

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo 2

Tlf.: 955540452 / 955540456. Fax: 955005024

NIG: 4109143P20146000040

RECURSO: Apelación Penal 3856/2017

Proc. Origen: Diligencias Previas 966/2014

Juzgado Origen : JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA

Negociado: A

Apelante:. MANOS LIMPIAS y PARTIDO POPULAR

Abogado:.

Procurador:.

Apelado: MANUEL GAVILAN JIMENEZ, ANTONIO FERNANDEZ GARCIA, ANTONIO FERNANDEZ RAMIREZ, MARINA MARTIN JIMENEZ, BLAS MENDEZ CAPEL, JUNTA DE ANDALUCIA y AURORA COSANO PRIETO

Abogado:

Procurador:

A U T O

Nº 485/2019

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Mercedes FERNÁNDEZ ORDOÑEZ

Dña. Purificación HERNÁNDEZ PEÑA

D. Rafael DÍAZ ROCA (ponente)

En la ciudad de Sevilla, a primero de julio de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto por la entidad **“PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA”** contra auto dictado en las Diligencias Previas número 966/2014 del Juzgado de Instrucción, ya referenciado, acordando decretar el sobreseimiento y archivo provisionales de las dichas Diligencias Previas, aperturadas con fecha 07 de marzo de 2014. Es parte apelada el Ministerio Fiscal; Manuel Gavilán Jiménez; Antonio Fernández García; Antonio

Fernández Ramírez; Marina Martín Jiménez; Blas Mendel Capel y Aurora Cosano Prieto.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 06 de Sevilla dictó el día 11 de octubre de 2016 auto por el que acordaba el sobreseimiento y archivo de las actuaciones a las que se contraen las Diligencias Previas número 966/2014 de dicho Juzgado (fols. 63.962 a 63.987), auto aclarado por otro de fecha 30 de noviembre de 2016 en el que se especificaba que el sobreseimiento era de carácter provisional (fols. 64.116 y 64.117).

Contra dicho auto se interpuso por la representación procesal de la acusación popular ejercitada por el Partido Popular de Andalucía, recurso de reforma con fecha 12 de diciembre de 2016 (fols. 64.146 a 64.154); siendo éste desestimado por auto de 01 de febrero de 2017 (fols. 64.282 a 64.296)

Segundo.- Contra dicho auto la referida acusación popular dedujo, en tiempo y forma, recurso de apelación con fecha 10 de febrero de 2017 (fols. 64.319 a 64.543).

Admitido el recurso a trámite por providencia de 14 de febrero de 2017 (fol. 64.675), se dio traslado a las partes por esa misma resolución.

A consecuencia de dicho traslado:

a).- El Ministerio Fiscal impugna el recurso en escrito de 14 de noviembre de 2016 (fols. 64.073 a 64.081).

b).-Con fecha 21 de febrero de 2017 la representación procesal de Manuel Gavilán Jiménez deduce escrito impugnando el recurso.

c).- La representación procesal del Sindicato de Funcionarios Manos Limpias se adhiere parcialmente al recurso interpuesto por medio de escrito de 21 de febrero de 2017, si bien no cabe tal adhesión al recurso deducido ya que la resolución recurrida no es una sentencia y la apelación no se tramita por el artículo 790.1,2ª LECrim, sino por su artículo 766.

c).- El 22 de febrero impugna el recurso la representación procesal de Antonio Fernández García.

d).- Las representaciones procesales de Antonio Fernández Ramírez y Blas Méndez Capel impugnan el recurso con fecha 23 de febrero.

e).- La defensa de Marina Martín Jiménez pide la inadmisión a trámite del recurso interpuesto con fecha 23 de febrero de 2017.

f).- La acusación particular ejercitada por la Junta de Andalucía se opone al referido recurso en escrito de sus servicios jurídicos de 24 de febrero de 2017.

g).- Con fecha 27 de febrero de 2017 la representación procesal de Aurora Cosano Prieto se opone, asimismo, a la estimación del recurso.

Contra el auto originario se presentó, igualmente, recurso de apelación por el Sindicato de Funcionarios Manos Libres, lo que es objeto de resolución aparte en Rollo de Sala número 1.922/17.

Con fecha 15 de febrero de 2017 el referido Juzgado dictó providencia (folios 64.754 a 64.756) ordenando elevar la Pieza del Recurso a esta Audiencia para su resolución, acompañada de copia íntegra de las actuaciones, siendo el último folio numerado el correspondiente al 64.756 (Tomo CLXXXIV), habiéndose remitido las actuaciones en formato .PDF o en formato .PNG y en discos versátiles y las actuaciones posteriores a tal folio, último numerado, en copia impresa en la Pieza de Apelación.

Tercero.- Recibidos los autos en esta Sección el 11 de abril de 2017, se

incoó Rollo de Sala número 3.856/2017 y se designó Ponente al Ilmo. Sr. Presidente de esta Sección D. Pedro Izquierdo Martín.

Con fecha 02 de mayo de 2017, la representación procesal del Partido Popular de Andalucía instó incidente de recusación del Ilmo. Sr. Presidente de la Sección y ponente de estos autos.

Con fecha 09 de mayo de 2017 se dictó diligencia de ordenación del Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección Primera al objeto de requerir a la acusación popular recusante de subsanación de defecto del poder aportado, efectuándose ello con fecha 10 de mayo de 2017.

Con fecha 13 de julio de 2017 se nombra ponente para tramitación de la recusación al Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Antonio Calle Peña, substituido con fecha de 12 de febrero de 2018 por el Ilmo. Sr. D. Rafael Díaz Roca al ser el primero designado Ponente en causa especial.

Por providencia de 08 de mayo de 2018 se remite a la oficina de reparto el incidente para tramitación.

La Instrucción del incidente correspondió a la Sección Séptima de esta Audiencia, remitiéndose por ésta las actuaciones a la Sección Cuarta para resolución una vez completo el expediente. Tras los traslados oportunos se dictó por dicha Sección auto número 1.099/2018 de 25 de octubre estimando justificada la causa de recusación y el apartamiento del Ilmo. Sr. Magistrado recusado del procedimiento con designación del substituto reglamentario.

Con fecha 06 de noviembre de 2018 se recibe en esta Sección el auto antedicho, designándose ponente para la resolución del recurso al Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Rafael Díaz Roca al que corresponde la substitución ordinaria del Ilmo. Sr. Presidente recusado.

Por providencia de 15 de mayo de 2019 se libra providencia por la que se ordena comunicar la nueva composición de la Sala resultante de la jubilación, el

pasado 03 de mayo de 2019, de la Ilma. Sra. Magistrada, Dña. María Auxiliadora Echávarri García.

Efectuada deliberación entre los días 16 de mayo a 28 de junio de 2019 sobre el proyecto de resolución presentado por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente con fecha 29 de abril de 2019; la Sala ha acordado resolver tal como se expresa a continuación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Cuestiones Preliminares I. Inadmisibilidad de la Apelación por Falta de Reforma Previa.-

Previamente a entrar en el fondo del recurso deducido por esta acusación popular, debe responderse a las cuestiones obstativas que han planteado dos de las contrapartes en cuanto ambas cuestiones afectan a la posibilidad de ese pronunciamiento sobre el recurso o la parte substantiva del mismo.

En primer lugar, en su oposición a la apelación deducida por el Partido Popular de Andalucía, la Junta de Andalucía plantea genéricamente la cuestión de los límites de la apelación en relación al recurso de reforma previo y, consecuentemente con ello, menciona los puntos del recurso de apelación interpuesto por el Partido Popular de Andalucía que quedarían afectados por la tesis que sostiene y, respecto de los cuales, entiende que no cabe pronunciamiento en apelación.

A tal alegación debemos decir lo siguiente:

A).- Respecto de la cuestión general.-

En primer lugar, conviene aclarar, dada la imprecisa redacción del motivo, que éste es inasumible si lo que se alega es, propiamente, la existencia de un límite

genérico o abstracto a la competencia funcional del Tribunal *ad quem* en base al contenido del recurso no devolutivo y potestativo previo, caso de que exista, y al contenido del auto del órgano *a quo* que lo resuelve (debe interpretarse que siempre que en éste no existiera incongruencia omisiva, pues ello faculta al Tribunal en todo caso a exceder tal contenido). Y decimos que no puede plantearse la cuestión, ni concordar con la misma, en estos términos, porque el recurso de apelación es un recurso de plena jurisdicción en virtud del cual el órgano revisor adquiere potestad, competencia funcional, para decidir sobre todas las cuestiones planteadas en el recurso que sean de su competencia objetiva y territorial y las que se deriven necesariamente de tal recurso o afecten al principio de legalidad o derechos constitucionales.

Lo que la parte aduce tiene otro anclaje. Así, debe interpretarse que lo que arguye la acusación particular ejercitada por la Junta de Andalucía, que va más allá de lo que invocan las propias defensas, es que no cabe a ninguna parte en el proceso plantear ahora en apelación asuntos inéditos o diferentes de aquellos que se pusieron en cuestión a través del previo recurso potestativo de reforma, pues el límite máximo de lo que la parte puede recurrir devolutivamente en apelación es aquello que recurrió no devolutivamente en reforma. Se hace, pues, referencia a aquello que la parte puede recurrir, no a aquello a lo que en abstracto alcanza la competencia del Tribunal *ad quem*. Es decir, éste puede pronunciarse en abstracto sobre todo, pero en concreto sólo sobre aquello que la parte recurrente haya planteado en el recurso devolutivo previo, pues el concreto ejercicio de tal recurso cercena para quien lo ejercita la posibilidad de recurrir otras cuestiones. Lo que se delimita o acota son las posibilidades del contenido del recurso, no directamente las posibilidades de pronunciamiento en abstracto del Tribunal de Apelación. La consecuencia práctica es la misma, pero conviene dejar los principios procesales en su debido lugar.

Sentado lo anterior, no podemos concordar con la alegación de esta parte, pues está mezclando asuntos diferentes y confundiendo cuestión nueva y argumentación nueva o diferente.

Así, una cosa es no poder plantear cuestiones nuevas en el recurso de apelación no planteadas en la instancia y sobre las cuales el órgano *a quo* no tuvo oportunidad de pronunciarse. Por ejemplo, se dicta un auto de suspensión de condena y en apelación se solicita subsidiariamente una substitución, cuando ésta cabía, u otra vía de acceso a la suspensión diferente. En estos casos lo que la parte está legitimada a llevar a la apelación fue aquello que planteó ya en el de reforma, pero no puede hacer peticiones nuevas, que suponen mutación del objeto de impugnación. Así, aunque el recurso de apelación permite al Tribunal examinar en su integridad el proceso, no es un nuevo juicio o una segunda oportunidad que hace desvanecerse lo ya actuado, sino que se limita a revisar lo ya hecho y resuelto, no pudiéndose pronunciar sobre cuestiones o problemas distintos de los planteados en la instancia, conforme a lo expresamente establecido en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La congruencia de una resolución en apelación ha de establecerse en relación con las pretensiones formuladas, sin que sea el recurso de apelación momento hábil para proponer cuestiones no planteadas en la fase expositiva ante el Juzgado. Toda materia nueva y la pretensión de que ésta se resuelva *per saltum* debe ser rechazada sin más, pues entrar en esta segunda instancia en su examen supondría una transgresión de los principios de igualdad, preclusión, competencia y oportunidad procesal.

Otra cosa diferente son las argumentaciones nuevas. La parte recurrente en apelación está perfectamente legitimada para argumentar como le parezca oportuno en apelación y de forma diferente a como lo hizo en reforma, incluso ampliando su argumentación. La única y lógica condición, es que sobre los puntos sobre los que

argumenta haya recaído resolución del órgano *a quo*, sin que pueda desconocerse lo que éste ya resolvió en el auto originario que se recurre en reforma. Así, debe destacarse:

1º).- La ley procesal no construye el recurso de apelación en función del previo recurso devolutivo que, pese a la dicción del artículo 222 LECrim, es, en todo caso, potestativo dado que no estamos en sede de procedimiento ordinario o sumario. Siempre que el objeto de debate sea el mismo, las argumentaciones y razonamientos o puntos de discusión de las partes pueden variar. Así lo evidencia el tenor del artículo 766.4 LECrim cuando habilita un trámite de alegaciones para el apelante que recurre en reforma y subsidiaria apelación, trámite que no tendría sentido de aceptar la interesada identificación que hace la acusación particular entre cuestión nueva y argumentación nueva, siendo obvio que tales argumentaciones pueden ser distintas de las deducidas en la previa reforma, pues entonces no tendría sentido el trámite de este precepto, que quedaría reducido a una inútil y mera repetición y así lo ha expresado la jurisprudencia en las muy contadas ocasiones en que se ha efectuado una alegación parecida (AAP Castellón {Sección 2ª}, número 304/2003 de 22 de noviembre).

2º).- Por otro lado, de aceptar el punto de vista de la Junta de Andalucía se estaría privilegiando una forma de recurrir: la apelación subsidiariamente presentada, sobre otra: la apelación independiente tras el recurso de reforma; pues en la primera se podría alegar de forma novedosa y en la otra no. Es más, el trámite del artículo 766.4 sólo puede tener como fundamento no dejar en peor posición al que, por mera economía procesal, acude al recurso subsidiario de apelación. Si se le habilita un trámite para hacer nuevas alegaciones es evidente que ello es porque el recurrente sucesivo, primero reforma y desestimada ésta, apelación; dispone de una ventaja en cuanto a razonar y argumentar la impugnación de la resolución originaria de la que no dispondría el recurrente subsidiario si no se le habilitara ese

trámite.

3º).- No existe norma alguna que obligue al recurrente a argumentar en reforma lo que pueda o quiera alegar en apelación. La naturaleza y operatividad de ambos recursos es diferente.

En definitiva, no cabe pronunciamiento alguno cuando se interpone cuestión nueva, bien en el recurso de reforma, bien en el recurso de apelación. Pero el recurso de apelación no versa sobre el auto de reforma. Lo que se apela es también la resolución originaria, aquella que se pudo recurrir o no en reforma, que es recurso potestativo; y con la que la resolución librada en vía de reforma integra una unidad desde el momento en que el auto librado en reforma confirma, por entero o substancialmente, el auto originario. De este modo, puede discutirse en reforma o apelación cualquier materia que esté comprendida en la resolución originaria que luego se recurre. Cuestión nueva equivale a pedimento nuevo, a actuación impugnatoria nueva, no a distinta argumentación y fundamentación de la que siempre se pretendió.

En el caso que se nos somete a consideración no hay tal cuestión nueva en lo que se refiere a la argumentación general presente en la apelación y referente a cuestiones de fondo. La voluntad impugnatoria del sobreseimiento dictado es clara en el recurso de reforma interpuesto y en el mismo, aunque no se desarrolle, es obvio que se discute el sobreseimiento dictado en el punto tercero del recurso en el que no se está pidiendo, precisamente, el sobreseimiento libre.

B).- Respecto a los concretos puntos discutidos.- Alega, en concreto, la Junta de Andalucía que no se ha recurrido en reforma varios de los puntos que suscita la acusación popular recurrente en apelación. Tales puntos son los siguientes:

a).- La vulneración del derecho a un juez imparcial por la existencia de supuestos prejuicios en la Instructora y la consiguiente realización de interrogatorios que califica de capciosos y sesgados.

b).- La falta de entrega de todas las grabaciones solicitadas por la referida acusación popular al Juzgado, relativas a la integridad de las actuaciones practicadas en las Diligencias Previas.

c).- La alegación sobre inexistencia de indicios de criminalidad y extralimitación por ejercicio por el Juzgado Instructor de funciones atribuidas al órgano de enjuiciamiento al valorar los hechos investigados.

En lo que se refiere al punto primero, éste no es más que desarrollo, desmesurado y seguramente prescindible, del pertinaz propósito del recurrente en poner en tela de juicio la falta de imparcialidad de la Ilma. Sra. Magistrada instructora y la, a su juicio, consiguiente necesidad de apartarla de cualquier conocimiento de los autos. Tal propósito está ya presente en el recurso de reforma y no conforma una petición nueva.

En lo que se refiere al punto segundo, lo concerniente a las grabaciones, no es objeto del recurso de reforma, pero sí debe entenderse legitimada la parte para la alegación por cuanto, como reconoce el propio alegante, en el auto resolutorio de la reforma se hace referencia a la cuestión, que está relacionada estrechamente con la alegación que se efectuaba de falta de imparcialidad.

En lo que se refiere al punto tercero son, como dijimos antes, argumentaciones, ciertamente nuevas, efectuadas para oponerse al sobreseimiento, oposición que se manifiesta con diamantina claridad en el recurso de reforma.

Cierto es que no se acierta a comprender cómo el recurrente Partido Popular de Andalucía no cuidó más la redacción de su recurso de reforma, incluyendo alguna cláusula general de oposición a la totalidad del contenido del auto mínimamente elaborada, cosa que hubiera ahorrado a la Administración alegante forzar los argumentos de esa manera, al Tribunal el trabajo y al recurrente el peligro; pero no lo es menos que no existe el vicio en su recurso que se nos alega para que el Tribunal no entre en el fondo del asunto.

