunción de inocencia porque (i) ofrece una acumulación de inferencias, indicios sobre indicios, que pueden ser tildadas de ilógicas y absurdas, y (ii) omite, olvida o excluye de sus argumentos pruebas de descargo sobre este particular elemento del delito de malversación, dejando abiertas alternativas compatibles que impiden cerrar el círculo de las deducciones o inferencias.

(i) Inferencias ilógicas o incoherentes.

Ya han sido referidas algunas de estas inferencias en relación con el delito de prevaricación. Cabe simplemente recordarlas.

1. Como JAGM debió conocer el Informe Adicional sobre ayudas del 2003 que detectaba irregularidades en la gestión de esos fondos, debió extrapolar a los años siguientes esas irregularidades.

2. Como los informes de control financiero aludían a problemas de contabilización por el uso inadecuado de las transferencias de financiación debió deducir que los fondos serían destinados a fines públicos distintos a los presupuestados.

3. (Ausencia de inferencia: los fondos serían sustraídos)

Además de que las inferencias 1 y 2 deben ser denunciadas por incluir saltos lógicos en el vacío, **esto no puede ocultar la denuncia principal**: la ausencia de explicación de la inferencia 3. Es decir, la inexistencia en las explicaciones ofrecidas por el tribunal de instancia de alguna inferencia que permita concluir que en el pensamiento de JAGM – aunque fuera como posibilidad remota -- habría de representarse que él sustraía para sí los fondos de esa partida o que serían sustraídos por otros. La sentencia de instancia **carece de explicación** alguna sobre cómo accede a su convicción de culpabilidad sobre esa necesaria representación mental --- del tipo que fuere --- en JAGM en relación por indirecta o tangencial que fuere, con su conocimiento y con su voluntad. La Sala no explica por qué cabría concluir que JAGM se representó en su mente (asumió) si quiera como una “eventualidad”, que sustraería esos fondos para sí los fondos o para otros.

Esa ausencia de motivación lesiona el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva y, de estimarse obliga a anular una condena carente de explicación.

Caben otras denuncias menores que acompañan a la anterior y atienden a la falta de racionalidad de las inferencias 1 y 2.

(Supuesto conocimiento del informe de 2003 entregado el 2005)

Entre otras, la falta de racionalidad de la valoración probatoria por la que la Sala de instancia sobre ese *supuesto conocimiento* por JAGM del Informe Adicional de ayudas del 2003 entregado el 2005.

La Sala establece la realidad de ese “conocimiento” sobre su “convenimiento” sin otro soporte que un error documental y en contra de todas las demás fuentes de conocimiento que le trasladan información sobre ese concreto particular:

- La Sala de instancia no cree las manifestaciones de la Viceconsejera prestadas en la sesión de 19 de marzo de 2018 cuando refiere sus funciones y que los Informes no promovían actuación alguna de la Consejería.

- Prescinde también la Sala de la certificación de la inexistencia de comunicación interna del citado informe²⁰².

Cuando la sentencia de instancia quiere apoyar la realidad de la afirmación del conocimiento derivado de la comunicación “a través de la Viceconsejera”, en un documento lo hace sobre un “el oficio de remisión”, **confundido**.

Veamos.

²⁰² Ver Pieza Documental Separada n. 32 la Certificación de la Secretaría General Técnica Doña PILAR SANCHEZ-CERVERA ORIOL de 16 de noviembre de 2017 responsable del Archivo Central sobre Oficios remitidos desde la Viceconsejería al Consejero, en donde no aparece ese traslado. La sentencia de instancia omite este documento, remitiéndose a la conjetura de una supuesta comunicación verbal o “de pasillo”.

La sentencia en la **página 1456** se refiere al Informe de ayudas de 2003 que se remitió en 2005, y enumera las irregularidades detectadas.

12.- El informe adicional de ayudas, realizado en el año 2005, que figura como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del ejercicio 2003, que incluye "Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social", recoge las deficiencias detectadas, que se indican en el informe del expediente de ayudas a HYTASAL, transcritas dentro de este informe adicional y extensivas al resto de los expedientes analizados. Dichas deficiencias aparecen transcritas en los hechos probados, a los que nos remitimos, para evitar reiteraciones.

Tan sólo, destacar entre las mismas las siguientes:

Relaciona aquí las siguientes:

- Imputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario.
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse.
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- Se ha omitido la fiscalización previa.

Y todavía más, recuerda de nuevo las conclusiones:

Y a modo de conclusión se dice:

«Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido.»

Asentada de este modo la relevancia de las advertencias, la resolución alude a *un Informe del 2005*, remitido "por la Intervención a través de la Viceconsejera" (**página 1459**) y **apoyado su existencia en una ruta --- es decir documentado** – De este modo induce al lector a considerar que su afirmación fáctica de que JAGM

conocía, porque " le fue remitido", el Informe de 2003 – incluida en los HHPP – parecería que viene soportada por un documento:

14.- Asimismo, le fue remitido el informe de Auditoria de cumplimiento sobre IDEA, correspondiente al ejercicio 2005 (PPRI/Anexo 1 Intervención General Junta de Andalucía/Carpeta: 1.- Informes de Control Financiero Permanente/ Carpeta: Tomo 1 /Carpeta: Año 2005 / Archivo PDF 268-334/página 5), remitido por la Intervención el 9/03/2007, a través de la Viceconsejera, Carmen Aguayo, quien lo recibió para su conocimiento y traslado al Consejero, según señala de forma específica el oficio de remisión.

No es así. Si la Sala coteja ese documento apreciará que es este:

000272

	COMUNICACION INTERIOR N° 202 Asunto: Remisión Informe Definitivo de Cumplimiento.
Remite:	INTERVENTOR GENERAL
Destinatario:	ILTMA. SRA. VICECONSEJERA.
IGR/COR	
<p>Para su conocimiento y traslado al Consejero de Economía y Hacienda, adjunto se remite informe definitivo de Cumplimiento correspondiente al ejercicio 2005 realizado a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el artículo 12 apartado 3 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía.</p>	
<p>Sevilla, - 9 MAR. 2007 El INTERVENTOR GENERAL.</p> <p>Fdo. Manuel Gómez Martínez.</p>  	

Efectivamente “para su conocimiento y traslado al Consejero” son términos inequívocos de ese documento. **Pero no tiene nada que ver con el famoso y relevante a juicio de la Sala de instancia Informe de 2003.** Como vemos, este oficio de remisión está fechado en 2007. El que remitió el informe de 2003 fue remitido en 2005.

¿Por qué no menciona la resolución esa anterior y decisiva comunicación, es que no figura aportada a la causa? **Sí figura aportada.** No podemos contestar esa pregunta, ni entender esa omisión. Pero sí podemos traer y poner delante de los ojos de la Sala II ex art. 899. 2 LECRIM el oficio de remisión de ese informe adicional de 2003 entregado en 2005:

Se encuentra alojado en

PPRI/Anexo 1 Intervención General Junta de Andalucía/Carpeta: 1.- Informes de Control Financiero Permanente/ Carpeta: Tomo 1,

pero no en la

/Carpeta: Año 2005 / Archivo PDF 268-334/página 5),

sino en la

/Carpeta: 2003 / Archivo PDF 48-143, pág. 53,

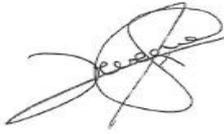
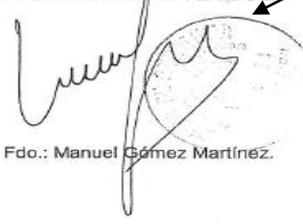
La diferencia del contenido entre el oficio de remisión mencionado por error en la sentencia de 2007 foto-impreso antes y el que se corresponde con oficio efectivamente enviado **en Julio de 2005**, foto-impreso a continuación es la ausencia en el segundo, en el real, de la frase “...y traslado al Consejero”.

