

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NSJ064435

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 749/2022, de 13 de septiembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 601/2020

SUMARIO:

Delito continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, agravado por su especial gravedad. Conceptos. Autoría. Concurso medial. Ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. Sistema complementario a las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de la Seguridad Social y ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas articulado por el Gobierno de la Junta de Andalucía. La articulación de dicho sistema de ayudas por la Consejería de Empleo se hacía mediante la tramitación de un expediente de subvención excepcional, al no existir regulación específica de la materia. **Informes de disconformidad de la Intervención delegada y del Interventor General al expediente administrativo.** *Carácter recurrente y prolongación en los ejercicios económicos de las denominadas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis.* Las ayudas sociolaborales, consistentes en financiar las primas de las pólizas de seguros suscritas para colectivos de trabajadores, llevaban implícita la asunción de un compromiso para hacer frente a unos pagos que se devengaban en distintos ejercicios presupuestarios. Elaboración de una normativa reguladora *ad hoc*, figurando el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA/IDEA), como entidad colaboradora con transferencias de financiación. Firma de un Convenio Marco con la entidad colaboradora, el cual, junto con las transferencias de financiación, fueron los instrumentos utilizados para la concesión y entrega ilegal de las ayudas socio-laborales y sirvió para desvincular materialmente la concesión de las ayudas, que correspondía a la Consejería de Empleo, de su pago, que fue realizado por el IFA y luego por el organismo que le sustituyó. Para eludir la fiscalización previa, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, los causados procedieron a proponer, tramitar y aprobar modificaciones al presupuesto de la Junta de Andalucía. **Modificación del sistema de presupuestación no por razones técnicas o neutrales sino con una deliberada finalidad.** Con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones. Las máximas autoridades de la Junta de Andalucía aprobaron y mantuvieron el sistema de presupuestación indebido para conseguir el objetivo ilícito propuesto. El hecho de que la Intervención de la Junta de Andalucía pudiera haber llevado a cabo el control previo de las ayudas concedidas no exime de responsabilidad a aquéllos que adoptaron decisiones para que ese control no se llevara a efecto. La Intervención no puede formular reparo por hechos que no consten en el expediente de gasto de la transferencia de financiación, razón por la cual el control que realizó la Intervención no dio lugar a reparo alguno. **Distribución ilegal de ayudas y subvenciones por importe de cerca de 700 millones de euros y durante un dilatado periodo de 10 años.** Para que fuera posible semejante ilegalidad, con afectación de una cantidad ingente de fondos públicos, fue necesario adoptar a lo largo del tiempo distintas resoluciones, sin las cuales ni se habrían concedido las ayudas en los términos en que lo fueron, ni se habrían sometido a aprobación parlamentaria unos proyectos de ley que encubrían el mecanismo fraudulento utilizado para evitar los controles establecidos por el legislador. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2.2, 24, 404 y 432.

PONENTE:*Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.***RECURSO CASACION/601/2020**