No obstante, llama la atención, y ello evidencia que todo el esfuerzo argumentativo de la acusación particular está dirigido a que se entre o no en el fondo del asunto; que no se mencionen como peticiones nuevas no incluidas en el recurso de reforma las que hace la acusación popular recurrente a los folios 80 al 98 de su escrito de apelación acerca de diligencias a practicar en los autos, que efectivamente no se encuentran en el recurso de reforma presentado y que, obviamente, sí constituyen cuestiones nuevas a efectos de estos recursos, sobre las que no puede pronunciarse *per saltum* este Tribunal pues no se ha dado la oportunidad a la Ilma. Sra. Magistrada *a quo* de poder razonar sobre tales diligencias, por lo que ante tal falta de alegación, en lógica coherencia ningún pronunciamiento se produjo ni se puede pedir su revisión en una instancia o recurso posterior devolutivo de cualquier clase (SSTS 357/2005 de 20 de abril; 062/2013 de 29 de enero; 374/2017 de 24 de mayo; 824/2017 de 14 de diciembre; 836/2017 de 20 de diciembre u 843/2017 de 21 de diciembre o también SAP Sevilla {Secc. 1ª} número 217/2010 de 10 de mayo, entre incontables.).

SEGUNDO.- Cuestiones Preliminares II. Falta de Legitimación Activa de la Acusación Popular.-

En su impugnación del recurso interpuesto, la defensa de Marina Martín Jiménez alega que el recurso debe ser inadmitido a trámite por carencia de legitimación de la acusación popular alegante “*ante la ausencia de acusación pública o privada que mantenga la existencia del delito investigado*” (sic).

En relación a la reproducida alegación, debe decirse que es ésta una cuestión ya resuelta desde hace tiempo, existiendo una doctrina legal vinculante sobre la interpretación del artículo 782.1 LECrim que excede de la denominada “*doctrina Botín*”, que es la que invoca la referida parte.

Dejando aparte las consideraciones generales que efectúa la alegante acerca

del encuadramiento jurídico de la acusación popular, que contiene algunos errores al olvidar la trascendencia de su consagración constitucional en el artículo 125 y la importancia que la doctrina le otorga en la defensa de los llamados “derechos de tercera generación” y ante los ataques a los intereses más puramente colectivos; la tesis principal de falta de legitimación activa es insostenible.

La doctrina legal a la que nos referimos está contenida en la unidad que conjuntamente forman las SSTS 1045/2007 de 17 de diciembre y 54/2008 de 08 de abril, doctrina, con sanción del Tribunal Constitucional en STC 205/2013 de 05 de diciembre, que es vinculante y seguida de forma invariable por nuestros Tribunales (así, SSTS 323/2013 de 23 de abril; 4/2015 de 27 de enero; 277/2018 de 08 de junio o 288/2018 de 14 de junio).

Conforme a la mentada jurisprudencia, no es admisible en sede de procedimiento abreviado la apertura del juicio oral y, por ende, la tramitación del procedimiento, a la sola instancia de una o varias acusaciones populares cuando el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares presentes impetran el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007). Este principio general (“*Doctrina Botín*”), que es el único que aduce la alegante, se complementa con una salvedad esencial que es la segunda parte de la doctrina legal y que la dicha alegante cuidadosamente omite. Este segundo componente de la doctrina legal establece que, no obstante lo anterior, en los supuestos en los que la índole colectiva de los bienes jurídicos protegidos a través de la punición del delito, en que no existe posibilidad de personación de un verdadero interés particular, el Ministerio Fiscal, que no tiene el monopolio de la acusación en nuestro sistema, concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral o la prosecución de las actuaciones; la tal acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, tal prosecución o apertura y actuar con plenitud de facultades en las actuaciones (STS 54/2008) con una ligera salvedad en materia de costas, que no hace al caso.

El alegante, pues, se limita a invocar la primera de las resoluciones del Tribunal Supremo (STS 1045/2007), con total preterición de cualquier mención a la STS 54/2008, que además de complementar esencialmente la anterior, contiene la doctrina de la Sala Segunda de nuestro más alto Tribunal en orden a la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa, y, por consiguiente, de tramitarla hasta tal momento; seguida por las normas del procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular.

Por tanto, si satisfecho el interés público en la persecución del delito que corresponde al Ministerio Fiscal y expresada con la debida formalidad la voluntad de los concretos perjudicados de no ejercitar o continuar el ejercicio de la acción penal, sería renegar de los principios fundadores del proceso penal el que se sometiera a enjuiciamiento a aquellos a los que, ni quien sostiene el interés público en la persecución de los delitos y la misión complementaria de instar la protección de los derechos individuales, ni las potenciales víctimas específicas consideran merecedor de la pretensión punitiva. Sin embargo, cuando no concurra en el hecho cuyo esclarecimiento se articule en vía penal con la vista en un futuro enjuiciamiento un interés verdaderamente particular que posibilite la personación de un concreto perjudicado, la actuación en solitario de la acusación popular permite esa investigación y ese juicio oral y se convierte en la única manera de dar plena realización a la previsión del artículo 125 de la Constitución Española y de otorgar plena garantía a intereses supraindividuales y de naturaleza colectiva e intereses difusos. El proceso penal se apartaría, pues, de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por la acusación popular se superpone a la explícita voluntad obstativa del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, sólo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal, que, aunque vinculado a ellos, no tiene en lo más mínimo el

monopolio de los intereses sociales. Sólo así puede continuar el proceso siendo fiel a los principios y fines que, con toda evidencia, lo legitiman.

Ese interés colectivo o metaindividual deriva:

a).- De la índole del delito presuntamente cometido, parámetro a medir en relación al bien jurídico protegido.

b).- Secundariamente de la magnitud del dicho supuesto ilícito penal y de la importancia del objeto sobre el que el mismo recae; criterios que pueden reforzar el anterior, aunque no sobreponerse a él.

Sentada esta doctrina y aplicada al caso que nos ocupa, resulta transparente y manifiesto que lo que se ventila en este procedimiento trasciende con mucho cualquier interés particular. Así, estamos tratando de la posible malversación de caudales públicos o fraude de subvenciones, recuérdese que la financiación de los cursos de formación ha supuesto en once años (2002-2012) la suma de casi 3.000.000.000 €, en la materia de formación para el empleo. La prevaricación administrativa institucional por la que se pretende acusar, relativa a una inaceptable gestión y control de estos fondos, en esta escala supondrían una transgresión inaudita de las funciones públicas confiadas por el cuerpo ciudadano a los órganos administrativos y autoridades y funcionarios presuntamente implicados. Ello queda, sin duda alguna, allende de cualquier interés particular y se inserta de forma inatacable en el interés general.

El hecho de que la Junta de Andalucía se haya personado como acusación particular no es obstáculo a lo antedicho, pues el interés por el que lo hace no le es exclusivo ni es excluyente y ello dejando aparte el peculiar ejercicio de la acusación que ha desarrollado en el que, por ejemplo, ha llegado a pedir la nulidad de todo lo actuado y la retroacción de actuaciones al inicio de los autos (fols. 63.364 a 63.370).

Por todo ello, se está en el caso de rechazar la alegación de la parte.

TERCERO.- Cuestiones Procesales I. Vulneración del Deber de Abstención por Falta de Imparcialidad.-

El primero de los motivos que aduce la acusación popular recurrente es la vulneración del deber de abstención de la Ilma. Sra. Magistrada a quo para resolver el recurso interpuesto con fecha 16 de septiembre de 2016 (fols. 63.821 a 63.825) y el segundo, íntimamente relacionado, se refiere a la vulneración del derecho a un juez imparcial en base a la actuación de la dicha Ilma. Sra. Magistrada en el procedimiento.

El motivo contiene una argumentación inadmisibile. El recurrente promueve una recusación “*administrativa*” por vía del artículo 28 y 29 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, vigente hasta el 01 de octubre de 2016, en base, según manifiesta, al interés de la Ilma. Sra. Magistrada en el asunto y lo hace ante el Consejo General del Poder Judicial y a los solos efectos de la resolución de un recurso de revisión. Finalmente, cuando se le rechaza a trámite su insólita pretensión, pretende que su alegación se tome como una recusación “judicial” en forma y que el hecho de que no se haya procedido a su sabor se considere infracción del deber de abstención de la Ilma. Sra. Magistrada.

El recurrente presentó su recusación “*administrativa*”, que fue rechazada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en el punto 11-2 de su Acuerdo de 06 de octubre de 2016, en los siguientes términos:

"Participar a la magistrada titular del Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla que la recusación interpuesta por la representación del Partido Popular de Andalucía deberá resolverse conforme a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Comunicar a la representación del Partido Popular de Andalucía que no procede que el Consejo General del Poder Judicial efectúe requerimiento alguno a la magistrada, ya que la recusación planteada debe tramitarse por las normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial."

El recurrente entiende que el Consejo ordena a la Iltma. Sra. Magistrada tramitar la recusación por los trámites de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que desde ese momento debió abstenerse. Entendemos que por “deber de abstención” quiere significar el de suspender el curso del proceso pues cuando se ha instado la recusación no cabe ya abstención propiamente dicha.

Pese a lo que se le ha respondido desde el Consejo General del Poder Judicial el recurrente porfía de forma incomprensible en su infundado argumentario, que debe rechazarse igualmente en esta sede por las siguientes razones:

1º).- El Consejo no ordena nada a la Iltma. Sra. Magistrada y no lo hace por dos cosas, cuya evidencia es palmaria.

En primer lugar, porque no tiene la menor posibilidad de hacerlo ya que carece de potestad para ello. El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional que no ejerce poder jurisdiccional alguno. Es el órgano máximo de gobierno del Poder Judicial y sus competencias son de carácter gubernativo sin que pueda inmiscuirse en labor jurisdiccional alguna. El artículo 12 LOPJ, concordantemente, establece que:

“1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.”

En segundo lugar, porque lo que dice el Consejo es cosa por completo

diferente: que devuelve la recusación enviada porque no puede conocer de algo mal planteado que no es de su competencia y que la recusación “*administrativa*” de jueces y magistrados es algo inexistente y ajeno a nuestro ordenamiento y que si se quiere recusar ello debe hacerse conforme a los artículos 217 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el procedimiento señalado en tales preceptos, que están complementados por los artículos 56 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 99 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No otra cosa se le dijo ya por el Juzgado (fol. 63.831 y no el 63.885 que erróneamente cita el apelante) en providencia de 23 de septiembre de 2016.

2º).- El erróneo abordaje de la pretendida recusación no puede salvarse, contra lo que ahora pretende el apelante y como así argumenta acertadamente el Fiscal, en base a que la equivocadamente intentada haya de tenerse subsidiariamente por una recusación correcta conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial y que el Juzgado esté obligado a entender cosa tan singular. La recusación tiene unos requisitos formales y materiales de los que está horra la petición formulada por la parte y el Juzgado no puede suplir las carencias y errores de su actuación. Paradójicamente, ello sería tanto como romper la neutralidad e imparcialidad que la recusación se dice que pretende salvar. No se trata de subsanación de defectos formales, se trata de un error jurídico de porte que el órgano jurisdiccional no puede, sencillamente, reparar.

3º).- No caben recusaciones parciales o para trámite determinado, como pretende la parte, en ningún ámbito jurídico, tampoco, claro está, en el administrativo. La abstención y recusación hacen referencia a una cualidad o circunstancia, accidental o no, en la persona del que debe resolver que afecta a la totalidad del procedimiento y no cabe fraccionamiento. Por tanto, la recusación también estaba mal enfocada desde ese punto y lo que procedía era su rechazo *a limine*. Ni siquiera estaba el Juzgado, en puridad, obligado a

remitir el escrito de la parte al Consejo General del Poder Judicial.

4º).- Tras el Acuerdo de la Comisión Permanente en que se decía a la parte cómo debía proceder, y los más claros y desarrollados de la resolución de inadmisión de plano del Promotor de la Acción Disciplinaria de 13 de octubre de 2016, que cita literalmente el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, el recurrente no insta en debida forma la recusación y no lo ha hecho desde entonces.

5º).- Es incomprensible que se aluda a la falta de imparcialidad como argumento para la curiosa recusación pretendida y se refiera tal falta de imparcialidad a un trámite tan secundario en un procedimiento como este tal que la resolución de un recurso de revisión relativo a las grabaciones. Si no se es imparcial, no se es en relación a la totalidad del procedimiento, como se ha dicho anteriormente, y tal supuesta falta de imparcialidad debió ser alegada mucho antes. Recordemos que el artículo 223.1 LOPJ, establece que:

"La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite."

6º).- Por lo demás, el Partido Popular de Andalucía ya ha intentado en Diligencias Previas número 1.476/16 del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Sevilla la recusación de la Ilma. Sra. Magistrada. La resolución recaída: Auto número 1.151/2018 de 06 de noviembre de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, si bien posterior al recurso que estamos examinando, debió motivar a la parte desistirse de estas alegaciones, toda vez que también se invocaba falta de imparcialidad y la resolución ha sido desestimatoria.

7º).- Por lo que hace a la alegación referida a la falta de resolución de su petición sobre las grabaciones que la parte incluye en la argumentación sobre la recusación, la cuestión fue resuelta en auto de 15 de julio 2016 (fols. 63.464 y

63.465), que devino firme por falta de recurso por la parte. Las peticiones posteriores sobre lo mismo, de 19 de julio de 2016 (fol. 63.475) y 01 de septiembre de 2016 (fols. 63.541 y 63.542), les fueron resueltas en la diligencia de ordenación de 08 de septiembre de 2016 (fol. 63.543) contra el que presenta la revisión y la recusación de la que estamos tratando. Dice el recurrente que no se ha resuelto y sí se hizo en el auto no recurrido de 15 de julio de 2016, cuyas determinaciones no parece haber cumplido. No es que, como dice, lo que plantea el 19 de julio se resuelva el 15 de julio, es que se ya le resolvió, lo que es distinto, puesto que las peticiones posteriores son mera repetición.

A mayor abundamiento, en diligencia de ordenación de 12 de diciembre de 2016 (fol. 64.120) también se dictamina sobre tales peticiones al decirse que ya les fueron entregadas todas las grabaciones con fecha 09 de noviembre de 2016. Por otro lado, ya se ordenó el cotejo de grabaciones en providencia de 25 de octubre de 2016 (fol. 64.030) sin que conste que haya resultado defecto alguno. Tampoco alcanzamos a comprender la etérea diferencia entre solicitar copia o certificación o testimonio, que alega la entidad apelante, cuando una actuación documentada audiovisualmente sólo cabe testimoniarse por copia de lo grabado.

Por todo ello, se está en el caso de rechazar esta alegación.

CUARTO.- Cuestiones Procesales II.- Alegada Falta de Imparcialidad en la Actuación de la Instructora.-

El siguiente motivo de recurso vuelve a hacer referencia a la falta de imparcialidad de la Iltna. Sra. Magistrada *a quo*, que centra especialmente en los interrogatorios que se han sucedido en las actuaciones y acaba en una petición de nulidad de actuaciones.

Dejando aparte las consideraciones teóricas que efectúa el recurrente

acerca de la necesaria imparcialidad de jueces y magistrados, algo evidente y que no está en discusión, el recurrente cifra esa falta de imparcialidad en las intervenciones de la Il.ª Sra. Instructora en los interrogatorios que considera “*cargadas de prejuicios*” (sic) y que “*consistían en realizar preguntas y afirmaciones capciosas y sugestivas encaminadas únicamente a obtener respuestas favorables a las tesis defensivas y, por supuesto, que fuesen contrarias a nuestras tesis acusatorias*” (sic). Tal afirmación pretende ilustrarse con fragmentos de declaraciones en los que se evidenciaría esa pretendida actividad más o menos coercitiva sobre el que declara para obtener la respuesta que se busca y no la verdad de lo sucedido y la insistencia hasta que se logra que se diga lo contrario de lo que en realidad entiende la acusación popular que se quería decir.

A estas sorprendentes alegaciones debe responderse de una forma general y de otra específica.

Así, en primer lugar es preciso traer a colación algunas consideraciones acerca de la imparcialidad judicial. En primer lugar, debemos recordar, como hacía STS 22 de abril de 1983, que el proceso penal en España sigue respondiendo al sistema acusatorio formal, si bien con creciente refuerzo de la predominante componente acusatoria, que divide el proceso en dos fases inspiradas por principios procesales que no son iguales:

- a).- La fase de Instrucción o Sumarial.
- b).- Fase de Plenario o de Juicio Oral.

Existe una tercera fase de ejecución donde el papel del juez, en virtud del principio de legalidad y de discrecionalidad motivada en relación a los fines de las penas, recobra distinto protagonismo, pero que no hace al caso del asunto que tratamos.