La contundente realidad de este error viene a acreditar que la propia Intervención, cuando remite a la Viceconsejera el Informe de 2003, ni siquiera le incluye la referencia a que debiera dar traslado del mismo al Consejero. Así aparece desmentida la supuesta “gran importancia” de dicho informe adicional.

La Intervención utiliza la formula “para su conocimiento”, cuyo significado, a efectos de usos administrativos conocidos por todos, denota una escasa relevancia de lo comunicado.

Esa constancia documental inexplicablemente ausente del razonamiento de convicción de la Sala de instancia, no sólo ofrece un valor en sí mismo, objetivo, frío y constatable, sino que refuerza la credibilidad de las manifestaciones de la Viceconsejera y del propio Interventor sobre la escasa relevancia atribuida por ellos a ese contenido.

Por eso, la sentencia de instancia incurre en una argumentación ajena a la más elemental racionalidad cuando atribuye una relevancia nuclear al informe de las ayudas de 2003. Veamos cómo se traslada ese informe de 2003 en 2005. Veamos lo que no tiene en consideración la Sala de instancia:

JUNTA DE ANDALUCÍA		CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA	000100
		Intervención General	
	COMUNICACION INTERIOR N° 722 Asunto: Remisión Informe Definitivo de Cumplimiento.		
Remite:	INTERVENTOR GENERAL		
Destinatario:	II T.M.A. SRA. VICECONSEJERA		
IDEDP/IGR.			
<p>Para su conocimiento, adjunto se remite informe definitivo de Cumplimiento, correspondiente al ejercicio 2003, realizado a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía IDEA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el artículo 12 apartado 3 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía.</p> <p>Se adjuntan asimismo informes adicionales sobre gestión de ayudas a familias, autónomos y PYMES, e informe adicional sobre gestión de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social.</p>			
		Sevilla, 23 JUL. 2005 EL INTERVENTOR GENERAL	
		 Fdo.: Manuel Gómez Martínez.	

A partir de no dar crédito a las declaraciones de quienes directamente son fuente de conocimiento, de confundir oficios dando un contenido inexacto al fundamental y ni siquiera mencionar certificados aportados²⁰³, la Sala expone su convicción sobre esa comunicación y conocimiento por JAGM de un Informe (convertido en clave de bóveda de la sentencia a pesar de su contenido irrelevante e intrascendente). Sobre tan criticables soportes la Sala de instancia asienta la enésima suposición ya criticada antes según la cual debe deducirse que de un “ejercicio mínimamente diligente de sus obligaciones” la Viceconsejera “*tenía-necesariamente-que-haberle-informado*”. Una nueva deducción sobre el vacío que nos obliga a denunciar respetuosamente la falta de racionalidad o lógica de esa inferencia. ¿Por qué iba a tener que informar *necesariamente* en julio de 2005

- de unas irregularidades que habían tenido lugar en 2003
- en una entidad, ya extinta,
- de otra consejería,
- sin seguimiento o continuidad,
- sin que dicho informe fuera remitido al interventor delegado de la Consejería de Empleo
- sin incidencias posteriores conocidas, sin referencias en ningún otro informe y
- con posteriores Informes favorables a modificaciones ampliatorias de ese programa²⁰⁴?
- tras un oficio que no incluye el traslado al Consejero.

Debe tildarse de falto de racionalidad este iter argumental atendiendo al contenido del informe obrante en la **página 64** de los HHPP Debe tildarse de falta de racionalidad esa valoración probatoria también porque prescinde del **criterio del Interventor que es su autor** -- a quien la Sala de instancia absuelve – sobre la rele-

²⁰³ Pieza Documental Numerada\73 CUESTIONES PREVIAS PRESENTADAS EN LA VISTA PREVIA DEL JUICIO. CERTIFICADO COMUNICACIONES .PDF

²⁰⁴ Por cierto, informadas por la misma interventora que elaboró el Informe Adicional, Sra. Lobo.

vancia de ese Informe Adicional. ¿Cuál era su trascendencia para su autor de esos incumplimientos? Lo aclaró el propio Interventor General en su declaración de 7 de marzo de 2018 en el juicio²⁰⁵, de la que, con todos los respetos, inexplicablemente la sala de instancia prescinde.

La afirmación del “necesario conocimiento” carece de sentido pero además la vinculación de ese informe sobre ayudas de 2003 a los años posteriores es ilógica porque el hecho de que pudieran detectarse irregularidades e incumplimientos en la gestión de ayudas de 2003, no permite suponer que aquellas se van a seguir produciendo en los años sucesivos, sino todo lo contrario: lo que sí permite suponer es que si en los años sucesivos se volvieron a producir, serían detectadas, como lo había sido en 2003.

Por ello, el hecho de que solo se emitiera el informe sobre las ayudas de 2003 y no respecto de las de los años posteriores, lo que pudiera lógicamente trasladar a quienes tuvieran noticia es que aquellas irregularidades e incumplimientos se habrían ya solucionado. Pues si no hubiera sido así habrían sido de nuevo detectadas. ¿Por qué no iban a serlo?

La inferencia de la sentencia, por tanto, es precisamente la contraria a que respondería a una argumentación lógica o racional.

Añádase que el contenido del llamado “informe adicional” no refiere cuál había sido el destino de los fondos, por lo que la sentencia incluye una inferencia más cercana a la conjetura al suponer que si en la gestión hubo irregularidades habría que suponer que el destino no sería el previsto. La desconexión lógica

²⁰⁵ En el acto de juicio, el Interventor General de la Junta de Andalucía, es preguntado por el Fiscal: “Lo que recoge en el informe adicional ¿era una materia importante o eran correcciones? ¿Eran algo que pudiera repercutir en garantizar los fondos públicos?” Responde: “Yo no lo consideraría un tema capital”. Fiscal: “¿Es de análoga importancia a un informe de actuación?” Responde: “En absoluto. Un menoscabo supera incluso el informe de actuación. Si eso pasa, el Interventor está obligado a denunciarlo al Consejero de Hacienda. En esta materia han intervenido más de una docena larga de profesionales de la Intervención y ninguno estaba advirtiendo que se estuviera ante un supuesto de menoscabo”.

salta a la vista pues una gestión irregular puede hacer llegar los fondos a su destino previsto.

(Conociendo las memorias de control financiero debía conocerse el fraude)

Igualmente menor es la denuncia referida a la desconexión lógica con el contenido de la información ofrecida por **las memorias de control financiero**. Los informes de Control Financiero Permanente refieren problemas en la contabilización de las Transferencias de Financiación **pero no aluden al destino de los fondos**, por lo que de su “conocimiento” no podría extraerse conclusiones sobre ese destino final. La valoración de la prueba en relación con estos informes debe denunciarse como incoherente, ilógica o arbitraria pues **en ningún caso incluyen información alguna sobre sustracción de fondos ni riesgo de la misma**.

Denunciamos esta falta de discurso ajustado a la racionalidad, con mención expresa de la **página 1722** de la sentencia de instancia atribuye una *autoría activa equivalente* a quienes **disponen** de los fondos y a los que **conocen** “las deficiencias” recogidas en los informes de control financiero.

“D) De esta disposición de fondos públicos **participaron de forma activa** desde el ejercicio 2000 hasta el 2009, los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo. **Y otros acusados**, por realizar las conductas descritas en los hechos probados, **conociendo las aludidas deficiencias** a través de los informes de control financiero de la intervención General de la Junta de Andalucía.”