RECURSO CASACION núm.: 601/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 749/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D.^a Ana María Ferrer García
D.^a Susana Polo García D.^a Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación 601/2020 interpuesto por, Demetrio , representado por la procuradora Doña Virginia ARAGON SEGURA bajo la dirección letrada de Don Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA ORTIZ DE SOLÓRZAN y Don Carlos LÓPEZ- KELLER ÁLVAREZ; Cesareo , representado por el procurador Don Roberto Primitivo GRANIZO PALOMEQUE bajo la dirección letrada de Don José María CALERO MARTÍNEZ; Domingo, representado por la procuradora Doña María Isabel DÍAZ SOLANO, bajo la dirección letrada de Don Pedro APALATEGUI DE ISASA; Evelio, representando por el procurador Don Roberto Primitivo GRANIZO PALOMEQUE bajo la dirección letrada de Don José María CALERO MARTÍNEZ; Florentino, representado por el procurador Don Fernando MARTÍNEZ NOSTI bajo la dirección letrada de Don Pablo Arturo JIMENEZ DE PARGA MASEDA; Laureano , representado por el procurador Don Ignacio REQUEJO GARCIA DE MATEO bajo la dirección letrada de Don Juan Carlos ALFÉREZ DOMÍNGUEZ; Mariano, representado por el procurador Don Manuel Ignacio PÉREZ ESPINA bajo la dirección letrada de Don Alfonso Tiburcio MARTÍNEZ DEL HOYO; Patricio, representado por el procurador Don Manuel José ONRUBIA BATURONE bajo la dirección letrada de Don Juan Antonio BELLÓN ARIZA; Emilia, representada por el procurador Don Manuel Ignacio PÉREZ ESPINA bajo la dirección letrada de Don Rafael ALCARCER GUIRAO; Segundo, representado por Doña Patricia ROSCH IGLESIAS, bajo la dirección letrada de Don Luis APARICIO DÍAZ; Virgilio, representado por Doña Patricia ROSCH IGLESIAS, bajo la dirección letrada de Don Luis APARICIO DÍAZ; Severiano, representado por el procurador Don Francisco Javier DÍAZ ROMERO, bajo la dirección letrada de Don Jon Ander SÁNCHEZ MORÁN; Marcelina, representada la procuradora Doña Olga Elena COCA ALONSO bajo la dirección letrada de Don Víctor MORENO CATENA; Benjamín, representado por Doña Patricia ROSCH IGLESIAS bajo la dirección letrada de Doña Encarnación MOLINO BARRERO; Penélope representada por el procurador Don Federico PINILLA ROMEO bajo la dirección letrada de Don Manuel José SALINERO GONZÁLEZ-PIÑERO; Amadeo, representado por el procurador Don Manuel Ignacio PÉREZ ESPINA, bajo la dirección letrada de Don Manuel PÉREZ CUAJARES; Sonsoles y Valentina, herederos del recurrente fallecido, Borja, representados por el Procurador Don Javier María DIANEZ MILLÁN, bajo la dirección letrada de Don José Manuel GUERRERO MANTEL; Darío, representado por Doña Patricia ROSCH IGLESIAS bajo la dirección letrada de Don Alfonso CUÉLLAR PORTERO y Esteban, representado por Doña Patricia ROSCH IGLESIAS bajo la dirección letrada de Don Miguel DELGADO DURAN, contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, en el Rollo 1965/2017, en el que se condenó algunos de los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal y delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación 432.1 y 2 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y PARTIDO POPULAR, representando por el procurador de los Tribunales Don MANUEL SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ-CARVAJAL bajo la dirección letrada de Luis Manuel García Navarro

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado por delito continuado de prevaricación y de malversación, contra Borja; Mariano; Severiano; Patricio, Domingo; Emilia; Segundo; Manuel; Evelio; Cosme; Esteban; Doroteo, Amadeo; Benjamín; Virgilio, Darío; Penélope; Marcelina; Laureano; Demetrio; Cesareo; Florentino, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla,

Sección Primera. Incoado el Rollo 1965/2017, con fecha 19/11/2019 dictó sentencia número 490/2019 en la que se contienen los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

1. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en su informe, para una adecuada calificación jurídico-penal de los hechos probados resulta conveniente hacer referencia a las distintas etapas que pueden advertirse en la concesión de ayudas a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas que llevó a cabo la Junta de Andalucía, sintetizando el extenso relato fáctico de la sentencia impugnada.

El análisis de las distintas etapas permite una mejor comprensión de lo que sucedió y del objetivo que se perseguía al modificar el marco normativo- presupuestario de las ayudas sociolaborales.

I) Primera etapa.

Hasta el año 2000 y para dar respuesta a las situaciones de crisis económicas de empresas radicadas en Andalucía la Junta de Andalucía, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, articuló un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de dichas empresas que, atendiendo a su edad, les aseguraban un nivel de ingresos hasta acceder a la jubilación. Estas ayudas eran complementarias a otras ayudas extraordinarias que se concedían a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas de acuerdo con la legislación estatal (Orden de 05/10/1994 y Orden de 05/04/1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

La aplicación presupuestaria que se utilizaba para clasificar este gasto era la 0.1 13.00.01.00.48100, dentro del programa 22 E, relativa a transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro y se tramitaba como una subvención excepcional, sujeta a fiscalización previa.