En la primera rige el principio de aportación por parte del órgano

jurisdiccional, el juez de instrucción, cuya misión primordial es la de realizar actos de investigación en averiguación de los hechos y responsables. La jurisprudencia, así SSTS 1115/2011 de 17 de noviembre; 1028/2013 de 01 de diciembre; 492/2016 de 08 de junio; 497/2016 de 09 de junio; 699/2017 de 11 de octubre o 119/2019 de 06 de marzo, entre muchas; recuerda que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa y cuya realización compete al juez de instrucción. Por ello, cuando en esa actividad de acopio de material para el plenario, tal material debe extraerse del interrogatorio de personas en cualquier calidad, el dicho interrogatorio es llevado a cabo por el juez de instrucción con intervención subsidiaria de las partes bajo la estricta supervisión del mismo. Ese proceso afecta indudablemente a la imparcialidad del juez, pero hemos de distinguir al efecto dos clases de imparcialidad (SSTC 47/2011 de 12 de abril o 149/2013 de 09 de septiembre):

a).- Objetiva.- Referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (SSTC 44/2009 de 12 de febrero o 126/2011 de 18 de julio). Es la que motiva la regla de “*quien instruye no debe juzgar*” (STC 145/1988 de 12 de julio) y la que impide que el juez del plenario tenga una participación activa en el juicio oral, en agudo contraste con la fase de instrucción. Así, como indican SSTS 1333/2009 de 01 de diciembre o 766/2014 de 27 de noviembre, la jurisprudencia ha indicado que para que el ejercicio de la facultad que el artículo 708 LECrim concede al órgano de enjuiciamiento no quebrante la

imparcialidad del juzgador es imprescindible su uso moderado de modo que no exceda del debate procesal tal y como ha sido planteado por las partes, debiendo limitarse a la función de aclarar el contenido del interrogatorio provocado por los letrados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido incriminatorio que pudieran complementar la actuación de la acusación. De modo concordante el Tribunal Constitucional (SSTC 229/2003 ó 334/2005) ha entendido que el límite a la actuación del Presidente del Tribunal o del magistrado que enjuicia en solitario se establece en la exigencia de que la formulación de preguntas no constituya manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta. Esta razón también explica la causa de que la prueba preconstituida en fase de instrucción (artículos 448; 777.2 y 797.2 LECrim) se desarrolle de una forma tan absolutamente diferente a un interrogatorio sumarial ordinario y no sea más que una prueba desgajada del juicio que se practica con idénticas reglas y condiciones para poder unirse al mismo en su momento o que la incorporación de cualquier diligencia de instrucción al plenario exija de forma imperativa que haya existido la debida contradicción (STC 36/1995, de 6 de febrero). Nada de esto ocurre en la fase de Instrucción.

b).- Subjetiva.- Garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, o no actúe por vinculaciones con actividades anteriores o tomas de posición ideológicas o personales que comprometan su labor. Se trata de que el Juez no decida en función de criterios predeterminados, de consideraciones ajenas a lo que cabe en la lógica de los hechos que van aflorando en su labor investigadora; de modo que esta actividad no sea un pretexto para fundar lo que ya se tenía decidido, sino el basamento sobre el cual aplique el Derecho y llegue a una conclusión.

La imparcialidad subjetiva ha de mantenerse siempre y es el núcleo de la imparcialidad judicial. La objetiva es sólo un refuerzo de la misma. El juez que quiebra la objetiva al iniciar su labor, quebranta las normas sobre abstención y recusación y si lo hace ya iniciado el desarrollo de su labor incurre en vicio de nulidad. Quien quebranta la subjetiva, simplemente abdica de su papel como juez y se sitúa en el ámbito de la prevaricación.

No obstante, es obvio que la Instrucción implica *per se* una pérdida progresiva de imparcialidad objetiva de forma necesaria a partir de la imparcialidad objetiva inicial exigible en el momento de incoación de los autos. Pero es que es en eso en lo que consiste la Instrucción y la imparcialidad objetiva es sólo y únicamente exigible *ex ante* al Juez de Instrucción.

En relación a la imparcialidad, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución Española, representando una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, especialmente trascendente en el ámbito penal (SSTC 52/2001 de 26 de febrero o 38/2003 de 27 de febrero. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi* (SSTC 69/2001 de 17 de marzo; 155/2002 de 22 de julio o 38/2003 de 27 de febrero; así como SSTEDH de 01 de octubre de 1982, caso Piersack c. Bélgica; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber c. Bélgica; de 25 de julio de 2002, caso Perote Pellón c.

España y de 17 de junio de 2003, caso Pescador Valero c. España) .

No obstante, tal doctrina no es exactamente aplicable al Juez de Instrucción en lo referente a la exigencia de imparcialidad objetiva continuada en el mismo y el recurrente conoce esta doctrina, pues cita en su recurso la jurisprudencia aplicable. Como recuerda STS 400/2017 de 01 de junio, aunque es cierto que el artículo 6.1 del Convenio de Roma citado garantiza el derecho a un «*tribunal independiente e imparcial*», la noción de «*tribunal*» no se extiende propiamente al juez de instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una «*acusación en materia penal*», pues no enjuicia.

Cierto es que las exigencias del derecho a un proceso equitativo en su sentido más amplio implican necesariamente que este órgano sea imparcial, en la medida en que los actos llevados a cabo por él influyen directa e inevitablemente sobre el desarrollo y, por tanto, sobre la equidad del procedimiento posterior incluido el proceso propiamente dicho; pero ello es una referencia a la imparcialidad subjetiva, no la objetiva, pues algunas de las garantías procesales contempladas por el artículo 6.1 del Convenio pueden no aplicarse en la fase de instrucción. A favor de incluir al juez de instrucción en lo posible dentro de la garantía del derecho a un tribunal imparcial consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, se había pronunciado ya el Tribunal Supremo en STS 757/2009 de 01 de julio, declarando que el juez de instrucción, como cualquier juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso; debiendo resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios, predisposiciones ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho. No obstante, el Tribunal recuerda que el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del juez de instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal no es idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento.

A tal fin, baste citar, como hacen, entre muchas, SSTS 86/2015 de 25 de febrero; 508/2015 de 27 de julio; 670/2015 de 30 de octubre o 463/2018 de 15 de octubre, la conocida STC 69/2001 de 17 de marzo, que reza:

*«...no puede olvidarse que el Juez de Instrucción posee, en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del acusado (SSTC 145/1988 de 12 de julio; 164/1988 de 26 de septiembre y 106/1989 de 08 de junio); y es que no todo acto de instrucción compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez, sino tan solo aquel que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral (SSTC 106/1989 de 08 de junio; 170/1993 de 27 de mayo y 320/1993 de 08 de noviembre). **De ahí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez un convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de los autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso y condicionará las resoluciones que en lo sucesivo vaya adoptando.**»*

La conclusión es, pues, obvia. El juez de Instrucción por el ejercicio de su propia función va perdiendo imparcialidad objetiva por cuanto tiene que indagar, considerar los puntos de vista posibles, contrastar opiniones, declaraciones y posibilidades, ensayar hipótesis y todo ello protegiendo los derechos implicados en el proceso, especialmente los de las víctimas y, por supuesto, los de las personas a las que puede imputársele un hecho delictivo. Ello incluye, conforme al principio de interpretación estricta de los tipos penales, tan frecuente y erróneamente identificado con el de intervención mínima, considerar hipótesis de subsunción de los hechos fuera del ámbito penal. Implica inevitablemente ir tomando decisiones acerca de los hechos y formando opinión acerca de los mismos, pero ello ni afecta a la imparcialidad

subjetiva ni a los derechos de las partes porque ello para nada hace relación al criterio con el que decide: el que se desprende de la lógica conforme a la dinámica de tales hechos y a la honesta aplicación de las normas.

A modo de recapitulación le es exigible al Juez de Instrucción imparcialidad objetiva inicial o *ex ante* y subjetiva a lo largo de toda su actuación. Al Juez de enjuiciamiento le es exigible imparcialidad objetiva y subjetiva en todo el desarrollo de su labor.

Finalmente, toda alegación de pérdida de imparcialidad, lógicamente, requieren una justificación clara y objetiva, una prueba o principio de prueba; no meras sospechas o alegaciones interesadas (SSTEDH) de 6 enero de 2010, caso Vera Fernández-Huidobro), de 07 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo c. Italia y de 21 de diciembre de 2000, caso Wettstein c. Suiza).

En el caso concreto que se nos somete a consideración, no se observa en la actividad desarrollada en los autos por la Iltna. Sra. Magistrada *a quo* absolutamente nada de lo que se dice, salvo que demos por capcioso, sugestivo etc. aquello que interese en cada momento al recurrente. No existe dato alguno que implique pérdida de imparcialidad por parte de la Iltna. Sra. Magistrada *a quo* y sólo el normal proceso de cualquier Instrucción.

Los ejemplos que cita el recurrente en su escrito no muestran parcialidad alguna. Es lógico que la Instructora no acepte sin más la opinión del testigo y le pregunte por alternativas. Será más o menos acertada, cuestión opinable, la forma de interrogar, el aliviar la tensión de los interrogatorios con comentarios al margen etc.; pero ello no es parcialidad. Tampoco lo es insistir sobre una tesis alternativa que ya se estaba barajando y que es la que el mismo Fiscal propuso, ni implica falta de parcialidad que haya alguna pregunta que pueda ser errónea o estar mal formulada y, desde luego, no lo implica el que la Instructora no asuma la tesis de la acusación popular, que por propia naturaleza

siempre es parcial, como cualquier otra parte en el proceso y, de ahí su mismo nombre. No ha asumido función procesal de parte alguna, como se afirma, y el Tribunal no observa nada de esto ni en las actuaciones ni en las transcripciones, por otro lado fuera de contexto, que se incluyen en el cuerpo del recurso. Tampoco es posible atribuir a la Instructora la filtración a la prensa del archivo de las actuaciones de que habla el recurrente y no sabemos siquiera si ello fue una filtración o un bulo, de los que tantas veces surgen en causas semejantes.

Cita el recurrente los Principios de Ética Judicial propuestos al Consejo General del Poder Judicial por el Grupo de Trabajo para la elaboración de un Código Ético para la Carrera Judicial de 16 de diciembre de 2016, texto que no es normativo y que sistematiza la jurisprudencia al respecto. No existe infracción de tales principios generales, que ya hemos comentado con la jurisprudencia correspondiente.

En definitiva, no existe falta de imparcialidad y ello, si falta hiciera, lo corrobora el que la conclusión alcanzada en el auto recurrido lo ha sido a propuesta del Ministerio Fiscal, habiendo el auto aceptado literalmente todas las alegaciones del Ministerio Público e igualmente lo corrobora el tenor del Auto dictado por la Sección Cuarta, antes mencionado.

QUINTO.- Cuestiones Procesales III.- Incongruencia y Falta de Motivación en Relación al Sobreseimiento Provisional Dictado.-

El tercer motivo de recurso se centra en la alegación, al igual que se hizo en vía de reforma, de la nulidad del auto recurrido y su complementario de aclaración por incongruencia en cuanto que razonándose en la resolución recurrida que los hechos investigados no son constitutivos de delito lo que hace es decretarse el sobreseimiento provisional.

Llama la atención la causa de esta persistente alegación, que la parte cifra

en posibles peticiones de nulidad de las defensas si se reabre la causa. Llama también la atención que la conclusión que se pide para la sedicente incongruencia sea la nulidad y no el sobreseimiento libre, como bien destaca la Junta de Andalucía en sus alegaciones; sobreseimiento libre que sólo pide la defensa de Aurora Cosano Prieto que, sin embargo, considera correcto y motivado el auto dictado.

La cuestión no es indiferente por dos motivos.

A).- El auto de sobreseimiento libre, que equivale a una sentencia absolutoria, puede ser fiscalizable, dada esta equivalencia, en casación. Conforme al Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 09 de febrero de 2005 para ello son necesarios tres requisitos:+

1º).- Que se trate de un auto de sobreseimiento libre.

2º).- Que haya recaído imputación judicial equivalente a un procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en que se describa el hecho, el Derecho aplicable y las personas responsables. La jurisprudencia, así SSTs 608/2006 de 20 de abril; 63/2011 de 04 de febrero; 872/2015 de 05 de febrero o 790/2017 de 07 de diciembre o AATS 394/2018 de 15 de febrero; sólo considera como tal en el marco del procedimiento abreviado el auto de continuación del artículo 779 LECrim sin que sea suficiente la imputación judicial al amparo de su artículo 775, pues de lo contrario el acceso a la casación sería más fácil en el procedimiento abreviado que en el ordinario, lo que sería incoherente.

3º).- Que se haya dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.

Como es evidente que no concurre la segunda circunstancia en estos autos, no se plantea diferencia alguna en declarar el sobreseimiento provisional o libre.

B).- El auto de sobreseimiento libre, una vez firme, tiene efectos de cosa juzgada material, traducción procesal del principio *non bis in idem*, e impide la reapertura de las actuaciones, cosa que no ocurre con los autos de sobreseimiento provisional, que autorizan tal reapertura siempre que aparezcan nuevos datos, lo que debe ser objeto de interpretación muy estricta por cuanto que no caben interpretaciones extensivas de la reapertura de la causa sin conculcar los principios de presunción de inocencia y de seguridad jurídica que asisten a los investigados (SSTC 035/1996 de 27 de enero o 041/1997 de 10 de marzo o SSTs 006/2008 de 23 de enero, 75/2014 de 11 de febrero). No son nuevos datos los ya existentes en la causa o mencionados en la misma o que de ella se desprendan. Debe tratarse de algo desconocido que no se haya tenido en cuenta a la hora de dictar el sobreseimiento, pues lo contrario sería proteger la desidia o inhabilidad de una acusación (STs 795/2016 de 25 de octubre).

Es por ello que extraña la alegación de la parte, pues no siendo posible la casación, el sobreseimiento provisional le es más beneficioso que el sobreseimiento libre.

No siendo, pues, baladí la cuestión debe entrarse, siquiera someramente, en el fondo de lo que se alega.

La causa del artículo 641.1 LECrim, que es la utilizada en el auto combatido, se refiere a que no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa. Se trata de un problema de falta de posibilidad de constituir prueba de cargo de suficiente entidad. Hay indicios de infracción criminal, pero no los suficientes para someter a un sujeto al proceso o cargar al órgano jurisdiccional con una investigación sin visos de prosperar. Es cierto que ofrece cierta similitud a las causas de sobreseimiento libre de los artículos 637.1 e incluso del 637.2, pero la diferencia está en el diferente grado de certeza y determinación. Es cierto que

se ha abusado en ciertas ocasiones de esta cercanía, de que ambos sobreseimientos son círculos secantes, para abusar del sobreseimiento provisional, y así lo ha recordado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional (STC 34/1983 de 06 de mayo); si bien en caso de duda es obvio que el criterio decisorio residual lo es a favor del sobreseimiento provisional dada las extremas prudencia y medida que son precisas para el sobreseimiento libre (SSTS 301/2007 de 24 de abril o 349/2015 de 03 de junio).

Como aclara la jurisprudencia, así SSTS 974/2012 de 05 de diciembre o 338/2015 de 02 de junio, la diferencia entre ambos preceptos es que en el artículo 637.1 se alude a la absoluta ausencia de indicios de criminalidad, sin que ello pueda significar la prueba de inexistencia del delito imputado, y en el artículo 637.2 a la atipicidad de la conducta; mientras que el artículo 641.1 hace referencia a la insuficiencia de indicios o incluso de dudas sobre la tipicidad de los existentes. Se trata de una cuestión fáctica y no de interpretación jurídica, consistente en apreciar que lo que fueron indicios siguen existiendo, y su presencia impide el sobreseimiento libre; pero con insuficiencia para proseguir las actuaciones y sin expectativas de obtener nuevos datos inculpativos.

Es obvio que, pese a los términos del auto recurrido, no existe esa absoluta falta de indicios, así las investigaciones de la UCO, documentación de las Intervenciones General y Provinciales, Informe de la Cámara de Cuentas etc., limitándose el auto recurrido a interpretar que los existentes admiten otra explicación diferente que la que exigiría su subsunción en los tipos penales aducidos. Ello equivale a decir que existe una explicación alternativa que, por considerarse más plausible, impide la prosperabilidad de la continuación de las actuaciones con el material ya existente en autos. Es decir, lo que se quiere razonar es un sobreseimiento provisional, que es lo que se decreta, siendo el razonamiento extenso y nada sucinto, de modo que queda bien clara la *ratio*

decidendi de la resolución.

El motivo, pues, no puede prosperar.

SEXTO.- Cuestiones Procesales IV.- Falta de Entrega al Recurrente de las Grabaciones Íntegras Solicitadas.-

El siguiente motivo invoca la nulidad del auto impugnado por quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Ello en base a no haberse proporcionado a la parte todas las grabaciones de las declaraciones del procedimiento, o haberse entregado mutiladas, por querer ocultárseles premeditadamente, según se afirma, algunas declaraciones. Considera que las declaraciones que dicen omitidas son fundamentales y que revelan nuevas líneas de investigación.

La alegación, a la que en la práctica se ha respondido en razonamientos anteriores, no puede acogerse. Consta en la causa la entrega de grabaciones extraídas del sistema ARCONTE, que es en donde se graban todas las declaraciones y vistas que tienen lugar en los órganos jurisdiccionales de Andalucía y no consta error alguno en las mismas, error que no denuncia parte alguna. Ya se le dijo al reclamante que aportara las que se le entregaron para cotejo y el recurrente no lo hizo, deviniendo el auto firme.

Por otro lado, consta en a los folios 64.110 y 64.111 auto librado por al Iltna. Sra. Magistrada *a quo* donde se rechaza un recurso de reforma de la parte por haber sido entregadas todas las grabaciones con fecha 09 de noviembre de 2016. Al folio 64.120 consta diligencia de ordenación de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de fecha 12 de diciembre en la que se dice que no ha lugar a emitir ni notificar informe alguno solicitado por la acusación popular en escrito de 30 de noviembre de 2016 (fol. 64.121) al haberse entregado la totalidad de las grabaciones con fecha 09 de noviembre de 2016. Al folio

64.179 consta nueva diligencia en la que, ante la insistencia de la acusación (escrito al folio 64.171), se ratifica la diligencia de 12 de diciembre de 2016.

Tales resoluciones no constan recurridas o fueron ya objeto de desestimación en apelación por autos de esta Sección números 609/2018 y 616/2018, ambos de 27 de julio de 2018, y no aflora dato alguno que haga pensar que el recurrente no dispone de las grabaciones íntegras.

Por otro lado, suponiendo que hubiera sido cierto lo que alega la acusación recurrente, la nulidad que reclama hubiera requerido una acreditación de indefensión material que no resulta en las actuaciones. A este respecto el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017 adoptó el siguiente acuerdo:

«1. El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia. Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim , la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

2. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.»