La sentencia por ello requiere de otra nueva **suposición o presunción contra reo** o intuición: *si-había-problemas de-contabilización-es-porque-había-fraude*. Y de nuevo, la Sala de instancia en este concreto extremo en la valoración de la prueba **no atribuye ningún valor a lo que manifiesta el autor de los Informes**, al Interventor que la Sala de instancia absuelve. En su declaración en el juicio oral, tal suposición -- introducida en el juicio por los peritos de la IGAE -- es desmontada con una argumentación concreta que culmina calificándola de “disparate”²⁰⁶.

²⁰⁶ Preguntas del MF en negrilla: “*Entrando en la causa, las TF al Ifa, ¿Cómo ingreso era un gasto para idea? No lo era y lo contabilizaba como tal ¿y porque lo ponen como gasto? Porque no se rigen por los*

La inferencia resulta igualmente rechazable desde el parámetro obligado de su racionalidad porque JAGM no solo conoció, sino que asumió e hizo propios elevándolos al Consejo para que fueran convertidos en norma, todas las indicaciones y propuestas de la Intervención contenidas en las Memoria de Control Financiero Permanente (Ver Motivo II). Pero, como ya se ha expuesto --- aquí está el fallo lógico de la argumentación -- en tales informes nunca aparece referencia a sustracción de fondos públicos ni ninguna otra forma de desviación de los mismos a patrimonios particulares.

(Supuesta irrelevancia, según la sentencia, de la inexistencia de Informe de Actuación)

Igualmente merece crítica la valoración de la prueba referida a la significación exculpatoria de **que no hubiera Informe de Actuación del Interventor**, que es la única vía de comunicación de riesgo de menoscabo de fondos. Para la sentencia de instancia es indiferente *cómo se llamen* los informes²⁰⁷, obviando que cada

*mismos principios la contabilidad que el presupuesto. Se puede entender, hay un pronunciamiento de la Cámara de Cuentas, aportado con uno de mis escritos donde dicen que son lógicas distintas y es posible que ocurra. La empresa tiene que presupuestar la TF como un ingreso sino no hay equilibrio en las cuentas de la junta en su conjunto, luego los principios de la contabilidad de la empresa son distintos, y en este caso, como no era un gasto de la empresa el IFA lo dice la IGAE, contabilizaba correctamente fuera de pérdidas y ganancias (clarísimo que se deduce de la cuenta general dice), y la Cámara de Cuentas respalda que pueda producirse esa falta de coincidencia, hay un presupuesto y por tanto tiene que estar equilibrado, **llamar a eso fraude como dice la IGAE es un disparate, eso no se hace de tapadillo, todo es transparente, se hace público todo.***

²⁰⁷ Página 1483 “En cuanto al informe adicional, se alega que en este caso no se trataba de un informe de cumplimiento, sino de un Informe Adicional al de Cumplimiento, que no estaba reglado y su alcance era desconocido.

Alegación que tampoco puede prosperar. **Lo que menos importa es el nombre que se le dé al informe.** Lo relevante es su contenido, en el que, como hemos dicho, se ponían de manifiesto, más que meras "irregularidades" o "inadecuaciones", auténticas "ilegalidades", por tratarse de vulneraciones patentes de preceptos legales.

Máxime, cuando, como ya quedado expuesto, las irregularidades denunciadas en el citado informe adicional, en cuanto al uso ilegal de las transferencias de financiación y la concesión de subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido, fueron reiteradas en los informes de Auditoría de cumplimiento sobre IDEA, de los ejercicios siguientes.

caso ofrece una tramitación distinta y, sobre todo, atribuye facultades de iniciativa diferentes al Consejero que lo recibe. A pesar de que la Sala de instancia conoce que las facultades del Consejero de Economía y Hacienda para actuar frente a supuestos de irregularidades o riesgo de menoscabo de fondos son regladas y requieren la previa formulación por la Intervención del Informe de Actuación²⁰⁸, o, en su caso, la denuncia de menoscabo o de responsabilidad contable, **prescinde de ese dato fundamental** para valorar las iniciativas posibles legalmente para JAGM, al que a pesar de que parece haber descartado la forma omisiva de la malversación, le sigue reprochando a JAGM una forma de inactividad²⁰⁹.

Las explicaciones de las **páginas 1646 y siguientes** se alejan de la racionalidad en enrevesados argumentos que, además de incluir errores, pretenden, dicho con todos los respetos, la cuadratura del círculo, al tratar de hacer compatible que no se elevara informe de actuación por la Intervención con la existencia de un riesgo de menoscabo de fondos públicos. O dicho de otra forma, la resolución pretende hacer compatible que la Intervención no considerara, tras intervenir los expedientes de 2003, que fuera necesario actuar el artículo 12. 5 del Decreto 9/1999 y que, sin embargo, el Consejero tuviera que considerar un potencial riesgo de menoscabo de fondos públicos. No es ocioso reiterar que el precepto mencionado establece que la Intervención General emitirá informe de actuación en aquellos casos en que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos públicos. No lo hizo en 2003, aunque advirtió irregularidades. Pero

²⁰⁸ Aparece un tardío FJ CUADRAGESIMOCUARTO, página 1646. Dedicado a la cuestión por remisión a una Instrucción de 2007 que a pesar del tenor literal del precepto “...por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos público”, descarta el riesgo potencial, y exige que el dolo sea “real, evaluable económicamente e individualizado”.

²⁰⁹. Página 1483 6.- La defensa del acusado pretende justificar la inactividad del mismo en la inexistencia de un informe de actuación por parte de la Intervención General. Alegación que no puede prosperar, por las razones que hemos expuesto, a las que nos remitimos, para evitar reiteraciones innecesarias.

no cabe olvidar que no lo hizo después del 2003 y ya en años sucesivos ni siquiera volvió a advertir o a reiterar en años sucesivos aquellas irregularidades.

La realidad es que es que ninguno de los interventores actuantes apreció riesgo de menoscabo (no ya menoscabo efectivo) tras el análisis de los expedientes de 2003, sin que, por no hacerlo, se haya hecho reproche penal a ninguno de ellos.

Y a ello se añade, para mayor incongruencia lógica, la decisión de absolución del Interventor y de condena de aquél al que no le fue planteada, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido, una actuación por la intervención.

La sentencia de instancia, incurre de nuevo en el error de la equiparación inviable entre el contenido de los informes de control financiero permanente y el desvío de fondos. Obsérvese que no dice que los informes de control financiero aludieran a un riesgo de menoscabo de fondos y mucho menos a un menoscabo efectivo, pero equipara su contenido al que debería tener un Informe de Actuación (“daño real, evaluable económicamente e individualizado” según el criterio de la Instrucción del 2007).

Hemos de denunciar respetuosamente por contrario a la racionalidad este iter argumentativo contenido en la página 1652:

“Por consiguiente, hemos de concluir, que, por las razones anteriormente expuestas, no procedía la emisión del informe de actuación.

En cualquier caso, la gravedad de los hechos e incumplimientos que se recogen en los informes de control financiero, suponen una dación de cuenta más que suficiente para que se hubiesen adoptado las medidas necesarias para corregir las ilegalidades denunciadas en los citados informes.”

Si no había razones para detectar menoscabo ¿dónde está la gravedad?
Y si había esa gravedad ¿por qué no se elevó Informe de Actuación?

Si la Intervención actuó correctamente --- ha sido absuelto el Interventor General – cuando no traslado Informe de Actuación, ¿por qué debía JAGM advertir un riesgo de menoscabo, que no era advertido por el Interventor?

En conclusión, la sentencia dictada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, declara indebidamente probado mediante un conjunto de razonamientos ajenos a la lógica y mediante inferencias que desconocen la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, *el conocimiento* – aunque de modo incierto y conjetural, mediante la expresión “asumiendo la eventualidad” -- por parte de mi representado *de un destino ajeno al previsto* que se habría dado a las ayudas / subvenciones concedidas a las distintas empresas y trabajadores. Incurrir así en un modo de formación de la convicción de culpabilidad sobre el elemento subjetivo del delito de malversación que lesiona el derecho a la presunción de inocencia.