Los expedientes para la concesión de estas ayudas se integraban por los siguientes documentos: Memoria justificativa, acreditación de la personalidad del solicitante, documento acreditativo de la situación de hecho que amparaba la solicitud (resolución de la autoridad laboral del ERE) y compromisos asumidos para el caso de que variara la situación laboral de los perceptores. La Dirección General de Trabajo elevaba una propuesta de resolución al Consejero de Empleo que era al órgano competente para la concesión.

La sentencia en sus distintos fundamentos jurídicos, singularmente el séptimo, declara que estas ayudas, que suponían la disposición gratuita de fondos públicas en favor de empresas y para conseguir una actuación de interés público o social, tenían la consideración de subvención y estaban sujetas en su concesión a distintas normas, de entre las que cabe destacar el Título VII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de conexión de subvenciones de la Junta de Andalucía y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Sin perjuicio de ahondar más adelante en el régimen jurídico aplicable a estas ayudas, las notas más relevantes de esta regulación eran las siguientes:

El órgano competente para la concesión de las subvenciones era el titular de la Consejería en cuyo ámbito se concedían, siendo necesario el acuerdo del Consejo de Gobierno en subvenciones cuanto el gasto fuera superior a 500 millones de pesetas (art. 104 de la Ley 5/1983).

Los beneficiarios de la subvención quedaban sujetos a las siguientes obligaciones:

(i) Realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamente la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos;

(ii) Justificar ante la entidad concedente o, en su caso, la entidad colaboradora la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la subvención;

(iii) sometimiento a las actuaciones de comprobación, a efectuar por la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las subvenciones y ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía;

(iv) Comunicar a la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquier Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 110 de la presente Ley y

(v) Acreditar, previamente al cobro de la subvención, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social, en la forma que se determine por la Consejería de Economía y Hacienda que, asimismo, establecerá los supuestos de exoneración de tal acreditación (artículo 105).

En defecto de regulación específica, los Consejeros correspondientes, antes de proceder a la autorización de los créditos, debían aprobar las bases reguladoras de la concesión, fijando un plazo para la presentación de las solicitudes y de forma excepcional previamente a la autorización de los créditos, las oportunas bases reguladoras de la concesión, que habrían de contener el plazo para presentar las solicitudes (artículo 107).

En las bases reguladoras se podía disponer que la entrega fuera realizada por entidades colaboradoras. Las empresas públicas de Andalucía podían ser entidades colaboradoras y también se establecía a su cargo las siguientes obligaciones:

(i) Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las normas reguladoras de la subvención o ayuda;

(ii) Verificar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones determinantes para su otorgamiento;

(iii) Justificar la aplicación de los fondos recibidos ante la entidad concedente y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios;

(iv) Someterse a las actuaciones de comprobación que, respecto de la gestión de dichos fondos, pueda efectuar la entidad concedente, a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía y

(v) Colaborar en la restitución de las subvenciones otorgadas en los supuestos en que concurra causa de reintegro, y conforme a las normas que se establezcan (artículo 106).

Se establecía que estas subvenciones y ayudas se habrían de otorgar con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, respetando, en todo caso, las normas que les afecten del derecho de la Unión

Europea, reguladoras de la supresión de barreras comerciales entre los Estados miembros y de la libre competencia entre las empresas

Los proyectos de normas reguladoras de la concesión de subvenciones debían ser sometidos a informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, antes de su aprobación, y publicados en el Boletín Oficial de la Juntad de Andalucía (artículo 107).

Resulta necesario destacar, por último, que de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 77, 81 y concordantes) la concesión de subvenciones estaba sujeta a control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y estaban también sometida a seguimiento y control posterior, conforme a lo previsto en el artículo 85 bis de la citada ley.

II) Segunda etapa.

Ante la necesidad de dar respuesta ágil a las graves crisis empresariales que afectaban a algunas importantes empresas de Andalucía en el año 1999 se decidió que el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) adelantara algunas de estas subvenciones, y así aconteció en relación con las ayudas concedidas a las empresas IAMASA y HAMSA. Con tal procedimiento se procedía al pago sin la necesaria fiscalización previa.