Esta indefensión material debe no sólo alegarse, sino también concretarse y acreditarse en lo posible y se exige que la misma sea efectiva e impida al Tribunal de apelación o casación el pronunciarse (SSTC 133/2003 de 30 de junio o 55/2015 de 26 de enero o SSTS 464/2015 de 7 de julio; 1000/2016 de 17 de enero de 2017; 41/2017 de 31 de enero; 556/2017 de 13 de julio; 529/2017 de 11 de julio, 445/2018 de 09 de octubre o 538/2018 de 08 de noviembre). La consecuencia de esa ausencia de indefensión material conlleva la futilidad de la alegación, aún en el caso de que hubiéramos podido darla por

cierta, máxime cuando el criterio jurisprudencial es el carácter restrictivo de la nulidad, en general y en estos casos en particular como aclara la jurisprudencia citada; siendo idéntico el criterio cuando se trata de otra serie de actuaciones de la Diligencias Previas (STS 704/2018 de 15 de enero de 2019).

Por todo lo cual, debe desestimarse igualmente el motivo.

SÉPTIMO.- Cuestiones Procesales V.- Ausencia de práctica de Diligencias Admitidas y Falta de Resolución de Solicitadas.-

En su siguiente motivo, la parte aduce la existencia de diligencias de investigación admitidas y no practicadas, solicitadas y no resueltas o de carácter nuevo, siendo el sobreseimiento provisional dictado improcedente debido a tal causa.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, aunque con menos prolijidad, la queja sobre la falta de práctica de diligencias ya acordadas también se protestó en reforma, así como la falta de resolución sobre otras diligencias pedidas. Igualmente, se reclama de forma específica en reforma y apelación el examen por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil del material precintado por la UCO en el Servicio Andaluz de Empleo y que corresponde a expedientes de subvención a los que alude el escrito de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de 07 de noviembre de 2016 (fol. 64.099), librado por ésta al Juzgado solicitando levantar el precinto al conocer la resolución de sobreseimiento. Por ello, debe entrarse a resolver sobre este asunto.

En segundo lugar, se protesta lo relativo a tres cosas diferentes:

1º).- Falta de realización de diligencias ya acordadas. En principio, por razones de congruencia de las actuaciones y resoluciones de los Tribunales, las diligencias ya acordadas deben practicarse, lo que está unido a exigencias

atinentes a la tutela judicial efectiva.

2º).- Falta de resolución sobre diligencias ya solicitadas. Con respecto a las meramente interesadas y no decididas, es obvio que, en principio, debe resolverse sobre las mismas antes de dictar sobreseimiento o razonar en el auto de sobreseimiento lo concerniente a su falta de necesidad. Sin embargo, la alegación es, en este punto, inadmisibile. En el auto recurrido, contra lo que dice la acusación popular, se mencionan explícitamente en el razonamiento jurídico octavo las diligencias solicitadas por dicha acusación popular y se resuelve sobre las mismas de forma negativa por remisión al escrito del Fiscal de 11 de octubre de 2016 (fols. 63.954 y 63.955).

3º).- Diligencias nuevas. En relación a las que la parte solicite con posterioridad al sobreseimiento, como es el caso de los expedientes precintados a los que hemos aludido, la procedencia sobre su práctica o no dependerá que prospere o fracase el recurso contra el propio sobreseimiento, máxime cuando en la resolución se alude a que los controles no se han hecho sobre los expedientes “físicos”.

No obstante, en relación a las de la primera categoría, cabría no practicar tales diligencias acordadas y no llevadas a efecto si la causa por la que se decreta el sobreseimiento es de tal claridad que resulte patente lo superfluo de continuar las actuaciones. Asimismo, este examen sobre el fondo es preciso para calibrar el acierto de la denegación de las solicitadas que se mencionan por la acusación recurrente.

Por ello, no es posible, en un caso como el presente, decidir el recurso por meras razones formales sin examinar la procedencia, trascendencia y necesidad de tales diligencias y ello exige entrar a conocer del fondo del asunto, es decir, sobre si el sobreseimiento provisional está justificado de modo tal que toda actuación posterior es inane.

El nudo de la cuestión está en elucidar, no si procede revocar el sobreseimiento porque no se han practicado determinadas actuaciones o se han denegado otras; sino en si deben practicarse actuaciones porque con el material disponible en los autos no procede el sobreseimiento.

Finalmente, aunque la argumentación de la parte es confusa en este punto, es conveniente dejar dicho que la existencia de esos expedientes precintados no son, efectivamente, hechos nuevos que permitan reabrir el procedimiento, caso de que se confirmara el sobreseimiento, pues constan ya en autos. Pero ello no supone ningún perjuicio a la parte por cuanto el procedimiento no está cerrado, ya que la interposición de recurso evita que gane firmeza la resolución que acuerda tal sobreseimiento y la clausura de los autos, y el recurso permite tratar todos los puntos que pueden afectar al interés del recurrente, como así se hace en el presente.

OCTAVO.- Cuestiones Materiales I. Ámbito del Procedimiento.-

Previamente al análisis de las cuestiones planteadas conviene encuadrar el procedimiento con referencia a su génesis, ámbito u objeto y algunos caracteres generales.

Así, el origen remoto de estas actuaciones se encuentra en Diligencias Previas número 174/2011, en que se investigaban financiación de subvenciones para ayudas socio-laborales y directas a empresas, en que se tuvo conocimiento de la gran cantidad de este tipo de subvenciones para formación profesional y para el empleo en cuya génesis, gestión y control existían visos de ilegalidad.

A partir de la denuncia contenida en las declaraciones del testigo Teodoro Montes Pérez de 22 de agosto de 2013 (fols. 4 a 11), se incoan Diligencias Previas número 6.344/2013, aperturadas el 12 de septiembre de 2013 en base a tales actuaciones y a testimonios seleccionadas de las referidas Diligencias

Previas 174/2011. Las Diligencias Previas número 6.344/2013 fueron divididas en las presentes Diligencias Previas número 966/2014, incoadas por auto de 07 de marzo de 2014 (fol. 93) y las 975/2014, dejando aparte las Diligencias Previas 5.072/2013, éstas últimas del Juzgado de Instrucción número 09 de los de Sevilla.

Finalmente, por auto de 21 de diciembre de 2015 (fols. 61.384 a 61.394), confirmado en apelación por auto número 585/2016 de 29 de junio de esta Sección (fols. 63.386 a 61.390), se procedió a dividir las actuaciones en nueve piezas, resultado de las líneas de investigación fijadas en auto de 20 de enero de 2015 (fols. 35.141 a 35.152):

Primera.- Relativa al entramado empresarial de Ángel Ojeda Avilés y DELPHI. (Diligencias Previas 74/2016 al folio 61.195).

Segunda.- Relativa al entramado empresarial de José María Pérez González. (Diligencias Previas 77/2016 al folio 61.700).

Tercera.- Relativa al entramado empresarial de Rafael Velázquez Sierra. (Diligencias Previas 75/2016 al folio 61.698).

Cuarta.- Relativa al Consorcio CIOMIJAS (Diligencias Previas 218/2016).

Quinta.- Relativa al Consorcio FORMADES (Diligencias Previas 219/2016).

Sexta.- Relativa al Consorcio FORMAN (Diligencias Previas 220/2016).

Séptima.- Relativa al Consorcio CTI (Diligencias Previas 221/2016).

Octava.- Relativa a la Fundación Pública Andaluza de Formación y Empleo (FAFFE) (Diligencias Previas 222/2016).

Novena.- Relativa al Servicio Andaluz de Empleo, que es donde se contienen las actuaciones relativas al asunto que nos ocupa y en las que se concentra, tras la incoación de las Diligencias Previas mencionadas en los ordinales anteriores, las presentes 966/2014.

El objeto de investigación que resulta de esta división, y por lo que respecta a estas Diligencias Previas 966/2014, es averiguar si el sistema y la gestión general de las subvenciones públicas destinadas a formación profesional y para el empleo por el Servicio Andaluz de Empleo, tanto a nivel de órganos centrales como periféricos, controlaba la correcta aplicación de las mismas a los fines que la justificaban o si existía una situación de falta de control destinada, directa o indirectamente, a favorecer a determinadas personas y entidades con el consiguiente menoscabo del interés y fondos públicos o, finalmente, si se trataba de meras irregularidades administrativas por muy gruesas que puedan ser. Como dice el auto recurrido, y aceptan las partes, el objeto de la Instrucción son las presuntas irregularidades que pudieran haberse cometido en el proceso de concesión, gestión, justificación y liquidación de subvenciones destinadas a formación para el empleo por el SAE en el periodo 2009 a 2012.

No tiene así como objeto la eventual participación de los funcionarios del SAE investigados en los posibles fraudes cometidos por los beneficiarios de determinadas subvenciones, lo cual ha sido objeto de diligencias separadas en procedimientos abiertos en las diferentes provincias los cuales, por lo que consta a este Tribunal, han terminado en resoluciones de sobreseimiento provisional y archivo respecto de tales funcionarios, bien en instancia, bien en apelación.

Se imputa en estos autos, por consiguiente, que no se cumplía, con pleno conocimiento de los responsables, con la normativa acerca de concesión, control y justificación de subvenciones para formación para el empleo, todos ello en seguimiento de un plan determinado, lo que se llevaría a cabo a través de dos actuaciones concretas:

a).- El libramiento de certificados de finalidad, que liberaba el último pago

de la subvención, que se emitía sin un verdadero control de la actividad por los órganos gestores y que, dado el sistema de control contable, camuflaba ante la Intervención el incumplimiento de los requisitos de la subvención, sorteando el control que establece el artículo 41 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía.

b).- A través de la preparación y dictado de resoluciones de exoneración o exceptuación, el debate sobre el nombre más apropiado no conduce a nada, a través del cual se sorteaba la prohibición de pago de una subvención al beneficiario que no hubiera justificado en tiempo y forma subvención anterior con cargo al mismo programa presupuestario. Tal obligación era una imposición legal que, con el antecedente del artículo 18 de la Ley 7/1997 de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se establecía, primero en el artículo 32.2 de la Ley del Parlamento Andaluz 3/2004 de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y luego, en la norma sucesora: el artículo 124.1 del Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, que dispone que:

“No podrá proponerse el pago de subvenciones a personas o entidades beneficiarias que no hayan justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias.

El órgano que, a tenor del artículo 115 de la presente Ley, sea titular de la competencia para la concesión de subvenciones, así como el competente para proponer el pago, podrán, mediante resolución motivada, exceptuar la limitación contenida en este apartado cuando concurren circunstancias de especial interés social, sin que en ningún caso pueda delegarse esta competencia.”

Ello permitiría, según la imputación, el pago cíclico de las subvenciones sin justificación en la práctica.

Finalmente, para enmarcar los hechos, tal como hace el auto recurrido, debe tenerse en cuenta el tipo de control financiero que se aplicaba al órgano gestor de estas subvenciones: el Servicio Andaluz de Empleo. Fue, en el periodo considerado, 2009 a 2012, de los dos tipos posibles:

a).- *Fiscalización Previa.*- El Servicio Andaluz de Empleo fue creado por Ley 4/2002 de 16 de diciembre como *"Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería competente en materia de empleo, como órgano gestor de la política de empleo..."* (artículo 1.1). En tal calidad estaba sometido por la Intervención de la Junta de Andalucía a este régimen de control financiero de acuerdo con su Ley reguladora y la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el momento fundacional fue la Ley 5/1983 de 19 de julio. Éste supone que todos los actos de concesión y pago de subvenciones por él otorgadas, deben ser sometidos previamente a una fiscalización por parte de la Intervención.

Así se establece en el artículo 88.1 del Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, sucesora del texto de 1983; el artículo 9 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones o el artículo 4.1 del Decreto 104/1988 de 10 de marzo, por el que se aprueba en Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, el cual dispone:

"Se entiende por intervención crítica o fiscalización previa del reconocimiento de obligaciones o gastos, el ejercicio de la competencia atribuida a la Intervención General de la Junta de Andalucía para examinar, antes de que se dicte el correspondiente acuerdo, todo expediente o documento en que se formule una propuesta de gasto, con objeto de conocer si su contenido y tramitación se ajustan a la legalidad económico presupuestaria y contable aplicable en cada caso."

Es una intervención previa que, mediante las notas de reparo, puede corregir las disfunciones observadas o terminar en una reclamación económica-administrativa de la Intervención (artículos 16 a 18 del Decreto 104/1988 de 10 de marzo, por el que se aprueba en Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía). Es preciso advertir aquí, que lo previo en este sistema es la aprobación y validación del gasto y la liberación de fondos pendientes por cuanto el papel de la Intervención, como veremos se sitúa al final del proceso de justificación.

2º).- Control Financiero Permanente.- A consecuencia de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley 1/2011 de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, el SAE pasó a ser una agencia de régimen especial de las previstas en los artículos 54.2.c) y 71 de la Ley 9/2007 de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, lo que define al SAE como entidad con personalidad jurídica pública dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional con cometidos propios de las agencias administrativas, pero con el añadido de la asignación de funciones que implican ejercicio de autoridad y requieren especialidad en su régimen jurídico. Conforme al Decreto 3/2012 de 05 de junio, de reestructuración de Consejerías, quedó adscrito a la Secretaría de Empleo de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, pasando las competencias de formación profesional para el empleo a atribuirse a la Consejería de Educación desde abril de 2013 con el Decreto 4/2013 de 02 de abril.

A tales agencias se les aplica este control financiero permanente y así lo estableció expresamente el artículo 31.1 del Decreto 96/2011 de 19 de abril, por

el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo en desarrollo de la Ley 1/2011, citada. Tal control se aplicó a partir del ejercicio 2012.

La definición legal se contiene en el artículo 94.1 del Decreto Legislativo 1/2010 (LGHPJA) diciendo que:

“Se entiende por control financiero permanente el control regular posterior sobre la totalidad de las operaciones de contenido económico de la entidad sujeta al mismo...”

A su vez el artículo 95.1 del citado texto dispone que:

“El control financiero de subvenciones se ejercerá por la Intervención General de la Junta de Andalucía respecto de las personas o entidades beneficiarias y, en su caso, entidades colaboradoras, con el objeto de comprobar la adecuada y correcta obtención, destino y disfrute de las subvenciones.”

Opera, no con nota de reparo, sino a través de un informe de Intervención que se emite con posterioridad. Aquí se encuadran los Informes de Control Financiero Permanente del SAE en 2012, que dieron lugar, por las irregularidades detectadas, a los Informes Especiales de Control Financiero a las Ayudas para Formación Profesional para el Empleo correspondientes a los ejercicios 2009-2012; incluidos en el Plan de Auditorías, Control Financiero y Control Financiero Permanente para 2013, aprobado por Resolución de 27 de febrero de 2013 del Interventor General de la Junta de Andalucía.

Concordantemente, el artículo 10 c) del Decreto 282/2010 de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía, prevé que en las bases de la subvención se especificará el régimen de control; si la fiscalización previa o el control financiero permanente, precepto que no se encontraba en la norma antecedente, Decreto 254/2001 de 20 de noviembre.

NOVENO.- Cuestiones Materiales II.

En primer lugar, los autos que se recurren (fols. 63.962 a 63.987 y 64.282 a 64.296) aceptan la tesis del Ministerio Fiscal en su escrito por el que solicita el sobreseimiento (fols. 63.889 a 63.921). A su vez, el Ministerio Fiscal hace suyo en lo esencial el informe del Director Gerente del SAE de fecha 10 de febrero de 2016 (fols. 62.244 a 62.246) y sus anexos (62.247 a 62.307) y el informe de 27 de abril de 2016 del Director General de Formación para el Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, obrante a los folios 62.744 a 62.748 y sus anexos (fols. 62.749 a 62.994).

En segundo lugar, el auto desgrana sus argumentos en una serie de puntos, puntos que no desarrollan todos los que han sido objeto de investigación ni todos los que se discuten. Como quiera que los argumentos del recurso no siguen el orden del auto y están desordenados, seguiremos el orden de la resolución recurrida, si bien modificándolo para atender el orden del procedimiento de la subvención desde la concesión a la liquidación y a todas las cuestiones planteadas.

Así, en cuanto a concesión, el auto recurrido se centra en la falta de documentación de los expedientes y menciona dos clases de documentos, sin referencia a una tercera clase:

A).- Documentos acreditativos de estar el beneficiario inscrito en el Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación para el Empleo.

B).- Ausencia de originales o copias compulsadas de facturas y justificantes de pago sin que se aporte documentación completa para el control de la subvención.

C).- No se mencionan, sin embargo, otras clases de documentos: relativas

al control de los cursos incluidos en cada expediente, los que permiten evaluar el resultado de los cursos. Tampoco se desarrollan los que se refieren, en fase de justificación, al informe técnico-económico.

Analizaremos estos puntos.

A).- Por lo que se refiere a lo primero, el artículo 29 RGS ya prevé la creación de estos Registros. Así, el artículo 29.1 y 2 establece que:

"1.- La Administración concedente podrá crear registros en los que podrán inscribirse voluntariamente los solicitantes de subvenciones, aportando la documentación acreditativa de su personalidad y capacidad de obrar, así como, en su caso, la que acredite la representación de quienes actúen en su nombre.

2. Los certificados expedidos por dichos registros eximirán de presentar, en cada concreta convocatoria, los documentos acreditativos de los requisitos reseñados en el apartado anterior, siempre que no se hayan producido modificaciones o alteraciones que afecten a los datos inscritos."