La alternativa compatible con los datos ofrecidos, que la Sala de instancia aplica al Interventor que absuelve, impide el juicio de inferencia: a pesar de un uso inadecuado, de una gestión irregular, los fondos llegarían al destino legalmente previsto (ayudas a empresas y sociolaborales). Es más, la propia resolución cuando --- a pesar de su expulsión como cuestión previa -- hace una referencia a esas desviaciones (genérica, indeterminada y sin llegar a cuantificar en ningún momento) lo que afirma es que pudieron darse o se dieron ayudas a trabajadores que no pertenecían al colectivo afectado (“*hubo personas*”). La alternativa de desviaciones puntuales es apuntada por la propia sentencia porque viene a reconocer que otras muchas sí se destinaron a los trabajadores del colectivo afectado, es decir, esos fondos se destinaron al fin para el que estaban previsto. Puede concluirse, incluso atendiendo al tenor literal de la sentencia impugnada, que esas “personas” fueron la excepción, cuestión que, por lo demás como se ha repetido tantas veces, es conforme a la Sala de instancia, ajena al perímetro de esta causa. Todo ello deja al descubierto que el nexo de causalidad necesaria salta por encima de las reglas de prueba indiciaria, de la lógica y que la inferencia entre conocimiento de defectuosa gestión y “asunción de la eventualidad” del desvío de fondos. Tal inferencia no es admisible y lesiona el derecho a la presunción de inocencia, en tanto que aquel exige un razonamiento de la culpabilidad ajustado a las reglas de la lógica y la razón. Lo que no es respetado si incurre en saltos argumentales en el vacío, en errores o arbitrariedad. Así ocurre si la prueba de indicios no respeta las reglas que consolidada

jurisprudencia impone para tal método de acceso al razonamiento de convicción de a culpabilidad.

De este modo, la Ilma. Sala de instancia, al inferir el dolo de la malversación del conocimiento de la ilicitud del procedimiento, incurre en una pura y simple presunción –dicho sea, con el máximo respeto y consideración–, que se aparta de las máximas de la experiencia y de la argumentación racional. Pues, es perfectamente posible que un sujeto conozca (hipotéticamente) una tramitación irregular del procedimiento de concesión de unas ayudas o subvenciones sociolaborales, sin tener por qué asumir la eventualidad de que el destino concreto de las distintas ayudas futuras no vaya a ser el previsto.

Incurre la Sala de instancia en errores, saltos en el vacío, argumentos incoherentes y contradictorios y finalmente en una presunción contra reo del dolo respecto del delito de malversación, que resulta incompatible con el principio de presunción de inocencia. Todo ello se añade a las anteriores razones que justifican la anulación de la condena, tan insuficientemente fundamentada.

Pruebas de descargo omitidas, olvidadas o excluidas de valoración.

Consolidada doctrina jurisprudencial exige la valoración de las pruebas de descargo para que la convicción de culpabilidad se integre en una valoración/motivación racional que no lesiones la presunción de inocencia ni el derecho a la tutela judicial efectiva.

Doctrina jurisprudencial unánime, de una parte establece que lo que sí está obligado el Tribunal es a *“ponderar y valorar la prueba de descargo junto con la de cargo, como presupuesto sine qua non indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional”*²¹⁰, advirtiendo reiteradamente que no puede por ello exigirse una valoración pormenorizada de todas o cada una de las pruebas de descargo. Podría añadirse que, con mucha más razón en una causa de las dimensiones de la presente. Por tanto, conforme a la doc-

²¹⁰ Por todas, STS 1564/2017 Ponencia Berdugo Gómez de la Torre. Igualmente SSTC 61/2019, 161/2016,148/2019.

trina jurisprudencial consolidada, lo que alcanza la categoría de infracción constitucional por lesión del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva, es la omisión de **todas o la mayor parte** de las pruebas de descargo – también la omisión de todas o la mayoría de las pruebas de cargo dejaría comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación --.

Se afirma en desarrollo de esa doctrina que tal modo de abordar la valoración de la prueba, en realidad, desvelaría una posición intelectual del tribunal por la que habría optado por una decisión y trataría después de atender solo a las pruebas que le permitirían fundamentarla, descartando, omitiendo y apartando de a realidad probatoria aquellas prueba que pusieran en crisis o desmintieran su posición de partida.

Así se describe este modo la infracción de preceptos constitucionales en la STS de 3 de mayo de 2006 según la cual la sentencia debe expresar un estudio

“lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la C.E. La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego <<fundamentarlo>> con un aporte probatorio sesgado en cuanto que sólo utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos.”

Como recuerda la STS 45/2011:

*“Tal planteamiento, no podía ocultar **la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo** con la dialéctica de todo proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y por tanto con vulneración del art. 9.3.º de la C.E.*

Ciertamente esta exigencia de vocación de valoración de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento sea cual fuese la decisión del Tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque, justo es reconocerlo, así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza -más allá de toda duda razonable

según la reiterada jurisprudencia del TEDH, y en el mismo sentido STC de 13 de julio de 1998, entre otras muchas-, para una decisión absolutoria bastaría duda seria en el Tribunal que debe decidir, en virtud del principio in dubio pro reo.”

La sentencia prescinde de pruebas de descargo y únicamente alude a “*las alegaciones*” de las defensas, a veces en conjunto y otras veces individualizadamente. Siempre desestimándolas. La modificación del término no es inocua. La “alegación defensiva” remite a un argumento; la prueba de descargo, se contiene en un documento, una declaración un informe o en cualquier otro medio probatorio.

Además de las ya referidas en el apartado anterior (documentos, certificados o declaraciones de Interventor y de Sra. Aguayo) Son otras pruebas de descargo no valoradas o valoradas con criterios ajenos a la lógica.

El propio Informe Adicional de ayudas del 2003 entregado el 2005.

El Informe Adicional de 2003 acredita que la Intervención sí podía controlar la gestión de las ayudas del programa 31.L, lo que desmiente la afirmación fáctica de la eliminación de controles que tiene en el relato inculpativo una importancia decisiva.

Obsérvese que el Informe Adicional desvela una contradicción interna de la resolución porque obliga a dos afirmaciones inculpativas incompatibles: que se eliminaron los controles y que desoyeron los avisos de quienes ejercían los controles.

Informes favorables de la Intervención en las modificaciones presupuestarias del programa 31.L.

Si la Intervención detectó irregularidades y deficiencias en la gestión del programa 31.L en 2003 y posteriormente informó favorablemente las modificaciones presupuestarias del mismo, este hecho tiene una significación exculpativa para JAGM evidente. Ya hemos comentado en otro lugar la argumentación absurda ofrecida por la Sala de instancia al vaciar de sentido exculpativo a esos informes favorables “*porque no eran vinculantes*”. Ya ha sido objeto de crítica que la Sala de instancia exija a JAGM que se aparte de los informes favorables de la Intervención a la que absuelve.

La ausencia de referencia alguna de la Cámara de Cuentas al uso de las transferencias de financiación en la 31.L.

La Sala de instancia incurre en una valoración de la prueba de culpabilidad de JAGM que adolece de la necesaria racionalidad, porque prescinde de un dato objetivo y relevante que resulta de una inequívoca significación exculpatoria: la Cámara de Cuentas no hizo advertencia ni alusión crítica alguna sobre el uso de las transferencias de financiación en el programa 31.L dedicado a ayudas a empresas y socio-laborales.