Más específicamente, el artículo 31 del Decreto 335/2009 de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, prevé la creación de un Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, que efectivamente se crea por el artículo 70.1 y 2 de la Orden de 23 de octubre de 2009, que desarrolla el anterior Decreto y que dispone que:

"1. Se crea por el Servicio Andaluz de Empleo el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía que estará adscrito a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

2. En dicho Registro deberán estar inscritas o acreditadas, en su caso, todas las entidades y centros que participen en los programas de Formación Profesional para el Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía regulados en la presente Orden."

La inscripción en el Registro no es baladí, pues acredita que la entidad que va a llevar a efecto el programa de formación para el empleo cumple las cualificadísimas condiciones del artículo 13 LGS y las determinaciones de los artículos 31 y ss. y 70 y ss. del Decreto y la Orden citadas, que implican un control efectivo de la Administración sobre tales entidades que garantiza su capacidad material y personal de efectuar con eficacia la formación para el empleo.

En un entorno, que las conclusiones del Informe Consolidado del Interventor General acerca del Control de Subvenciones 2009/2012 (fol. 60.356), califica de falta de rigor en lo relativo a la adjudicación y gestión de las subvenciones en todo el ámbito regional; llama específicamente la atención, en el caso que examinamos, el que en los informes especiales correspondientes a 2009 a 2012, dentro de las limitaciones al alcance del informe o en los incumplimientos o conclusiones, se mencione insistentemente la inexistencia de la documentación relativa a esta inscripción o acreditación que se dice que sólo se cumple en muy contadas ocasiones (fols. 6.005; 6.024; 6.029; 6.148; 6.152; 6.177; 6.268; 6.270; 6.54; 6.577; 46.649; 46.676) o, a veces, de forma bien extraña y sospechosa (fol. 6.280), contando que en Málaga no se revisa esta fase por entenderla revisada en la fiscalización previa (fol. 6.406), lo que no consta; ni en Sevilla, dado lo caótico de la documentación recibida por la Intervención según califica ésta (fol. 6.576), que conduce, junto a otras causas, a una opinión denegada por la Intervención en el control efectuado (fols 6.591; 7.520 y 7.711). Asimismo, en los puntos 5.1 y 7.1 de la Resolución de 05 de febrero de 2014 (BOJA 30), por la que se ordena la publicación del Informe de Fiscalización de las subvenciones del SAE para la Formación Profesional para el Empleo y seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de 2004 de los ejercicios 2009 y 2010 efectuado por la Cámara de Cuentas de

Andalucía; también se refleja que con carácter general que “*no hay constancia de la inscripción o acreditación del beneficiario en el registro de centros y entidades de formación profesional para el empleo en Andalucía*” (fols. 120 y 141).

Debe mencionarse que la comprobación de la inclusión en este Registro sólo cabe efectuarse tras la solicitud del centro o entidad y previamente a la propuesta de concesión, propuesta del órgano gestor que luego inspecciona la Intervención en el régimen de fiscalización previa. En tal propuesta el órgano gestor certificaba el cumplimiento de los requisitos de concesión, entre ellos, éste. Llama, desde luego, la atención que la Intervención no emitiese nota de reparo en los expedientes luego detectados. Ello puede deberse a tres causas:

a).- No se hacía porque se ordenó o sugirió que no se hiciera.

b).- El Interventor aceptaba sin más la certificación del órgano gestor en la propuesta, como se menciona en el atestado (folio 46.247; 46.340; 46.372; 46.720); entrando a fondo sólo cuando se ordenó por la Intervención General algo tan desusado como los informes especiales referidos a ejercicios anteriores (2009 a 2012).

c).- Tal comprobación no era necesaria pues, como dicen el Fiscal y el auto recurrido, el Programa Júpiter impedía grabar el documento AD (propuesta de gasto) si la entidad a la que se refería no estaba en tal Registro de Centros y Entidades; cosa sobre la que no encontramos una acreditación incontrovertible.

No consta en las actuaciones un listado de entidades inscritas en el Registro en 2009, 2010, 2011 y 2012 y una comprobación si las entidades beneficiarias de subvenciones en tales ejercicios estaban o no inscritas en el mismo y tampoco consta en el procedimiento una acreditación en forma, pericial o no, acerca de si el sistema JÚPITER permitía registrar como beneficiario a quien no estaba inscrito o inscribirlo de forma inmediata.

Tampoco sabemos si entre las entidades registradas o no existían casos de empresas constituidas *ad hoc* o empresas, entidades o sujetos con deudas previas con la Administración, incluyendo las de Seguridad Social y tributarias, que no pueden ser beneficiarias de subvenciones (artículos 116.2 del Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía; 13.2 e) LGS y 18.1 e) RGS; 8.3 del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía y, finalmente, el artículo 5 de la Orden de 23 de octubre de 2009). Quizá fuera aconsejable alguna actuación en este sentido

Igualmente, se carece información sobre baremación de los solicitantes en concurrencia competitiva (fols. 6.270; 6.576; 62.660; 63.155 y 63.156 etc.); y si entidades seleccionadas para dar cursos sin que conste baremación incluyen algunas de constitución *ad hoc* o meramente instrumentales o que no cumplieran requisitos mínimos compatibles con las bases de la subvención.

B).- En lo referente a las facturas y justificantes de pago y de realización de la actividad, debe decirse que desde 2009 en la fiscalización previa se justificaba por el beneficiario la subvención por medio de cuenta justificativa con informe de auditor. Ello en base al artículo 74.1 del Reglamento General de Subvenciones y 102.1 y 2 de la Orden de 23 de octubre de 2009.

El primer precepto establece que:

1. Las bases reguladoras de la subvención podrán prever una reducción de la información a incorporar en la memoria económica a que se refiere el apartado 2 del artículo 72 de este Reglamento siempre que:

a) La cuenta justificativa vaya acompañada de un informe de un auditor de cuentas inscrito como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad

y Auditoría de Cuentas.

b) El auditor de cuentas lleve a cabo la revisión de la cuenta justificativa con el alcance que se determine en las bases reguladoras de la subvención y con sujeción a las normas de actuación y supervisión que, en su caso, proponga el órgano que tenga atribuidas las competencias de control financiero de subvenciones en el ámbito de la administración pública concedente.

c) La cuenta justificativa incorpore, además de la memoria de actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 72 de este Reglamento, una memoria económica abreviada."

A su vez el artículo 102 citado establece que:

"1. A los efectos de la justificación de las subvenciones concedidas al amparo de la presente Orden, y en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de finalización de las acciones objeto de subvención para el caso de la justificación final, el beneficiario deberá presentar una cuenta justificativa con aportación de un informe de auditor. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio de la entidad beneficiaria, en la que se debe incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la ayuda y del gasto total de la actividad subvencionada.

Las facturas deberán reunir los requisitos establecidos en el Capítulo II del Título I del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, modificado por el Real Decreto 87/2005.

2. Dicha cuenta se presentará acompañada de la siguiente documentación:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

b) Una cuenta justificativa con aportación de informe de un auditor de cuentas inscrito como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforme a lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

El informe de auditor tendrá por objeto la revisión de la cuenta justificativa comprobando la elegibilidad de los gastos realizados por el beneficiario, conforme a lo previsto en la presente Orden y

las obligaciones establecidas en la correspondiente resolución de concesión, así como en las normas de subvencionabilidad contenidas en el artículo 31 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y, en su caso, en la reglamentación comunitaria aplicable."

La norma y el sistema elegidos son lógicos. Ante la existencia de miles de cursos y la dificultad de otro tipo de control se elige descargar la labor más penosa, entre ellas la comprobación y examen de facturas, en un auditor externo. De este modo la Administración sólo reacciona si el informe del auditor no es favorable. La Instrucción 8/2011 de 15 de noviembre, de la Dirección-Gerencia del SAE, acto administrativo general del Gerente del SAE que obliga por el principio de jerarquía a todos los funcionarios sometidos a su potestad, establece lo mismo para una parte del periodo que estamos considerando. Podrá achacarse lo que se quiera a esta opción, pero cabe en las normas y su mera elección no es, desde luego, materia sancionable jurídicamente. Parece, pues, que, con este sistema, el órgano gestor no tiene que comprobar exhaustivamente factura alguna, pero ello no quiere decir que no tengan que aportarse, como resulta de los preceptos transcritos. A este respecto es ilustrativo, por ejemplo, la contestación de la Intervención a la alegación de la Administración al folio 6.384. Como indica, también, algún Interventor, la justificación de la subvención mediante cuenta justificativa con aportación de informe de auditor, no implica la no verificación de la documentación y no puede ser ello un acto formal (fol. 6.596).

Supongamos, empero, que se puede interpretar que no se deban aportar facturas por el beneficiario más que al auditor. No obstante, surgen determinadas preguntas a las que no se ha dado respuesta en lo autos, ante el tenor de los informes de la Cámara de Cuentas, Interventores en el Informe Especial de 2009 a 2012 y en los atestados de la UCO de la Guardia Civil.

1º).- Así, no sabemos si las facturas se adjuntan como anexo al informe de auditor por el propio auditor, aunque en ocasiones parece que no (fol. 6.334). En otra ocasión, se recoge que no existiendo obligación de aportar o conservar facturas, lo que es discutible, el órgano guarda copias escaneadas (fol. 6.405).

La Cámara de Cuentas en el Informe ya aludido, respecto de las facturas, expresa, al folio 128 de los autos, que ha solicitado la aportación de *“algunas de ellas con objeto de contrastarlas con la cuenta justificativa y comprobar su adecuada cumplimentación”*, por lo que parece que no estaban en los expedientes y no se acompañaban.

2º).- En tal informe de la Cámara de Cuentas se hace referencia a que la mayoría de las facturas así pedidas *“no identifican el expediente o proyecto asociado a dichos gastos, no disponiendo por tanto de un sistema de validación y estampillado que permita el control de la concurrencia de subvenciones”*, con incumplimiento del artículo 30 LGS, 73 LGS, 102 de la Orden de 23 de octubre de 2009 y Real Decreto 1496/2003 de 28 de noviembre. Por otro lado, se detectan facturas correspondientes a gastos no elegibles por importe total de 177.242,77 € y de periodos no elegibles por 5.826,4 € (folio 129); estampillado erróneo de facturas de 2009 a 2008 o no facilitación de facturas solicitadas. Si no se incluían en los expedientes pudieron reclamarse al beneficiario, pues el artículo 120.5 del Decreto de 23 de octubre de 2009 obliga a los beneficiarios a conservar las facturas y justificantes durante cuatro años posteriores a la liquidación y debe recordarse que en los casos que tratamos los expedientes no estaban ni siquiera justificados.

3º).- En los informes especiales se pone de relieve por los interventores que las facturas aportadas vienen en fotocopia o disco compacto, lo que incumple la normativa. Además, extraña que sin estar justificado y liquidado un

expediente se prescinda de originales. No obstante, ya que se aportan en el formato que sea, o que constan en los expedientes, las mismas revelan que existe, en opinión de la Intervención:

a).- Incumplimiento del Real Decreto 1496/2003 de 28 de noviembre por falta de concreción o requisitos exigidos o incluyendo IVA (fols. 5.940; 6.018; 6.020; 6.027; 6.044, 6.183; 6.188; 6.279; 6.282; 6.285; 6.327; 6.330; 6.681; 6.685; 6.689; 6.691; 60.362).

b).- Se trata de fotocopias sin compulsar en su mayor parte y, a veces, incorrectamente compulsadas por el propio beneficiario (fols. 5.943; 6.025; 6.035; 6.187; 6.273; 60.362) y, a veces, pagos en efectivo no comprobables (fols. 6.444 ó 6.445) o con precios inflados no correspondientes a los de mercado (fols. 6.450 y 6.451) o no se acredita el pago (fol. 60.364).

c) Existen facturas que no corresponden al periodo de los cursos o no tienen relación con los módulos formativos impartidos (fols. 6.016; 6.058; 6.329; 6.333, 60.366) y existen facturas incorrectas sobre las que no se ha procedido a exigir reintegro (fols. 6.868 y 6.869).

d).- Se imputan y admiten gastos no contemplados en la convocatoria, no elegibles o no se acredita su pago. Incluso en algún expediente concreto se abonan en periodo de reintegro o se emiten después de computarse como pagadas o corresponden a servicios supuestamente prestados meses después del cese de la actividad (fols. 6.020; 6.035, 6.052; 6.080; 6.273; 6.277; 6.280; 6.282; 6.922) o sin concepto (fol. 6.457).

e).- Existen facturas emitidas por quien firma la solicitud de subvención como representante de la entidad, existiendo así una vinculación con la empresa, lo que incumple el artículo 68 del Real Decreto 887/2006 de 21 de julio (fol. 7.031).

f).- El informe de auditor no se pronuncia sobre el cumplimiento del

artículo 102.2 b) de la Orden de 23 de octubre de 2009 de las facturas; es decir, la elegibilidad y subvencionabilidad del gasto (fol. 6.055) o declara tal elegibilidad y subvencionabilidad y ello no es así al comprobarlo la Intervención (fol. 6.910) y no faltan expedientes en los que no existe informe de auditor de cuentas (fols. 5.938 o 7.092) o la hoja de liquidación no está firmada por el auditor (fol. 6.330) o se cuestiona su fiabilidad (60.241).

g).- Existe algún curso en que el informe de auditor declara correctos los gastos y el órgano gestor procede a minoraciones, aunque sin indicar el concepto (6.068; 6.328). Ello es puesto de relieve por el Ministerio Fiscal (fol. 6.018) al pedir el sobreseimiento en el sentido de que el control por el órgano gestor no era meramente formal (fol. 63.904 y 63.905). Sin embargo, ello no explica que tal control material o efectivo no conste en la mayoría de las ocasiones, dados los defectos de las otras facturas afloradas. Tampoco explica que si siempre se realizó tal control material no se detectaran tan conspicuos defectos, ni descarta que el efectivo control llevado a cabo se haya aplicado sobre cursos menores o gestionados por sujetos no incluibles en el círculo que las acusaciones populares entienden como “*clientelar*”. Otras veces ocurre que el órgano gestor valida facturas rechazadas en el informe de auditor (fol. 6.277).

Las alegaciones al informe de Intervención hechas por el órgano gestor en este punto, además, son rechazadas en su inmensa mayoría, lo que equivale a ratificación del informe negativo sobre las mismas.

La cuestión, por tanto, no se trata de si deben figurar o no facturas, que debe concluirse que sí dado el tenor de los preceptos transcritos; sino si el control sobre las mismas, una vez afloradas, ha sido o no el adecuado. Este es el punto a elucidar.

Por otro lado, resulta revelador, y en cierto sentido inquietante, el informe

a los folios 60.259 a 60.265 de la Presidenta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Competitividad de 03 de junio de 2015 en respuesta a consulta de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 08 de mayo de 2015, en el que se dice:

“...la actuación del auditor consistente en la revisión de la cuenta justificativa de subvenciones concedidas por la Administración de Andalucía, no reúne, a juicio de este Instituto y como también se reconoce en el escrito presentado, las características propias de un trabajo de auditoría de cuentas, puesto que no va dirigido a poner de manifiesto una opinión técnica sobre si los estados financieros (cuentas anuales u otros estados contables) de una entidad correspondientes a un determinado ejercicio representan la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la entidad y si se han formulado conforme a la normativa contable que le resulta de aplicación, tal y como se exige en un informe de esta naturaleza por la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas. Por el contrario, el informe a emitir por el auditor de cuentas en estos casos tiene otro objeto distinto, como es, en síntesis, informar sobre si se han cumplido por el beneficiario las condiciones exigidas por la norma reguladora de la subvención.

*En consecuencia, este Instituto entiende que, **al no tener la actuación del auditor en el caso planteado la naturaleza de un trabajo de auditoría de cuentas**, tal y como se define esta actividad en el artículo 1 del TRLAC, dicho trabajo no está sujeto a lo dispuesto en la normativa de auditoría de cuentas....” (fols. 60.252 y 60.253).*

Llegados a este punto, dos opciones son posibles:

a).- El órgano gestor no hacía caso de los informes de auditor negativas y daba el pase a los expedientes que quería.

b).- Los auditores hacían mal su trabajo, daban por bueno lo que no lo era tras una revisión formularia y el órgano gestor aceptaba sin revisar el informe de auditor y sin comprobación técnico-económica libraba certificado de finalidad y éste era aceptado sin fiscalización real por el Interventor, haciendo así posible una falta de control de enormes proporciones que ha dado lugar al problema.

De todas formas, queda claro de las actuaciones practicadas, sin necesidad

de ulterior diligencia, que existen irregularidades en la justificación de los cursos que deben ser tenidas en cuenta por cuanto existen facturas que documentan tales irregularidades, que no son ni esporádicas ni anecdóticas. Sobre si ello denota o no sólo una Administración caótica o ineficiente, como dice el Fiscal, o es algo sancionable penalmente, es una cuestión de valoración jurídica que acometeremos más adelante.

C).- Existen otras fallas, según los informes de la Intervención y Cámara de Cuentas, que no menciona el auto, como desperdigadamente alega el recurrente, que tampoco pueden pasarse por alto.