La sentencia de instancia refiere en numerosas ocasiones el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas y sus observaciones, sin mención de su fecha de elaboración. A los efectos de ofrecer una valoración racional de las pruebas en relación JAGM resulta muy relevante advertir que ese informe tan mencionado en la sentencia de instancia fue emitido, a propuesta del gobierno andaluz, presidido por JAGM y solicitado por el Parlamento Andaluz, en el mes de **Octubre de 2012**²¹¹. Tal fecha resulta relevante, no solo por estar fuera del periodo 2004-2009, sino porque a pesar de aparecer referida en la **página 406**, no es tomada en consideración para desvelar y resaltar otro dato relevante: **que hasta entonces la Cámara de Cuentas no había formulado reserva, tacha, observación o mención alguna, a pesar de tener como función específica “la fiscalización de las subvenciones”**²¹².

²¹¹ Ramo principal, Anexo 12, tomo 1, pdf. 197-291.

²¹² **Ley 1/1998 de 17 de marzo de la Cámara de Cuentas**. Artículo 4. 1. Son funciones propias de la Cámara de Cuentas de Andalucía, que ejercerá con total independencia: a) Fiscalizar la actividad económico-financiera del sector público de Andalucía, velando por la legalidad y eficiencia de cuantos actos den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico, así como de los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, de la recaudación, inversión o aplicación de los fondos públicos. **En todo caso, a la Cámara de Cuentas de Andalucía corresponde la fiscalización de las subvenciones**, créditos, avales u otras ayudas de los órganos del sector público andaluz, percibidas por personas físicas o jurídicas

Tampoco refiere la sentencia de instancia las amplísimas capacidades legalmente atribuidas a este organismo de control externo²¹³, que incluyen medios coercitivos de recopilación de la información necesaria.

La omisión por parte de la sentencia de instancia de este relevante hecho aleja su valoración de la prueba en relación con JAGM en este elemento de la exigible racionalidad y resulta especialmente inexplicable cuando dedica un FJ QUINTO que lleva por título “Los procedimientos de control de la administración de la Junta de Andalucía.” al que dedica desde la página 301 a 306, dedicando solo a los medios de control interno.

La sentencia de instancia ofrece una valoración sobre esta realidad que viene a contravenir las más elementales reglas de la lógica pues parece justificar la ausencia de alerta por parte de la Cámara de Cuentas en omisiones de otros organismos, obviando las funciones propias del organismo antes señaladas. Así aparece en la **página 426** el siguiente párrafo:

15.- Hasta aquí hemos descrito lo que fue, cómo y cuándo quedó reflejado en las actuaciones de control de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Reflejo que, salvo lo ya mencionado sobre las cuentas anuales e informes de auditoría de IFA/IDEA, en relación a la Cuenta General, era desconocido por la Cámara de Cuentas de Andalucía. Ha quedado plenamente acreditado, tanto de la documental, como de las manifestaciones de los interventores y técnicos de la Cámara, **que los informes de la intervención de la agencia IDEA no fueron objeto de traslado** a la Cámara, la cual sólo lo requiere cuando realiza algún informe singular del ente, cosa que no sucedió con IFA/IDEA en el periodo 2000-2011, **aunque pudo instarlo el Consejo de Gobierno**, ni tampoco fueron remitidos, ni fueron conocidos por el Parlamento de Andalucía (incluida su oficina presupuestaria).

²¹³ Artículo 9. 1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, la Cámara de Cuentas podrá requerir la colaboración y cooperación de los Entes mencionados en el artículo 2.º, quienes vendrán obligados a prestarla. 2. La Cámara de Cuentas podrá a) Exigir de cuantos Organismos y Entidades integran el sector público andaluz, los datos, informes, documentos o antecedentes que considere necesarios. b) Inspeccionar y comprobar toda la documentación de las oficinas públicas, libros, metálicos y valores, dependencias, depósitos, almacenes y, en general, cuantos documentos, establecimientos y bienes considere necesarios. En los casos contemplados en las letras a) y b) de este apartado segundo no será de aplicación el plazo previsto en el artículo 7.º para las actuaciones fiscalizadoras

Advierta el alto tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos el artificioso modo de referir las funciones de la Cámara de Cuentas. Conforme al tenor del mismo parecería que le fueron ocultados informes a la Cámara de Cuentas o no llegó a actuar porque el Consejo de Gobierno omitió solicitar su fiscalización. No es ocioso recordar que el gobierno solo puede pedir la actuación de la Cámara de Cuentas a través del Parlamento, ya que se trata de un órgano fiscalizador de origen y dependencia parlamentaria, y que la Cuenta General la confecciona el Interventor General y la remite a la Cámara de Cuentas con el contenido y el procedimiento establecidos en los artículos 94 a 97 de la ley General de Hacienda²¹⁴.

Para justificar la denuncia de un modo sesgado y ajeno a la argumentación racional alejada del puro voluntarismo arbitrario y sesgado baste recordar los siguientes artículos de la ley 1/1998:

-El art.4 (ver nota a pie anterior) que señala como función específica la fiscalización de subvenciones.

-El art. 8²¹⁵ que describe el modo de ejercitar la función fiscalizadora y no incluye la elaboración de ningún informe a instancias del Consejo de Gobierno

²¹⁴ Artículo 97 de la Ley General de Hacienda: Artículo 97 de la Ley General de Hacienda : 1. La cuenta general se formará por la Intervención General con las cuentas de cada uno de los Organismos, Instituciones y Empresas y demás documentos que deban rendirse al Parlamento de Andalucía, Tribunal de Cuentas y Cámara de Cuentas de Andalucía.

2. La cuenta general de cada año se formará antes del 31 de agosto del siguiente y se remitirá al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Andalucía, para su examen y comprobación antes del 30 de septiembre.

3. A efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las entidades cuyas cuentas deban integrarse en la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberán presentar, a la Intervención General de la Junta de Andalucía, sus cuentas, debidamente aprobadas por el respectivo órgano competente, antes del 1 de agosto del año siguiente a aquél al que se refieran, en la forma que establezca el citado centro directivo.

²¹⁵ Artículo 8. El ejercicio de la función fiscalizadora **se realizará**, con sometimiento al ordenamiento jurídico, por los procedimientos siguientes: **a)** Examen y comprobación de la Cuenta General Anual de la Junta de Andalucía a que se refieren los artículos 94 y siguientes de la Ley General 5/1983, de 19 de

ni tras la aportación de informes de la Intervención, facultando directamente al organismo para proceder al examen de las ayudas concedidas a personas físicas o jurídicas

-Art. 9 que establece la potestad para requerir documentación e incluso por medios coercitivos.

La artificiosa y equívoca alusión a la posición de la Cámara de Cuentas de la página 426 de la sentencia de instancia, debe denunciarse respetuosamente como nueva lesión del derecho a la presunción de inocencia que incluye una valoración de las pruebas conforme a criterios de racionalidad. La omisión de pruebas de descargo lesiona el derecho y tal lesión se incrementa si los datos de descargo, como es el caso, se manipulan o tergiversan conforme a una interpretación que choca con la evidencia de la literalidad de la ley 1/1998.