1º).- No queda acreditado el adecuado control de los cursos y de los alumnos, algo previsto en los artículos 16 y 17 de la Orden de 23 de octubre de 2009. Así, en los controles realizados por la Intervención:

a).- Falta acreditación de selección de alumnos y actas de selección de los mismos, así como la selección de desempleados por el SAE (fols. 5.938; 6.025; 6.151; 6.176; 6.269; 6.326; 6.331; 6.407; 6.577; 60.356).

b) En los cursos con compromiso de contratación se incumple el artículo 37.3 de la Orden de 23 de octubre de 2009 relativo a la contratación por cuenta ajena del 60% de los alumnos de modo total o parcial (fols. 5.942; 6.190; 6.234; 6.579; 60.362; 60.364).

c).- No constan partes de firmas de alumnos por lo que no se puede saber el número de los que han finalizado y la cuantía final de la subvención, de acuerdo al artículo 102.7 de la Orden de 23 de octubre de 2009 o evaluación de los mismos, cuya falta es general (fols. 6.005 o 6.577).

d).- Incidencias entre las actas de control y los partes de firmas, esenciales en cuanto acreditan la misma realización de los cursos (fols. 6.153; 6.409).

e).- En los casos de desviación del 15% de alumnos no hay minoración de la subvención (fol. 6.271; 6.408; 6.583; 60.363).

f).- Falta de seguimiento de los cursos e incongruencias en la documentación (fol. 6.412; 6.583; 6.593; 6.580; 6.583; 60.361) sin que conste prueba de la afirmación del Director del SAE al folio 62.256 de que se realiza el seguimiento del 100% de los cursos.

2º).- Según los informes de la Intervención, no constan los Informes de Impacto ordenados por el artículo 20 de la Orden de 23 de octubre de 2009 (fols. 146; 6.006; 6.026; 6.151; 6.161; 6.269; 6.326; 6.332; 60.356; 60.360) y en algún caso, el de Huelva, se habla de que *“no ha existido ningún seguimiento sobre la eficacia y eficiencia de los fondos empleados en la formación de los alumnos, ni en su adecuación a las necesidades del mercado laboral”*. (fol. 6.288).

Existen en tales informes otras disfunciones, más o menos extendidas, detectadas a lo largo de las inspecciones de los cursos efectuadas: falta de informe de evaluación de solicitudes (fol. 6.184); incongruencias en informes de auditor (fol. 6.586); ampliación de plazos de ejecución sin seguir, conforme a los artículos 19.4 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre y 121 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, el procedimiento del artículo 32 del Real Decreto 282/2010, o 19 del Decreto 254/2001, dependiendo de la convocatoria (fol. 6.007); ampliación de plazos de ejecución contrario al artículo 99.3 de la orden de 23 de octubre de 2009; imposibilidad de calcular los costes laborales o disfunciones en las percepciones de los docentes etc.

También cabe destacar, como se dice en el Informe Consolidado del Interventor General acerca de los informes de auditoría 2009/2012 (fols. 60.354 y 60.355), que son desfavorables en Almería, Cádiz, Córdoba (fol. 7.091), Granada, Huelva (fol. 6.290), Jaén (fol. 6.335) y Málaga (fol. 6.414) y en Sevilla y Servicios Centrales se deniega opinión por la Intervención (fol.

6.591).

En el caso de los Informes de Control Financiero Permanente de 2012 es favorable con observaciones en Córdoba (7.364); favorable en Jaén (7.479); Málaga (7.676) y Granada (7.381); desfavorable en Huelva (7.416) y Cádiz (7.034) y se deniega en Sevilla (fols. 7.520 y 7.711). Por lo demás (folio 7.738) tales informes están recogidos en un CD, como figura en el procedimiento.

Recordemos que las Normas Internacionales de Auditoría o NIA (*International Standards on Auditing*) clasifican los resultados del control financiero en:

a).- Opinión favorable (*Clean Opinion*). Acuerdo sin reservas sobre presentación y contenido de los estados financieros.

b).- Opinión con salvedades (*Qualified Opinion*). Acuerdo con tales estados financieros, pero con reservas.

c).- Opinión desfavorable (*Adverse Opinion*).- Desacuerdo con los estados financieros, que no reflejan la realidad.

d).- Opinión Denegada (*Disclaimer of Opinion*). No se emite dictamen sobre el estado financiero por imposibilidad de emitir cualquiera de las tres anteriores, normalmente por el estado inaceptable de la documentación.

Todo ello indica, como hace el recurrente, que no podamos asumir la tesis del auto de que todo esto se trata de un efecto espejismo de las aplicaciones informáticas y/o del resultado del traslado desordenado de expedientes al cambiar el ramo de Empleo de Consejería; para trasladar de competencia un servicio a otro no es imprescindible el traslado físico de sedes y el debate, ya lo hemos dicho, no está en si había obligación o no de aportar las facturas, sino en si lo que revela las facturas afloradas indican sobre el control y gestión de los casi tres mil millones de euros empleados en once años en formación para el empleo y si ello es penalmente relevante; lo que se irá analizando en los

números subsiguientes.

DÉCIMO.- Cuestiones Materiales III.-

El siguiente argumento del auto que se combate son los certificados de finalidad, que vienen previstos en el artículo 40.1,2ª del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (RIJA). Éste acredita que la Administración ha comprobado la documentación que entrega el beneficiario de la subvención y que, en teoría, facilita la labor del órgano de Intervención.

Se enmarca este certificado dentro del momento intermedio de justificación de la subvención concedida. Así, razona el auto recurrido (fols. 63.977 y 63.978), al igual que hace el Fiscal al folio 63.907, siguiendo el informe del SAE al folio 62.295; el proceso de justificación tiene tres momentos.

1º).- Justificación del beneficiario ante el órgano concedente (artículos 30 LGS y 69 a 74 RGS).

2º).- Comprobación por el órgano gestor de tal documentación (artículos 32 LGS y 84 RGS)

3º).- Expedición del certificado a resultados de la comprobación junto a propuesta de documento contable J y remisión a la Intervención.

La justificación entiende el auto que es un concepto doble:

a).- La que efectúa el beneficiario.

b).- La liquidación que efectúa la Administración.

En relación a la primera, el artículo 69 RGS, en base al artículo 30 LGS, define como la acreditación por el beneficiario del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención. Ello se hace por el medio previsto mediante la entrega de una determinada documentación al órgano concedente.

En un segundo momento, el órgano concedente comprobará la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención, como ordena el artículo 32 LGS en relación al artículo 84 RGS.

En el tercer momento es el órgano concedente el que justifica ante la Intervención con el certificado de finalidad y tras el pase de la Intervención se liquida propiamente la subvención.

Tratamos aquí de los dos primeros momentos.

El régimen jurídico de las subvenciones se regula, como especifica al artículo 113 de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (Decreto Legislativo 1/2010 de 02 de marzo, ya citado), conforme a la ley General de Subvenciones y demás normas básicas que la desarrollan, entre las que destaca el Reglamento General de Subvenciones, que es un reglamento ejecutivo y que, por tanto, al desarrollar la Ley su infracción supone la de ésta; y por las disposiciones del Título VII de dicha Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y normas de desarrollo de ésta, singularmente en esta materia los Decretos 282/2010 de 04 de mayo y 335/2009 de 22 de septiembre y la Orden de 23 de octubre de 2009.

Pues bien, en lo atinente a la documentación a entregar por el beneficiario para justificar la subvención, es la que deriva de los artículos 30 LGS, en relación a los artículos 72 y 74 RGS y 102 de la Orden de 23 de octubre de 2009, que ya transcribimos en el razonamiento noveno.

Como desarrolla la Guía de justificación de las subvenciones de Formación Profesional para el Empleo concedidas al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 de la Dirección General del SAE, a la que se alude en las actuaciones, la documentación a aportar es la siguiente:

a) Memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones

impuestas en la resolución o convenio de concesión de la subvención, con indicación de actividad llevadas a cabo y resultados obtenidos, así como de las desviaciones o incumplimientos acaecidas.

b) Memoria económica abreviada que contendrá:

1º. Un estado representativo de los gastos incurridos en la realización de las actividades subvencionadas, debidamente agrupados, y, en su caso, las cantidades inicialmente presupuestadas y las desviaciones acaecidas. Este estado representativo consistirá en una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad subvencionada, con identificación al menos del acreedor y del documento –factura o documento admisible en la normativa de subvenciones-, su importe, la fecha de emisión y la fecha de pago.

2º. En el caso de que las actividades hayan sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá aportarse una relación detallada de éstos con indicación del importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas.

3º. En su caso, la carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

c) El informe de un auditor de cuentas inscrito como ejerciente en el registro oficial de auditores de cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforme a lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

A estos efectos, la entidad beneficiaria estará obligada a poner a disposición del auditor de cuentas, y bajo su responsabilidad, los documentos originales de las facturas y justificantes de pago así como cualquier otro documento con validez jurídica que permita acreditar el cumplimiento del objeto de la ayuda y de los gastos totales de la actividad subvencionada. Asimismo, aportará cuantos libros, registros y documentos le sean exigibles en

aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 f) de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones; que deberá conservar al objeto de las actuaciones de comprobación y control previstas en la citada Ley y en las correspondientes bases reguladoras de las ayudas.

d) En el caso de que las actividades hayan sido financiadas además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá aportarse una relación detallada de éstos con indicación del importe, procedencia y aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas.

Aparte de que de esta Guía, que es de noviembre de 2011, no se desprende inequívocamente la necesidad de incluir las facturas, lo que es discutible, esta documentación citada es la que debe revisar el órgano concedente antes de enviar el expediente a revisión por la Inspección en la denominada por el artículo 102.8 del Decreto de 23 de octubre de 2009, “*comprobación técnico-económica*” (incidentalmente, como se decía al folio 6.384 por la Intervención, no se comprende cómo se va a hacer ésta sin facturas). Tras ello se emite el certificado de finalidad en el que el órgano concedente certifica el cumplimiento, por parte del beneficiario, del objeto de la subvención y de tener en su poder los justificantes, conforme a los artículos 39 y 40 RIJA y las Instrucciones de la Intervención, parece ser que la 3/02.

La hipótesis del auto es que si el control no se había hecho bien por el auditor, el órgano de gestión no tenía por qué sospecharlo, pues sólo cabía requerir el informe de tal auditor y si éste nada expresaba no era exigible actuación del órgano gestor.

No podemos estar de acuerdo con este argumento. La norma exige un examen técnico-económico con independencia de lo que diga el informe de auditor, examen que cabría admitir por muestreo; que no puede ser meramente formal y que no consta que se haya hecho. No se entiende que los gruesos

defectos que se encontraron en los informes de Intervención no se hayan detectado en ninguna comprobación técnico-económica y que este filtro se haya trocado en mero formulismo. Es más, ni siquiera concurre a veces un mero control formal: se dan casos en que no existe en la documentación presentada informe de auditoría o cuenta justificativa, así en Huelva (fol. 6.272) o en Córdoba (fol. 6.155), Asimismo hay casos en que no se ha comprobado la documentación justificativa o en que se dan incongruencias tales como emisión de informes de auditoría previos a la relación de gastos de los cursos que tales informes se supone que someten a escrutinio (fols. 6.557/6.558); incongruencias entre informes de auditoría y la documentación aportada (fol. 6.594) No faltan ocasiones en que no se adjunta siquiera informe de auditor (fol. 5.938; 6.577) o en que la referencia normativa utilizada en tales informes es errónea (fol. 6.018). Hay provincias en las que no consta comprobación técnico-económica (fol. 6.586) y existen expedientes en que en las memorias de actuación constan finalizados menos alumnos de los previstos sin que se inicie procedimiento de minoración (fol. 6.591). Otras veces falta memoria económica (fol. 6.577).

El Servicio Andaluz de Empleo dice en su informe de febrero de 2016 que la comprobación técnico-económica consiste en la verificación “*de los gastos realizados por la entidad y la elegibilidad de los mismos, de conformidad con la normativa de subvenciones vigente en cada momento, así como la comprobación de la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinaron la concesión de la subvención*” (folio 62.276) con las especificaciones que dice a los folios siguientes para la cuenta justificativa con informe de auditor, donde se insiste en la falta de necesidad de aportar justificantes. Si damos crédito a este informe, que es más bien una exposición teórica, de nuevo surge la perplejidad por los diversos informes de la

Intervención, que no corroboran los asertos de la exposición del SAE. Es más, en los informes de Actuación de la Intervención, posteriores a los aludidos de 2012 y especiales de 2009/2012, pues son de febrero de 2016,; se dice que no se han implementado las recomendaciones de los informes anteriores. De este modo, nada se ha hecho en lo relativo a la comprobación técnico-económica con los justificantes (fol. 63.099) o respecto al establecimiento de medios para comprobar subcontratación o en lo relativo a verificar que los cursos impartidos fueran los que fueron objeto de subvención o, nada menos, de que los cursos se hayan efectivamente realizado (fol. 63.100), en Sevilla. Se detecta bajo nivel de fiabilidad de las comprobaciones realizadas por el SAE (fol. 63.119), en Córdoba. Se dictamina deficiente comprobación de la documentación justificativa en Huelva (fol. 63.136), sin que se acredite que ninguno de los expedientes con compromiso de contratación haya terminado en contratación de trabajadores (fol. 63.137) y detectándose que procedimientos que debieron ser objeto de reintegro total o parcial figuran como justificados y liquidados (fol. 63.139). En Jaén se constata que no se han seguido las recomendaciones de la Intervención y, así, respecto a baremación de beneficiarios, informes de impacto o inserción, informes defectuosos de auditoría (fols. 63.151 y ss.) etc.

Es por ello por lo que cabe cuestionar severamente las certificaciones de finalidad. Es cierto, como dice el Fiscal, que los interventores que redactan todos estos informes son los que no dijeron nada en la fiscalización previa, lo que interpretan el Fiscal y el auto como que la revisión hecha sobre los soportes informáticos es incompleta por defecto de documentación en los expedientes digitales; pero ello no tiene que ser necesariamente así, pues:

1º).- Cabe pensar que pasaran todos estos defectos por alto en la fiscalización previa, por confianza en los informes de auditor y en los certificados de finalidad emitidos por un órgano oficial como el SAE. Habiendo

pasado dos filtros anteriores su control sería formulario y cabe admitir, como se dice por algún destacado Interventor (fol. 47.253) que su misión era sólo comprobar en fiscalización previa la existencia de ese certificado de finalidad.

2º).- Que es obvio que sólo existió fiscalización previa respecto de los expedientes de cursos llevados a la Intervención por el órgano gestor para justificación y liquidación; pero no para los expedientes no llevados a justificar, que son una cantidad exorbitante y aquellos a los que mayormente se refieren los informes de Intervención. Es decir, existen muchos expedientes en esos informes de Intervención 2009/2012 no llevados a justificar y respecto de los cuales, como explicaremos más adelante, no pudo haber fiscalización previa.

De todas formas, podría ser ilustrativo al respecto el examen o cotejo con los originales mencionados en el razonamiento noveno para comprobar si se dan en los expedientes examinados estos defectos a fin de descartar una imagen distorsionada por la forma de operar los sistemas informáticos de registro o si hay un verdadero incumplimiento del artículo 32 LGS y normas relacionadas ya citadas.

UNDÉCIMO.- Cuestiones Materiales IV. Retraso en la Justificación y Resoluciones de Excepción.-

Otro de los argumentos esenciales del auto es el del retraso en las justificaciones y el de su conexión con las resoluciones de excepción.

Analizaremos:

A).- Lo que resulta del propio retraso.-

B).- Lo que resulta de la conexión con las resoluciones de exoneración o excepción.-

A).- Dice el auto recurrido que es normal el retraso en las justificaciones dada la mecánica del proceso de gestión y justificación. Así, se nos dice que

como quiera que la actividad se desarrolla en el ejercicio siguiente a la concesión y dura normalmente nueve meses, sin contar las posibles prórrogas, y el plazo para justificar suele ser de tres meses después de terminada la actividad, es normal que la subvención discurra por tres ejercicios. A ello hay que añadirle la demora en la comprobación de la documentación por la Administración. Por ello es habitual que la subvención justificada en tiempo y forma por el beneficiario se encuentre pendiente de justificar ante la Intervención por el órgano concedente al encontrarse en fase de comprobación. Continúa la argumentación en el sentido de que no es cierto que para ello tenga el órgano gestor los cuatro años de plazo de prescripción que señala el artículo 39 LGS, pues ese plazo es para el entero proceso y se cuenta desde venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario, aunque volveremos sobre este tema más tarde al tratar de los reintegros.

No obstante, deben distinguirse dos conceptos:

- a).- La justificación del beneficiario ante el órgano gestor.
- b).- La justificación del órgano gestor ante la Intervención.

Una cosa es que el órgano gestor esté, al parecer, tan sobrecargado que no pueda revisar a tiempo y enviar a fiscalización a la Intervención y otra muy distinta que no se preocupe siquiera de que los beneficiarios justifiquen.

Ello tiene trascendencia dado el sistema de abono de las subvenciones. Las mismas se abonan en dos partes:

- a).- Un anticipo del 75% con la firmeza de la resolución de concesión.
- b).- El 25% al justificar completamente la subvención. Se efectúa una vez realizada la actividad y acabado el plazo. El beneficiario remite la documentación procedente al órgano gestor. Éste, si tras la comprobación técnico-económica hay menor gasto o no se justifica, minora el importe pendiente de abono, salvo que supere el 25% restante por abonar, supuesto en

el que procede reintegro con intereses de demora y así se manda a la Intervención.

No obstante, si el beneficiario no justifica, no remite la documentación, no existe control verdadero sobre el empleo del 75% anticipado, ya que el control que se ejerce en la fase de concesión es mínimo y no se refiere a una actividad no iniciada aún. El control global y real sobre lo ejecutado se hace cuando se realiza la actividad y se remite la documentación correspondiente, también en la fiscalización previa. Debe recordarse que no se exigen fianzas o garantías para tal anticipo, o no consta, como autorizarían los artículos 17.3 k) y 43 RGS y 27.1 d) del Decreto 282/2010 de 4 de mayo.