Y se incrementa esa confusa referencia alcanzando su punto más contradictorio, cuando se refiere la sentencia a la Cámara de Cuentas y la Cuenta General, al rechazar la argumentación de la defensa de que, en ningún momento, se hizo observación alguna por los organismos fiscalizadores sobre la contabilización por IFA-IDEA de las Transferencias de financiación:

Dice la sentencia en su **página 1478**:

"**Se alega** también que las Cuentas Generales de 2002, 2003 y 2004, aprobadas antes de la incorporación de José Antonio Griñán a la Consejería de Hacienda, se formalizaron por la Intervención General de la Junta de Andalucía y se remitieron al Parlamento, siendo informadas por la Cámara de Cuentas, sin que, en momento alguno, hiciera esta reproche u objeción alguna, ni al Programa 31L, ni a las Transferencias de Financiación. Señaló la defensa que hay que recordar que en la Cuenta General se incluyen todas las

julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma. **b) Examen y comprobación de las cuentas de las Corporaciones Locales. c) Examen y comprobación de las cuentas de las Universidades Públicas, así como de los Organismos Autónomos, Empresas Públicas y demás Instituciones o Entidades a que se refiere el artículo 2.1 de la presente Ley. d) Examen de las cuentas y documentos correspondientes a las ayudas concedidas por el Sector Público a personas físicas o jurídicas. Si fuera necesario, se realizará, en la contabilidad de los beneficiarios, las comprobaciones suficientes hasta ver qué cantidades, objeto de financiación, se han aplicado a las finalidades para las que fueron solicitadas**

operaciones presupuestarias, patrimoniales y de tesorería, llevadas a cabo por la junta de Andalucía, sus organismos y empresas. Y, por tanto, forman parte de ella los cuadros sobre estados de gastos, sus modificaciones y liquidación, sobre el estado de ingresos y la cuenta general de Tesorería, además de la ejecución del presupuesto por obligaciones contraídas y derechos reconocidos.

Alegación que no puede prosperar.

Como ya hemos indicado, los peritos de la IGAE manifiestan en el informe obrante en PPRI\INFORME IGAE COMPLETO\2.- 1º) INFORME COMPLEMENTARIO ENERO 2014, en cumplimiento de Auto de 16/12/13, objeto: funciones de la Cámara de Cuentas en la rendición de la Cuenta General. Como ya hemos indicado, los peritos de la IGAE manifiestan en el informe obrante en PPRI\INFORME IGAE COMPLETO\2.- 1º) INFORME COMPLEMENTARIO ENERO 2014, en cumplimiento de Auto de 16/12/13, objeto: funciones de la Cámara de Cuentas en la rendición de la Cuenta General, en la página 12 se afirma:

«Del contenido de las normas antes citadas se desprende que aunque las cuentas de las entidades públicas empresariales (caso de IFA-IDEA) se incluyen en la Cuenta General, no están consolidadas con las cuentas de la Administración de la Junta de Andalucía (entre las que se encuentran las de la Consejería de Empleo)...

Consecuentemente, la Cuenta General, aunque incluye las cuentas de IFA-IDEA, no pone de manifiesto por sí misma y de forma automática, que la Transferencia de Financiación que ella recibía del Programa 31 L no tenía como destino equilibrar su cuenta de pérdidas y ganancias... Dicha partida constituye la cuenta de enlace entre las de la Consejería y las de IFA-IDEA, la cual, en caso de consolidación entre ambas, habría evidenciado por sí misma su discrepancia de importes...»

Y entre las conclusiones, en la Conclusión Primera, obrante en la página 63, se afirma:

“La Cuenta General, tal como está regulada en su normativa específica, no consolida las cuentas de las empresas públicas (entre ellas IFA-IDEA) con la de las unidades administrativas (entre ellas la Consejería de Empleo), sin perjuicio de que unas y otras formen parte de aquella. Por ello, aunque la Cuenta General de la Junta de Andalucía incluya las cuentas de ambas entidades, no pone de manifiesto por sí misma y de forma automática, que la Transferencia de Financiación que IFA-IDEA recibía de la Consejería de Empleo por el programa 31 L no tenía como destino equilibrar su cuenta de pérdidas y ganancias... Dicha partida constituye la cuenta de enlace entre las de la Consejería y las de IFA-IDEA, la cual, en caso de consolidación entre ambas, habría evidenciado, por sí misma, su discrepancia de importes y, consecuentemente, su indebida aplicación. Mediante el mencionado proceso de consolidación, se habría puesto de manifiesto que las cantidades contabilizadas como gastos realizados por la Consejería de Empleo mediante Transferencias de Financiación a IFA-IDEA no coincidían con

las contabilizadas como ingresos recibidos por esta empresa pública (procedentes de la Consejería de Empleo). Sin embargo, dicha consolidación no viene establecida por la normativa aplicable al efecto.»

La sentencia al rechazar la alegación lo hace apoyándose en una argumentación de la pericial de la IGAE que, paradójicamente, viene a dar la razón a los argumentos de la defensa. Porque es obvio que la defensa de JAGM no se refirió, en ningún momento, a lo que se incluía en la Cuenta General en sí misma, sino *a los informes sobre la misma* efectuados, año tras año, desde 2000 a 2010, por la Cámara de Cuentas. Pero, si la Sala de Instancia afirma que con los datos de la Cuenta General era imposible conocer la inadecuada contabilización de las transferencias de financiación por la empresa y, consecuentemente, la existencia de desfases presupuestarios porque no se consolidan en ella los datos del programa 31L con las cuentas de IFA-IDEA, resulta claro que los datos manejados por la Consejería de Hacienda y por el gobierno andaluz eran los de la Cuenta General y su conocimiento se ceñía a ello, a menos que por la Cámara de Cuentas en su informe sobre la Cuenta General hubiera entrado en esa consolidación de cuentas (que obviamente debería haber efectuado con las atribuciones y medios con los que cuenta pero no hizo) y efectuado un reproche o un informe ad hoc denunciando la forma inadecuada de contabilización por la empresa de las TF, cosa que nunca hizo.

Por lo tanto, queda sin enervar la alegación que en su día hizo la defensa de JAGM:

“Se alega también que las Cuentas Generales de 2002, 2003 y 2004, aprobadas antes de la incorporación de José Antonio Griñán a la Consejería de Hacienda, se formalizaron por la Intervención General de la Junta de Andalucía y se remitieron al Parlamento, **siendo informadas por la Cámara de Cuentas, sin que, en momento alguno, hiciera esta reproche u objeción alguna, ni al Programa 31L, ni a las Transferencias de Financiación.**”

El auto de 24 de junio de 2015 dictado por el Juez instructor del Tribunal Supremo.

Como prueba y argumento de descargo de JAGM en tanto que ofrecía una acreditación de su desconocimiento de la existencia de desvío de fondos públicos, se ofreció a la Sala de instancia (no una “alegación”) sino **la valoración que el Juez Instructor del TS** había hecho, a la vista de todos los materiales enviados des-

de el Juzgado de Instrucción n. 6 de Sevilla. Las consideraciones de tan autorizada instancia, deberían haber resultado valiosas para la Sala de instancia porque esos materiales conocidos por el Instructor del TS, eran coincidentes con las pruebas de cargo en el momento del juicio oral. Es decir, en el juicio oral no había aparecido hecho o dato nuevo o distinto de los conocidos por el Instructor del Tribunal Supremo.

A la vista de esos materiales, el Instructor decidió en su momento no imputar el delito de malversación (que figuraba en la pre-imputación contenida en el Informe motivado remitido por el Juzgado número seis de Sevilla). El Magistrado del TS entendió que en relación a JAGM

“no se ha acreditado que interviniera en la concesión concreta de ayudas fraudulentas de fondos públicos ni que supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas”.

Frente a una valoración tan contundente ofrecida por una instancia tan autorizada, la valoración ofrecida en las **páginas 1483 1486** de la sentencia de instancia ofrece nuevos motivos de crítica por ausencia de racionalidad.

La Sala de instancia, acepta que no existen datos relevantes posteriores a los que fueron valorados por el magistrado Instructor, pero no toma en consideración la evidente significación exculpatoria de tal claro y relevante pronunciamiento del siguiente modo:

“El razonamiento contenido en el auto del Sr. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2015, en relación con la no apreciación de indicios de un delito de malversación, es un razonamiento “orbiter dicta”.

La calificación del razonamiento que explica por qué no procederá a imputar ese delito como pronunciamiento “obiter dicta” es arriesgada, pues tal afirmación en ningún caso puede ser tomada como tangencial o “de paso” en aquella resolución.

Pero, en todo caso, la defensa no planteaba la cosa juzgada a la que la Sala de instancia parece contestar, obviamente, sino la *valoración de la falta de indicios* – no digamos de pruebas – de una autoridad judicial cualificada, que tenía ante sí mismo idéntica información que la Sala de instancia. El auto del Tribunal Supremo afirma “*no se ha acreditado*”, lo que supone trasladar el resultado de una valoración. No es una digresión doctrinal; no es una reflexión teórica o doctrinal, sino una tan simple como tajante constatación, de la que la Sala de instancia prescinde.

La respuesta formal de la Sala de instancia merece crítica por insuficiente.

Pero además, tal respuesta deviene arbitraria cuando la propia Sala, esta vez en relación con el delito de prevaricación, utiliza como elemento incriminatorio un pronunciamiento similar (también debería ser tenido como “*obiter dicta*”) *del la misma resolución del Tribunal Supremo*.

En **página 1463** la Sala de instancia reseña las expresiones del mismo auto del TS, esta vez sobre la gravedad de las irregularidades detectadas en el informe de 2003, pero ahora dándoles una distinta consideración:

“Argumentación con la que convenimos y hacemos nuestra”.

Es claro que la Sala de instancia podría compartir una parte de las consideraciones del Instructor del TS y no compartir otra. Lo que incluye el derecho a la tutela judicial efectiva de JAGM es una mínima explicación racional de esa diferente valoración. Y lo que lesiona el derecho a la presunción de inocencia es que la valoración incriminatoria ofrecida incurra en incoherencia o arbitrariedad. Y así cabe calificar que se descarte la consideración exculpatoria por ser un *obiter dicta*, si la parte que se “hacemos nuestra” es también un *obiter dicta*.

Es obvio que no podemos conocer por qué la parte exculpatoria del auto del TS no la hacen suya los Magistrados de la Sala de instancia, porque la razón ofrecida es desmentida por ellos mismos, poco después.

La ausencia de esa respuesta o contra-argumentación racional es lo que lesiona el derecho de JAGM a que la convicción de su condena incluya una respuesta racional a sus argumentos de descargo.

3.3.3. (Subsidiariamente). La ausencia de motivación o justificación del convencimiento de culpabilidad respecto del ánimo de lucro.

Utilicemos de nuevo la referencia del auto del Magistrado Instructor del TS y advirtamos la diferencia entre su identificación del elemento subjetivo y la que hace la Sala de instancia.

El Magistrado del TS afirma que no encuentra indicios de que mi mandante:

“...supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas”.

La Sala de Instancia, como ya hemos aludido reiteradamente afirma que mi mandante

“...asumió la eventualidad de que los fondos fueran destinados a un fin distinto del previsto”

La Sala de instancia no refiere el “lucro”.

¿Cómo argumenta la Sala de instancia la convicción de culpabilidad de ese elemento del delito de malversación?

Estamos ante una nueva laguna de motivación de la condena.

El **hecho** de que no aparezca relación alguna, ni vinculación de ningún tipo, ya sea familiar o de procedencia local o del tipo que sea, entre JAGM y los destinatarios de los fondos, no ha sido considerado en la valoración de la convicción de culpabilidad de la sentencia de instancia.

Además de tratarse de una premisa lógica elemental, que quien afronta los riesgos asociados a la comisión encadenada de graves delitos, incluya en su plan algún provecho, en el delito de malversación tal premisa alcanza la categoría de elemento del delito que debe concurrir en la persona de su autor. Incluso si se

articulada la condena a través de un *dolo eventual* – de difícil convivencia con concursos mediales o delitos continuados que exigen un plan del autor – de alguna manera, corresponde al derecho del condenado conocer y es exigencia para la Sala explicar por qué ha concluido que debía tener por probado que JAGM asumía o se representaba alguna forma de beneficio, por amplio que sea el significado del término.

La resolución impugnada lesiona ese derecho contenido en el derecho fundamental a la presunción de inocencia en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva por no responder a esa exigencia: no es posible encontrar algún argumento o explicación de esa convicción de culpabilidad respecto de JAGM en cuanto ese elemento referido al provecho, ventaja, lucro o beneficio obtenido por aquel que es condenado como autor de un delito de malversación por el desvío de cientos de millones de euros de fondos públicos.

El lucro, el beneficio, la ventaja del tipo que sea, forma parte de los elementos del delito de malversación, cuya prueba es preciso exponer.

Breve referencia final a la ausencia de valoración por el tribunal del “hecho notorio” del patrimonio de JAGM

Con plena conciencia de las dificultades técnicas del encaje de las siguientes alegaciones en cualquier apartado del presente recurso y adelantando por ello las pertinentes disculpas por si se consideraran improcedentes, nos referiremos brevemente al patrimonio de JAGM como *hecho notorio* y elemento de descargo desconocido por la Sala de instancia. Como expondremos seguidamente, en ningún caso se trata de un argumento extravagante. Invocamos como excusa o disculpa que lo hacemos apremiados por un principio de justicia material ineludible en la jurisdicción penal que tan severa y radicalmente afecta los más esenciales derechos de los individuos. Precisamente por ello, esta jurisdicción es tan reacia a detenerse ante barreras formalistas o aceptar recortes protocolarios que pongan trabas a la búsqueda de la verdad material. Es lógico el temor de no coadyuvar suficientemente a que cualquier tribunal penal pueda separarse por algún motivo indeseable de la realidad, en el fundamento de hecho de una resolución condenatoria.

En cumplimiento de elementales deberes de lealtad y buena fe procesal, solo cabe reconocer dificultades técnicas de esta alegación. La primera, su extemporaneidad al ser planteada *ex novo, per saltum*: no cabe quejarse de que los magistrados de instancia no consideren un dato favorable que no fue puesto encima de la mesa probatoria en tiempo y forma. Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es que en el “Diccionario del Español Jurídico”²¹⁶ aparece la entrada “Hechos Notorios” para definir aquellos que “*por su evidencia quedan dispensados de ser probados en juicio*”. Tal condición puede predicarse del patrimonio de JAGM a pesar de la naturaleza reservada de tales datos, por dos razones que excepcionan en este caso esa habitual reserva y, más allá de la excepción, convierten esos datos en públicos y conocidos por una generalidad de personas, de manera cierta e indubitada.

La primera razón que excepciona la naturaleza reservada de ese dato es que atendida la condición de Presidente de la Junta de Andalucía en el año 2012 y en aplicación de normas de transparencia y control de cargos públicos²¹⁷, su patrimonio **fue publicado** en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía²¹⁸. Y por razones similares, esta vez por su condición de Senador en la X Legislatura, esos datos patrimoniales dejaron de ser reservados para **ser públicos y publicados** en el Boletín Oficial de las Cortes Generales²¹⁹

La segunda razón que eleva la mera publicidad oficial de boletines de divulgación limitada -- si bien incluida también en las páginas web oficiales --, a la publicidad efectiva y real, hasta alcanzar una acreditada difusión pública, consistente en la certeza del conocimiento público generalizado en toda la comunidad

²¹⁶ Primera Edición Abril 2016 Segunda tirada junio de 2016, página 882

²¹⁷ Los artículos 10 y 11 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, LEY 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos (BOE 17 de mayo de 2005, página 16491) establecen la obligación de los Altos Cargos de la Administración.

²¹⁸ BOJA núm. 58 de 23 de marzo de 2012 página n. 17.

²¹⁹ Número239 de 26 de septiembre de 2013 páginas 6 a 10.

andaluza y nacional, por la conversión de los datos oficiales en titulares de prensa, como acreditan multitud de referencias en fuentes abiertas²²⁰.