Por tanto, si el beneficiario no justifica y la Administración no requiere, aquél parece que se haría con el 75% de la subvención sin control alguno sobre lo realizado.

De la documentación aportada pudiera parecer que no queda claro si la pendencia en la justificación se refiere a esta fase o la del control por el órgano gestor de la documentación presentada. Así, a los folios 62.744 y ss. consta un informe detallado de expedientes pendientes de justificación con riesgo de prescripción, acompañado de listados, en los que en muchos de ellos consta que están en fase de requerimiento. Si es el requerimiento del artículo 70.3 RGS, como parece, ya que se dice al folio 62.937 que la expresión “Notificado requerimiento”, quiere decir la *“fecha en la que se realiza la comunicación al administrado requiriendo la aportación de documentación”* en el listado de ese Anexo III (folios 62.937 al 62.967) al escrito de la Dirección General de Formación para el Empleo de abril de 2016 al folio 62.744, listado actualizado a mayo de 2016 a los folios 63.052 a 63.082. Si ello es tal como parece, entonces los expedientes en el Anexo II (folios 62.968 a 62.994), que incluye listado de expedientes por justificar a aquélla fecha, también se refieren a

expedientes en esta anómala situación. Pues bien, se observa en el Anexo III referenciado, respecto a los expedientes de 2009 en adelante, un número muy elevado de expedientes en esta fase de requerimiento o aportación documental por el beneficiario y de fecha muy reciente en ese momento, ya avanzados los procedimientos judiciales sobre el asunto, lo que indica esa falta de control que se enfatiza en el recurso presentado.

Por otro lado, esta falta de justificación a tiempo es graduable. No es lo mismo justificar pasado el plazo irreal del artículo 124 TRLGHPJA, en el ejercicio siguiente, que hacerlo cuando esta a punto de prescribir el derecho de la Administración a reclamar el reintegro total o parcial de la subvención, utilizando el requerimiento del artículo 70.3 RGS a toda prisa para evitar la prescripción.

Ello dejando aparte los expedientes que pudieran existir ya justificados por el beneficiario y pendientes de control por el SAE y remisión a Intervención.

B).- Respecto a la conexión con las resoluciones de exceptuación, el auto, siguiendo al Fiscal, hace una exposición, en principio inatacable. Debe partirse del artículo 124.1 del TRLGHPJA, transcrito en el razonamiento octavo de este auto, que establece la prohibición de pago al solicitante de una subvención que no haya justificado en tiempo y forma otra subvención anterior con cargo al mismo programa presupuestario de la Junta de Andalucía o sus agencias. No obstante, mediante resolución motivada, se puede exceptuar esta limitación por razones de especial interés social. Tal norma tiene como antecedente otro precepto idéntico: el anterior artículo 32.2 de la Ley 3/2004 de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, derogada en sus artículos 38 a 33 por el Decreto Legislativo 1/2010 de 02 de marzo (TRLGHPJA).

Así, se dan beneficiarios que solicitan anualmente las subvenciones que se

ofrecen. En el momento de que el órgano concedente tiene que proponer el pago de la nueva subvención se puede dar el caso, que era lo habitual, de que el beneficiario ya haya justificado la anterior, pero el órgano concedente y gestor no haya culminado el proceso de revisión y presentado la justificación a la Intervención para su fiscalización y la subsiguiente contabilización y liquidación. El sistema contable JUPITER impedía el pago de subvenciones si no estaba finalizado el proceso de justificación de otras pendientes. Es decir, el sistema, como bien exponen el auto recurrido y el Fiscal, da por supuesto que la fecha límite de entrega por el beneficiario de la documentación acreditativa es la misma que el que tiene la Administración para comprobar, fiscalizar y liquidar, explicando que se sigue un sistema maximalista por el que se mantiene la prohibición de pago de una subvención estando pendiente la anterior de control y fiscalización. No se libera la Orden de Pago (OP) hasta que no se ha fiscalizado el documento contable J, que expresa ese control final y no se puede grabar en el programa una nueva subvención hasta que eso ocurra.

Para no perjudicar a las entidades beneficiarias de una subvención, que han cumplido con su obligación de justificar a tiempo, se dice en el auto y que no podrían percibir el anticipo del 75% de la nueva subvención concedida por culpa de que la Administración no ha controlado aún y no ha fiscalizado y liquidado, la única opción que ofrece el sistema es la resolución u orden de exceptuación o exoneración. Una vez grabada permite el pago del anticipo de las nuevas subvenciones y así cada año. El auto reconoce que es una necesidad del sistema, la única respuesta posible a un problema creado por la propia Administración, podemos admitir que cambiar el sistema informático no es cosa de un día para otro, y se puede acusar a la Administración de ineficiente, descuidada y hasta nula, pero nunca delictiva. La resolución de exceptuación permite así funcionar el sistema, desbloquear la tramitación de subvenciones,

pero no libera o exonera al beneficiario del deber de justificar correctamente y de cumplir con las normas que regulan las subvenciones y las bases de la concreta convocatoria.

Es cierto que las resoluciones de exceptuación o exoneración son numerosas. Así, constan en autos las siguientes resoluciones de exceptuación con los siguientes datos:

FECHA	ENTIDADES	FONDOS	SUBVENCIONES	FOLIO
17/12/2009	473	327.109.139,50 €	2.389	58.463 y 59.735
22/12/2010	365	305.819.827,22 €	2.023	58.478
16/12/2011	536	491.391.379,26 €	3.262	58.490
29/11/2011	150			59.748
28/12/2011	642			59.758
30/12/2011	266	200.233.150,72 €	2.102	58.504 y 59.766
11/12/2012	1.055			59.770

Ello revela, como se dijo, el carácter que habían adquirido las resoluciones de exceptuación, desde luego alejado del carácter que pretendía inicialmente la norma; pero tal cosa no es forzosamente delictiva. Ya hemos dicho que eso está justificado y debe darse la razón al Fiscal de que la exceptuación plural no es *per se*, ilegal, como afirma al folio 63.902 citando un informe de la Intervención General de 03 de abril de 2001 y recoge el auto recurrido.

Tal como decimos, las resoluciones de exceptuación son una necesidad estructural y, pese a su número, tampoco pueden ser atacadas por sí solas por falta de motivación, como se hace en el recurso. Debemos tener muy presente que las resoluciones discutidas se refieren a la época de mayor crudeza de la última crisis económica en la zona de España con el desempleo más acuciante. La Administración, ante tal situación, tenía que adoptar medidas decididas y dar un horizonte a los desempleados y ello es motivo suficiente para entender la concurrencia del especial interés social que establece la norma, sin que sea materia a tratar aquí si ello es la mejor política para enfrentar el paro, si es una

adecuada decisión el empleo en cursos de tan relevante cantidad de fondos públicos etc., materias opinables y por completo ajenas al Derecho Penal. La Administración, en las diferentes resoluciones de exceptuación que constan en autos (por ejemplo, fol. 58.463 ó 68.478), con mayor o menor extensión justifica el especial interés social y ello, pese a que pueda ser estereotipado, colma las necesidades de motivación, a efectos de lo que aquí se imputa.

Ahora bien, el razonamiento de la resolución impugnada, con independencia de la opinión sobre la eficacia, orden y buena gestión que pueda suscitarse, es correcto; pero no es inatacable ni puede tenerse por cierto en todas las ocasiones.

Así, debe tenerse en cuenta que con esta forma de operar la Administración da un tratamiento igual al beneficiario que cumple y al que no cumple, cosa que la Administración no sabe, puesto que no ha controlado o no lo ha hecho aún. Es muy alto el número de expedientes de 2009 a 2012, algunos albergan decenas de cursos, que incluso en abril de 2016 están pendientes de justificar, como expusimos más arriba, pero ello lo trataremos en el próximo razonamiento. Lo que interesa destacar aquí es que las resoluciones de exceptuación son un imperativo de funcionamiento del sistema, dado el retraso en el control de las subvenciones por acoger la norma un concepto maximalista de justificación, sin el cual toda la acción administrativa para implementar la decisión del gobierno autonómico sobre formación para el empleo hubiera devenido imposible.

Lo que no está justificado bajo el razonamiento del auto apelado, ni bajo ningún otro punto de vista, es la existencia de empresas o entidades a los que se les ha concedido subvenciones estando pendientes de justificar anteriores y no están comprendidas en resolución de exceptuación alguna. De ello hay algún indicio en autos (fols. 6.133; 6.271; expediente 2010332259 a los folios 6.277 y

6.278; 6.289; 6.584; 6.595; expediente 2011/331282 al folio 7171) y tampoco está justificado, como parece ocurrir en otros expedientes, que la resolución de exoneración y la de concesión sean simultáneas o la segunda posterior a la primera (fols. 7.033; 7.093 o 60.273y 60.274). Estimamos que sería conveniente en este procedimiento a los efectos de decidir sobre la cuestión nuclear planteada aclarar la exacta extensión de este fenómeno.

DUODÉCIMO.- Cuestiones Materiales V. Retraso en la Justificación y Reintegro.-

Como dice el auto apelado y acabamos de recordar, las resoluciones de exceptuación no implican que el beneficiario quede exonerado de justificar las subvenciones recibidas. Las resoluciones de exceptuación sólo serían cuestionables en cuanto se insertasen en una dinámica de falta de justificación de las subvenciones. En la medida en que no sólo contribuyan a romper el bloqueo del sistema de pago de subvenciones, sino en la medida en que el sistema de control que se monte a su través sea, sencillamente, que no existe control alguno; lo que sí pudiera entrar en el ámbito delictivo. Recordemos, como dicen las conclusiones de la UCO al folio 62.039 y ss., que si las certificaciones de finalidad no responden a un efectivo control técnico-económico y las resoluciones de exceptuación tan masivas se han transmutado en una necesidad de funcionamiento del sistema, se han desmontado los dos filtros principales para el control de cualquier fraude en las subvenciones y, con ello, la efectiva justificación adquiere una relevancia capital, máxime si los informes de auditor previos resultaran no ser fiables.

Por tanto, lo que debe determinarse es qué ha pasado con las justificaciones retrasadas.

Conforme consta al folio 62.745 las subvenciones libradas para ejecución

de cursos concedidos a trabajadores desempleados u ocupados es el siguiente:

AÑO	Nº EXPEDIENTES	IMPORTE CONCEDIDO	IMPORTE ABONADO	
2002	1.405	184.227.954,48	166.547.865,53	
2003	1.618	193.552.803,65	176.373.227,25	
2004	1.584	225.101.460,28	205.882.321,19	
2005	1.622	300.761.796,52	264.814.215,87	
2006	1.802	319.667.578,87	280.454.352,32	
2007	1.772	322.260.349,67	292.688.420,71	
2008	1.947	338.490.254,36	301.727.108,34	
2009	2.013	297.601.117,03	273.665.330,44	
2010	2.160	442.667.587,02	367.338.705,22	
2011	2.064	269.033.925,44	178.201.726,43	
2012	36	3.120.677,75	2.301.827,88	
TOTAL	18.023	2.896.485.505,07	2.509.995.101,18	

De esta gruesa cantidad al folio 62.747, la Consejería de Empleo manifiesta que se encuentran pendientes de justificación parcial o total los siguientes expedientes, debiendo tenerse presente que cada expediente contiene numerosos cursos, a 31 de diciembre de 2015 y procedentes de la Consejería de Educación.

AÑO	EXPEDIENTES	IMPORTE
2002		4
2003		1
2004		1
2005		1
2006		1
2007		34
2008		107
2009		164
2010		774
2011		1.351
2012		24
TOTAL		2.462

Estos expedientes son los relacionados en el Anexo III comentado en el razonamiento jurídico undécimo de este auto y obrante a los folios 62.937 al 62.967 de las actuaciones. Ello revela que tales expedientes están en trámite de

justificación a esa fecha. No podemos saber si ese listado se ha hecho sobre expedientes físicos o sobre una aplicación informática. De ser sobre expedientes físicos no pueden ser todos los pendientes de justificar puesto que los que no se trasladaron desde la Consejería de Empleo a la Consejería de Educación, al cambiar la adscripción funcional del Servicio Andaluz de Empleo en abril de 2013, están precintados desde 2014 y fuera del alcance de los redactores de la Consejería de Educación, autora del informe, como enfatiza la Guardia Civil al folio 63.322. No obstante, el informe se dice efectuado con los datos de la contabilidad oficial de la Junta de Andalucía, por lo que debe presumirse que se refiere a la totalidad.

Según esto, a abril de 2016 los expedientes por justificar representan los siguientes porcentajes:

AÑO	PORCENTAJE
	2002
	2003
	2004
	2005
	2006
	2007
	2008
	2009
	2010
	2011
	2012

Ello revela un muy retrasado proceso de justificación de subvenciones. Tal proceso de justificación es muy reciente. Así, al folio 48.954 consta informe de que a 31 de diciembre de 2012 estaban sin justificar 705.711.520,02 €, fecha en la que ya se había producido el Informe de Control Permanente que dio la alarma. Ello implica que, desde esa fecha a abril de 2016, sólo se han justificado 166.456.260,81 €, lo que representa únicamente un 23,58% en más de tres años.

Ello avala la opinión de la Guardia Civil que han sido las investigaciones y procedimientos los que han acelerado este proceso de justificaciones y, por tanto, de control.

Por otro lado, del resultado de la justificación de los pendientes y sólo de los pendientes a abril de 2016, resultan 311 con expedientes de reintegro y el resto mucho más atrasados en su casi totalidad en trámites anteriores de justificación-liquidación a tal fecha, estado que no permite saber si procede aún reintegro o no. Como destaca el informe de la Guardia Civil, se observa en estos listados que la inmensa mayoría de los expedientes de reintegro se inician a partir de 2014 coincidiendo con el inicio de actuaciones judiciales sobre esta materia, lo que implica que sólo desde 2014 se pone en marcha el proceso de justificación de los expedientes pendientes, un control efectivo y la consiguiente exigencia de reintegro y que a esa fecha de 2016 sólo ha podido iniciarse reintegro en esos 311 (s.e.u.o.) que contamos.

Anterior a este dato sobre reintegros, sólo contamos con los listados remitidos por el SAE en el procedimiento, cerrado a mayo de 2015. Si representa el antecedente del cuadro antes reflejado, ello quiere decir que la actividad de comprobación habría sido muy acelerada en el año posterior a 2015. Así:

CUADRO EXPEDIENTES DE REINTEGRO EN SAE A 21 DE MAYO DE 2015

NÚMERO FOLIO EN D.P 966/14	AÑO	TOTAL EXPEDIENTES	CUANTÍA ABONADA	CANTIDAD A REINTEGRAR	%		
59.301 a 59.303	2005	44		44.769.318,33 €	2.452.211,67 €		5,47%
59.304 a 59.309	2006	81		42.956.860,80 €	4.407.910,98 €		10,26%
59.310 a 59.312	2007	40		16.720.070,04 €	1.188.372,22 €		7,11%
59.315	2008	10		14.969.394,84 €	712.675,21 €		4,76%
59.318	2009	03		213.612,76 €	131.033,25 €		61,34%
59.320	2010	06		97.405,63 €	97.405,63 €		100%
TOTAL	2005/2010	184		119.726.662,40 €	8.989.608,96 €		7,51%

* La cuantía abonada que figura en el cuadro es el 75% de la subvención total, pues del escrito enviado al Juzgado no se desprende abono del 25% final.

* A partir de 2007 se computan expedientes acabados y en trámite a fecha de traspaso a Educación.-

* En 2005, 03 expedientes dan ingreso y reintegro cero y 06 implican devolución de la totalidad.-

* En 2006, 04 expedientes dan ingreso y reintegro cero y 13 implican devolución de la totalidad.-

* De 2007 existen 40 expedientes terminados y 25 en tramitación a 21 de mayo de 2015. Los expedientes en tramitación están en cursiva.

* En 2007, 03 expedientes dan ingreso y reintegro cero y 10 implican devolución de la totalidad, ocho tramitados y dos en tramitación.-

* En 2008, 06 expedientes implican devolución de totalidad y 09 implican devolución ligeramente mayor al anticipo ya abonado.

* En 2009, 03 expedientes implican devolución de la totalidad.

* En 2010, 11 expedientes implican devolución de totalidad y 03 dan reintegro e ingreso cero.

Otro dato debe tenerse en cuenta y es que la Administración no era ignorante de la existencia de expedientes sin justificar y de la necesidad de iniciar expedientes de reintegro en las fechas en que se iban produciendo, pues la Intervención lo avisaba en cumplimiento del artículo 42 RIJA, contra lo que declara alguno de los cargos del SAE investigados en estos autos (fol. 46.808). Sirva de ejemplo el oficio al folio 48.141. Igualmente, encontramos en los autos las siguientes comunicaciones de la Intervención. Por ejemplo, las que se refieren a la provincia de Cádiz, clasificadas por fechas de las respectivas comunicaciones:

FOLIO	PROVINCIA	FECHA	CUANTÍA	
47.452		CÁDIZ	02/06/2009	
47.450		CÁDIZ	03/08/2009	32
47.448		CÁDIZ	03/12/2009	56
47.463		CÁDIZ	10/05/2011	1
47.468		CÁDIZ	10/10/2011	
47.465		CÁDIZ	14/11/2011	1
47.470		CÁDIZ	14/12/2011	1

47.475	CÁDIZ	25/01/2012	1
47.477	CÁDIZ	23/08/2012	
47.442	CÁDIZ	01/10/2012	
47.482	CÁDIZ	20/06/2013	
47.488	CÁDIZ	01/09/2014	5

O Sevilla (SS.CC.), recogemos en el listado sólo dos ejercicios:

FOLIO	PROVINCIA	FECHA	CUANTÍA	
48.885	SEVILLA	05/08/2005		
48.886	SEVILLA	05/08/2005		13
48.887	SEVILLA	05/08/2005		
48.888	SEVILLA	05/08/2005		28
48.889	SEVILLA	05/08/2005		21
48.890	SEVILLA	05/08/2005		9
48.894	SEVILLA	08/09/2009		10
48.895	SEVILLA	08/09/2009		
48.896	SEVILLA	08/09/2009		1
48.897	SEVILLA	08/09/2009		
48.899	SEVILLA	08/09/2009		10
48.902	SEVILLA	25/09/2009		27
48.903	SEVILLA	25/09/2009		
48.904	SEVILLA	25/09/2009		92
48.905	SEVILLA	25/09/2009		50
48.906	SEVILLA	25/09/2009		10
48.907	SEVILLA	25/09/2009		
48.909	SEVILLA	25/09/2009		49

También constan para las demás provincias. Así, Córdoba (fols. 47.791; 47.829; 47.863; 47.883; 47.938; 47.972 y 47.984. Granada (fols. 47.987; 48.099; 48.158; 48.211; 48.228; 48.265; 48.282; 48.306; 48.326 y 48.366. Huelva (fols. 48.371; 48.403; 48.382; 48.391; 48.397; 48.411; 48.432; 48.438; 48.462 y 48.463. Jaén (fols. 48.446; 48.494; 48.496; 48.498; 48.500; 48.505; 48.508; 48.512; 48.534; 48.549 y 48.576. Málaga (fols. 48.609; 48.610; 48.612; 48.614; 48.616; 48.627; 48.669; 48.745; 48.766; 48.799 o Sevilla (SS.CC.) para los ejercicios de 2010 a 2012 (fols. 48.912 a 48.917; 48.923 a 48.928 y 48.931 a 48.944).

Ello induce a pensar que los órganos gestores del Servicio Andaluz de Empleo no desconocían la existencia de expedientes sin justificar, su retraso y no eran ignorantes del riesgo de prescripción ante la falta de control que ello envuelve.

Por otro lado, no sabemos cuántos expedientes de reintegro se incoaron respecto de los 15.561 expedientes totalmente justificados a abril de 2016 que se dice en el informe del SAE al folio 62.746, ni los resultantes de los 260 que se dicen parcialmente justificados al dicho folio. Es ésta una cuestión que debería acreditarse en el procedimiento.

Tampoco sabemos, y ello nos parece un dato importante para dilucidar la naturaleza de los hechos objeto del procedimiento, en lo que atañe a los expedientes de reintegro terminados a fecha de hoy relativos a las subvenciones 2009/2012; cuántos han acabado en un efectivo reintegro o han tropezado con la insolvencia del beneficiario, disolución de la entidad concesionaria y similares.

Asímismo, desconocemos la cantidad a la que ascienden, tanto los importes reclamados en los expedientes de reintegro clasificados por anualidades, como la cantidad que importan los fallidos e incobrables por cada una de tales anualidades. Creemos que es un parámetro que igualmente debería determinarse en estos autos, así como actualizar la cifra de expedientes prescritos de los años 2009 a 2012 a fecha de hoy. Todo ello permitiría decidir si hay una real situación de descontrol y un efectivo quebranto del interés y los fondos públicos o ha existido un control tardío sin perjuicio significativo, lo que desvirtuaría los argumentos del recurrente.

DECIMOTERCERO.- Cuestiones Materiales VI. Calificaciones de los Hechos.-

Debemos tratar ahora acerca de la posibilidad de que los hechos sean calificados como los delitos que hace el recurrente.

En primer lugar, debe decirse que no hay por parte del órgano jurisdiccional autor de la resolución recurrida el abuso de jurisdicción o la usurpación de funciones atribuidas al órgano de enjuiciamiento que menciona en el recurso, citando una jurisprudencia que nada tiene que ver con eso.

La alegación de abuso de jurisdicción es insostenible. Por tal, se entiende la adquisición de conocimiento de un asunto con manipulación arbitraria de las normas de atribución de competencia que vulnera el derecho al juez predeterminado y al juez imparcial (SSTS 670/2015 de 30 de octubre o 400/2017 de 01 de junio); cosa de la que no existe rastro en autos, como ya se dijo en razonamientos anteriores. Si lo que se quiere decir es que el órgano de instrucción no puede ni debe entrar en calificaciones jurídicas, la alegación no puede ser, igualmente, más errónea.

El órgano instructor no tiene más remedio que entrar en tales calificaciones aunque sólo sea por dos motivos:

1º).- Para decidir sobre el sobreseimiento y la clase del mismo, pues si las causas de sobreseimiento son las de no ser el hecho constitutivo de delito (artículo 637,2º LECrim) o el que no existan motivos suficientes para entender perpetrado un delito o el de, si los hay, no poderse atribuir a sujeto concreto (641 LECrim), resulta obvio que el órgano jurisdiccional debe entrar a valorar la naturaleza jurídica de aquello que investiga.

2º).- Para decidir sobre la continuación del procedimiento por los trámites del procedimiento abreviado, para decidir si debe incoar sumario o para incoar juicio por delito leve, el artículo 779 LECrim le obliga a hacer una valoración jurídica de los hechos, siquiera sea para decidir si los hechos que va a reflejar, que van a acotar el ámbito de la posible acusación, encajan o no en alguno de los tipos cobijables en el artículo 757 LECrim en conexión con su artículo 14. Como dice STS 197/2018 de 25 de abril, el auto de transformación debe incluir

los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de imputación y ello presupone su análisis provisorio a tal efecto.

Lo que ocurre que esa calificación o valoración, como la que realiza en esta fase el órgano de apelación, es meramente provisorio, puede ser genérica o inespecífica; sin vinculación específica para las partes y en base a los meros indicios presentes (por todas, SSTs 656/2007 de 17 de julio; 386/2014 de 22 de mayo; 197/2018 de 25 de abril o 108/2019 de 05 de marzo).

En cuanto a los tipos que menciona el recurrente, analizaremos los mismos de menor a mayor probabilidad en torno a permitir la continuidad del procedimiento y conforme al material existente en autos, sin entrar en el fondo de las conductas investigadas.

En primer lugar, es imposible mantener el procedimiento en base a un delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal por cuanto que este tipo castiga primariamente al que se apodera de las subvenciones o al cooperador necesario. Debe recordarse que no hay indicios en autos de que los investigados sean autores materiales de tal cosa o de la existencia de una trama destinada a apropiarse de los fondos destinados a subvenciones para el empleo y que tal cosa se investiga y es objeto de las otras piezas separadas ya aludidas en este auto. Este delito, que alguna doctrina lo califica como malversación de caudales públicos cometida por particular y alguna vez se ha expresado así (STS 455/2017 de 21 de junio) es también difícilmente compatible con el de malversación, que también se invoca.

Por lo que respecta al delito de falsedad documental, entendemos que sólo cabría genéricamente en estos autos la falsedad ideológica contemplada en el artículo 390.1, 4ª del Código Penal y que ello haría referencia a la alegada mendacidad de los certificados de finalidad. Es decir, estos se habrían convertido en un documento inexacto porque en ellos se habrían proyectado

actuaciones y decisiones falsas, con mutación notoria y sensible de la verdad respecto de los elementos esenciales y trascendentales que tales certificados tratan de documentar. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999 ya se pronunció por mayoría a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido. No obstante, no ha quedado acreditado indiciariamente en el procedimiento el contenido falso de tales certificados, harían falta las actuaciones indicadas en este auto para averiguarlo, y siendo un tipo doloso, sin posibilidad de comisión por imprudencia, no parece haber indicio bastante de intención falsaria con los elementos existentes en el procedimiento. En definitiva, con el material existente en las actuaciones, las mismas no podrían proseguir por solo este tipo delictivo, cuyos elementos no parecen, en el estado presente de las actuaciones y con toda la provisionalidad del estado de los autos, contar con muchas probabilidades de acreditarse indiciariamente en autos.

Se imputa también malversación de caudales públicos. El tipo de malversación se ha complicado tras la reforma del Código por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo al haberlo trocado en la administración desleal o apropiación indebida de caudales efectuada por funcionario publico o autoridad; no siempre integrable en las modalidades de la redacción anterior al no ser equiparables la administración de patrimonios privados y del patrimonio público. De todos modos, en principio y a los solos efectos de este auto, es defendible que el tipo de malversación de caudales públicos incluye en todo caso, también en la actual redacción del artículo 432 del Código Penal, el sustraerlos o consentir que otro los sustraiga; lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando tales caudales de su destino propio o

desviándolos del mismo, faltando así al deber de probidad de la autoridad o funcionario (SSTS 657/2013 de 15 de julio; 394/2014 de 07 de mayo; 558/2017 de 13 de julio; 214/2018 de 08 de mayo o 163/2019 de 26 de marzo). Es obvio que, en tal caso, sería más beneficiosa la redacción del Código vigente en la fecha de autos. Así, si bien respecto del tipo básico se señala a la pena privativa de libertad un umbral mínimo inferior al anterior con la misma duración máxima) y se substituye la inhabilitación absoluta por la especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por el mismo tiempo; lo cierto es que con la aplicación de la redacción anterior, dada la cuantía presumible de la malversación alegada, se evitaría el tipo hiperagravado del actual artículo 432.3 i.f.

En el caso de autos, no parece que se impute a los investigados una sustracción directa de tales caudales, sino el consentir la apropiación por terceros, que constituirían la presunta red clientelar. Ahora bien, está por acreditar que tal consentimiento sobre la sustracción o su facilitación, fuera de lo que resulte de las piezas separadas, se haya producido, pues falta información del posible menoscabo de fondos públicos al carecerse de datos suficientes sobre expedientes de reintegro, falta de incoación de los mismos, su resultado final y prescripciones. Del mismo modo, no contamos en el momento presente con indicios suficientes para pensar que los investigados, o parte de ellos, eran conscientes de que su conducta permitía tal apropiación o desvío por terceros de caudales que sabían públicos, y que efectivamente lo sabían o daban por hecho. Por otro lado, y en cuanto a una participación activa este delito parece ser el objeto de los procedimientos que se aperturaron por provincias y a los que antes aludimos.

En torno al tipo en el que más se insiste y, que es el que se menciona en el auto recurrido: el de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, hemos de

decir lo siguiente.

En el delito de prevaricación, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en tanto su actuación está constitucional y legalmente predeterminada a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (artículos 9.1 y 103 de la Constitución) y ello debe acometerse con pleno respeto a los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9,3º), arbitrariedad a la que especialmente apunta la prevaricación. No se trata de substituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su control de legalidad de la actuación administrativa, sino, conforme al principio de interpretación estricta y de *ultima ratio*, se trata de sancionar supuestos de carácter límite en que la actuación administrativa cae en esa arbitrariedad (STS 228/2013 de 22 de marzo).

Los elementos del tipo, conforme a la jurisprudencia (SSTS 82/2017 de 13 de febrero; 188/2017 de 23 de marzo; 373/2017 de 24 de mayo o 693/2018 de 21 de diciembre) son:

1º).- Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.

2º).- Que la resolución sea contraria al Derecho, es decir, ilegal.

3º).- Que esa contradicción con el Derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento, desviación de poder o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable o lo que es lo mismo, que sea arbitraria (SSTS 743/2017 de 11 de octubre o 1021/2013 de 26 de noviembre).

4º).- Que ocasione un resultado materialmente injusto.

5º).- Es un tipo eminentemente doloso y requiere dolo directo, por cuanto se ha negado en multitud de ocasiones la suficiencia del dolo eventual, dada la locución “*a sabiendas*” que emplea la Ley (SSTS 797/2015 de 24 de noviembre; 426/2016 de 19 de mayo; 477/2018 de 17 de octubre o 654/2018 de 14 de diciembre. Ese elemento subjetivo requiere que el autor tenga 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 esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado. Así, SSTS 443/2008 de 01 de julio; 512/2015 de 01 de julio; 87/2018 de 21 de febrero o 694/2018 de 21 de diciembre.

Se ha admitido prevaricación omisiva (STS 1382/2012 de 17 de julio y Acuerdo Plenario de 30 de junio de 1997 en casos en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución; pero el legislador no ha querido punificar la prevaricación imprudente de las autoridades y funcionarios administrativos y sólo contempla la prevaricación culposa en el caso de autoridades judiciales. Por tanto, la negligencia en el dictado de la resolución administrativa, por muy descuidada que sea, no es punible.

En el caso que se nos somete a revisión, no existen indicios bastantes sobre la existencia de una trama o un concierto entre los investigados o terceros para un reparto arbitrario de fondos públicos que implicara una serie de decisiones específicas para tal fin. No existe indicio de que se repartieran de forma organizada o planeada los fondos a una red clientelar previa o, lo que es equivalente, que el reparto que se dice arbitrario de fondos fuera el mecanismo para la creación de una red clientelar o ambas cosas a la vez. No consta un grupo organizado a tal fin, por lo que resulta de las actuaciones practicadas y

las sospechas no se han concretado en indicios de consistencia. La hipótesis de la UCO de que la igualdad de *modus operandi* en tantas provincias y durante tanto tiempo requiere de tal concierto es una conjetura quizá razonable, pero insuficiente para dar por hecha tal cosa.

No obstante, tal trama es innecesaria si lo que se ha hecho es crear una situación de hecho y sobreentendida de que lo procedente era no controlar las subvenciones aún conociendo que ello quebrantaba la legalidad y siendo conscientes de la posibilidad cierta de que se produjesen apropiaciones y/o distracciones de fondos públicos.

Si de las diligencias por practicar resultara que efectivamente existen irregularidades en los expedientes que no son producto de una pérdida accidental de documentos, ni de una mala gestión informática; que se han concedido subvenciones a sujetos no aptos; que no se han realizado cursos; de que no existía en la práctica control técnico-económico ni de los compromisos de contratación, que de los incumplimientos ha derivado quebranto económico para la Administración; que la concesión y gestión de las subvenciones se hacía *ad libitum et arbitrium*, habría base para continuar el procedimiento por este delito.

Entendemos, pues, en base a todo lo expuesto que procede la estimación parcial del recurso interpuesto. Ello en el sentido de que, en el estado actual de las actuaciones, no concurren elementos bastantes para decidir si existe, como ha sostenido el Fiscal, una situación de descontrol y mala administración que no rebasa el estricto ámbito administrativo; o, por el contrario, una situación de hecho en la que el sistema de control es que no había en la práctica control, conocida y tolerada por los responsables y que ha podido propiciar un mal uso generalizado de las subvenciones otorgadas y la comisión de determinados delitos investigados en otras actuaciones, en suma, un verdadero *actus reus*, en

el que asentar una eventual continuación del procedimiento.

Para ello, creemos que son de interés las actuaciones que se contienen en el razonamiento siguiente. Practicadas éstas, estamos persuadidos de que se dispondrá de material bastante para validar la tesis del auto aquí apelado o para entender que la actuación de todos o parte de los investigados no puede ser justificada o contenida en los confines del mero Derecho Administrativo.

DECIMOCUARTO.- Cuestiones Procesales VI. Recapitulación y Trámites a Seguir.-

Debemos recapitular aquí, dada la extensión de esta resolución, las diligencias a practicar como consecuencia de la estimación parcial que se pronuncia:

1º).- Las ya admitidas y pendientes.

2º).- El examen por la UCO, con la asistencia de un Interventor de la Junta de Andalucía y otro de la Intervención General del Estado de los expedientes precintados en el SAE, que menciona el recurrente, a fin de cotejar los examinados ya en el procedimiento a través de las aplicaciones informáticas con los expedientes “físicos” y comprobar si en los mismos se da la misma falta de documentación y defectos que en los ya examinados y que se ponen de relieve, especialmente en los informes de la Intervención.

3º).- Aquellas otras diligencias que, con absoluta libertad de criterio y en base a lo que se contiene en el presente auto, entienda la Il.ª Sra. Magistrada, Juez de Instrucción número 06 de los de Sevilla que fueren precisas para un total esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, no puede dejar de advertirse que si tales diligencias no dieran el resultado que busca el recurrente será por completo improcedente continuar una instrucción que, en ningún caso, puede convertirse en prospectiva.

DECIMOQUINTO.- Costas.-

Dado el sentido de la presente resolución y, conforme a los artículos 239 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Vistos los artículos 212, 222; 766; 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento, por ante mí, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sección, **A C U E R D A :**

ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el **PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA** contra autos de 11 de octubre de 2016 y 01 de febrero de 2017 del Juzgado de Instrucción número 06 de los de Sevilla, recaído en sus Diligencias Previas número 966/2014, revocando el sobreseimiento dictado a fin de la práctica de las diligencias indicadas en el razonamiento jurídico decimocuarto del presente para que, a sus resultas y con entera libertad de criterio, decida el Juzgado sobre el sobreseimiento o la continuación del procedimiento, con declaración de oficio las costas causadas.

NOTIFICAR esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella

no cabe recurso alguno, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de Instrucción con testimonio de lo resuelto para su ejecución. Verificado lo anterior, archívese el Rollo.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados cuyos nombres se han consignado en el encabezamiento.

DILIGENCIA/ Seguidamente se cumple lo ordenado por la Ilma. Sala de lo que yo, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, **DOY FE.**-