Esos titulares por su número y tratamiento acreditan una difusión general y extendida de esos datos patrimoniales. De otro lado, la calidad de las fuentes permitía alcanzar la más que razonable certeza sobre la veracidad de las mismas.

La presente alegación es tardía debido al comprensible pudor personal de JAGM al que solo ha aceptado renunciar en el durísimo trance vital de abordar la tarea de impugnar una sentencia de instancia que, tras décadas de vocacional servicio público, le condena a seis años de prisión.

A los efectos del contenido de la presente alegación, resulta evidente -- y obviado en la sentencia de instancia que respetuosamente se impugna --, que el

²²⁰ Por todas se señalan las siguientes referencias:

https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2016-11-04/grinan-sin-pension-y-con-su-casa-embargada-esperara-un-ano-mas-el-juicio_1285298/

<https://www.20minutos.es/noticia/1292661/0/grinan/patrimonio/publico/>

https://www.elplural.com/autonomias/andalucia/grinan-cumple-su-compromiso-y-publica-su-renta-y-patrimonio_46985102;

Según los datos publicados en su página web, el presidente de la Junta de Andalucía es propietario del 50 % de una vivienda en Sevilla con un valor catastral de 25.768,67 euros, cuenta con un saldo en cuentas bancarias de 14.207 euros y es titular del 50 % de un plan de pensiones con un valor de 22.731,93 euros

https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-patrimonio-tiene-grinan-para-pagar-42-millones-fianza-201611041304_noticia.html :

*Qué patrimonio tiene Griñán para pagar los 4,2 millones de fianza? Los bienes del presidente, una vivienda compartida con su mujer y un plan de pensiones, no cubren la responsabilidad pecuniaria Según la última **declaración de bienes que presentó en el Senado**, cuando asumió el cargo en septiembre de 2013 por la cuota que corresponde a la Comunidad de Andalucía, cuenta con una vivienda en Sevilla con un valor catastral de 25.767 euros, cuya titularidad comparte con su esposa. A 31 de agosto de 2013, justo cuando dimitió como presidente de la Junta cuando **la juez Mercedes Alaya lo señaló en el caso ERE**, Griñán, que será enjuiciado por dos delitos continuados de prevaricación y malversación de fondos públicos y otro de asociación ilícita, disponía en su **cuenta corriente de 27.022,51 euros**. Además, disponía de un plan de pensiones, también con titularidad compartida al 50%, en el que llevaba ahorrados 50.055,14 euros. A estas posesiones, Griñán suma dos automóviles: **un Nissan Primera y un Fiat Punto**, adquiridos en 2002 y 2008, respectivamente, según la declaración de bienes que consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales*

hecho de que tras haber ocupado las más altas magistraturas del Estado incluidas las asumidas en el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el patrimonio de JAGM el año 2012 y 2013 sea y tenga la dimensión y cuantía del publicado oficialmente, divulgado por los medios de comunicación y conocido como hecho notorio (del 50 % de una vivienda en Sevilla con un valor catastral de 25.768,67 euros, cuenta con un saldo en cuentas bancarias de 14.207 euros y el 50 % de un plan de pensiones con un valor de 22.731,93 euros y *dos automóviles: un Nissan Primera y un Fiat Punto, adquiridos en 2002 y 2008, respectivamente*) **acredita por sí mismo la limpia ejecutoria de un servidor público --por cierto, como la de tantos otros --.**

Por ello para ajustar su enjuiciamiento a la ineludible premisa de la mayor aproximación a la verdad material o a la realidad debería descartarse, si es que la hubiere --- que ni siquiera aparece ni entre los HHPP ni en los FFJJ – la existencia en JAGM de todo rastro, vestigio, indicio o referencia de algún tipo o modalidad de alguna representación mental, previsión o asunción de la idea de aprovechamiento patrimonial y/o desleal de su cargo. Añádase a ello que, a propuesta del gobierno presidido por JAGM, el Parlamento andaluz suprimió, en junio de 2011, el derecho que tenían reconocido por Ley de 2005 los expresidentes a percibir, en el momento de su jubilación, el 60 por ciento del sueldo correspondiente al cargo de Presidente de la Junta de Andalucía.

Como consecuencia jurídica de este último argumento del recurso, cabe concluir que resulta inviable incluir entre los hechos acreditados la presencia de ánimo de lucro, en cualquiera de sus acepciones por muy amplias y difusas que fueren, ni representación o asunción de ninguna tipo, en su actuación como autoridad entre 2004 y 2009, que ha sido objeto de escrutinio judicial en las presentes actuaciones penales.

El patrimonio de JAGM acreditado y conocido es, además de un hecho notorio de descargo ignorado, como saldo final de casi cincuenta años de servicio público, es también el más simple y valioso reconocimiento, que no por conocido merece, en este duro y trascendental momento vital, ser obviado.

CONCLUSION DE ESTE APARTADO.

La sentencia de instancia no ofrece una explicación racional de cómo llega a tener por acreditados los elementos del delito de malversación. No ofrece una argumentación de su convicción de culpabilidad respecto del elemento de la relación de JAGM con los fondos y en los demás elementos se advierten fallas lógicas y una ausencia de toma en consideración de pruebas de descargo, lo que lesiona el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

3.5. Efecto y suplico.

La exposición de la sentencia de la convicción de culpabilidad del Tribunal de los distintos elementos del delito de prevaricación y malversación por los que condena a JAGM incurre en lagunas o vacíos, saltos lógicos, inferencias inmotivadas y carentes de lógica, además de incurrir en una valoración sesgada que prescinde de pruebas de descargo sobre extremos esenciales.

La sentencia de instancia, por este motivo de infracción de preceptos constitucionales debe ser casada pues lesiona el derecho a la presunción de inocencia por su ausencia de coherencia y racionalidad en su argumentación de la convicción de culpabilidad sobre los elementos objetivos y subjetivos de los delitos por los que condena a JAGM.

V. **SUPlico.**

UNICO.- El dictado de una sentencia que estimando los motivos de casación expuestos acuerde casar y dejar sin efecto la resolución impugnada que condenaba a mi mandante por un delito continuado de prevaricación en concurso con un delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso medial y proceda al dictado de nueva sentencia **absolutoria.**

MOTIVOS I

Por haber incurrido la sentencia de instancia en una aplicación indebida de los artículos 404 y 4321. y .2, en relación con el art. 74 y 77, todos del Código Penal por no ser los HHPP referidos a JAGM incardinables en un delito de prevaricación administrativa continuada en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos continuado.

(Subsidiariamente) MOTIVOS II,

Por haber incurrido la sentencia de instancia en error en la apreciación de pruebas documentales aportadas en la causa y no contradichas por otras pruebas que introducen modificación en los HHPP que conducen a la absolución.

(Subsidiariamente). MOTIVO III Y MOTIVOS IV

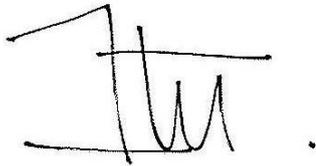
Por haber infringido la condena normas constitucionales que regulan el juicio debido con lesión del derecho de defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia.

Por lo expuesto,

SUPlico A LA SALA que tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación

por infracción de ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, contra la sentencia dictada en el Rollo arriba indicado y, previos los trámites legales, acuerde estimar los motivos de casación alegados, casando la sentencia dictada, con las consecuencias derivadas y contenidas en las peticiones incluidas en el cuerpo del escrito y, expresamente contenidas en el apartado SUPPLICO, dictando nueva sentencia acordando la absolución de mi mandante, con cuanto más en Derecho proceda.

Es justicia que pido en Madrid, 15 de junio de 2020



Ldo. José María Calero Martínez

Colegiado del ICA núm. 11874

Fdo.: **R. GRANIZO PALOMEQUE**

Procurador de los Tribunales