Por ese motivo en el caso de la empresa IAMASA se tuvo que iniciar un expediente de convalidación del gasto y el Letrado del Servicio Jurídico adscrito a la Consejería de Empleo, a la vista de las deficiencias observadas por la Intervención Delegada, emitió informe el 09/02/2000 declarando que el gasto no era convalidable. El interventor delegado afirmó en su informe que si el expediente hubiera sido sometido a fiscalización previa, se hubiera emitido informe de disconformidad.

Y algo similar ocurrió en el caso de la empresa HAMSA, en la que el interventor delegado emitió informe de disconformidad y, formulada discrepancia por el Viceconsejero de Empleo, el Interventor subsanó algunas de las deficiencias recomendando que se solicitara informe a la Dirección General de Asuntos Europeos, incluyéndose posteriormente otra nota de reparo de la Intervención porque el informe aportado era genérico y no suficiente para justificar la compatibilidad de esa ayuda a empresa con las normas de la Unión Europea.

Según se refiere en la sentencia, con apoyo en la declaración testifical de don Obdulio, interventor delegado de la Consejería de Empleo, se rechazaron o se formularon reparos en distintos expedientes con una cuantía global de 63 millones de pesetas y se rechazaron justificaciones de gasto en expedientes por cuantía de 80 millones de pesetas. En la misma dirección declararon los peritos de la Intervención General del Estado (IGE).

Ante las dificultades surgidas, en abril de 2000 se procedió a una modificación presupuestaria, bajo la iniciativa de la Consejería de Empleo. Se modificó la clasificación económica del gasto.

Según la Orden de 22/05/1998, las subvenciones debían incluirse en la partida 472 (transferencias corrientes a empresas privadas) o en la partida 481 (transferencias a familias o entidades sin ánimo de lucro) y en esas clasificaciones presupuestarias era necesario identificar a los destinatarios de cada ayuda. Pues bien, lo que se hizo fue, sin cambiar el programa (22 E), modificar la clasificación, incluyendo la cantidad en la partida presupuestaria 440.12, correspondiente a transferencia de financiación al IFA.

Los responsables de la Junta de Andalucía eran conscientes de la necesidad de una regulación específica de estas ayudas, como lo evidencia el que durante el año 2000 se elaborara un proyecto de Decreto que regulara el procedimiento de concesión, que fue elevado en tres ocasiones a la Comisión General de Viceconsejeros, sin que fuera finalmente aprobado. También en

2004 se elaboró un proyecto de Orden en términos similares que tampoco fue aprobada.

En vez de aprobar una nueva normativa o de cumplir con la normativa entonces vigente se inclinaron por la utilización de un indebido criterio de presupuestación, que permitía conceder las subvenciones de forma libre, sin control previo de la Intervención y sin cumplir con los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

A tal fin idearon un mecanismo que, como indica el Ministerio Fiscal en su informe, era relativamente sencillo y sumamente eficaz para la finalidad perseguida. Tanto en los proyectos de presupuestos como en las distintas modificaciones presupuestaria aprobadas durante 7 años, cambiaron la clasificación presupuestaria que se venía haciendo, incluyendo las ayudas sociolaborales en la partida de "transferencia de financiación al IFA".

El IFA se limitaba a materializar las ayudas que concedía la Consejería de Empleo y a través del nuevo criterio de presupuestación se lograba, de un lado, que los expedientes de gasto no fueran objeto de fiscalización en la Consejería porque los fondos habían sido transferidos al IFA y, de otro, que en el IFA no pudiera llevarse a cabo esa fiscalización ya que el Instituto estaba sujeto a control financiero permanente, de forma que sólo se fiscalizaba el pago a posteriori.

En efecto, el expediente de las transferencias de financiación no precisa la identificación de los destinatarios de las ayudas. Únicamente requiere consignar:

- (i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia;
- (ii) el calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería;
- (iii) Los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el BOJA por orden de la Consejería de Hacienda.

Y en la fiscalización posterior de la actividad del IFA, realizada a través del llamado "control financiero permanente", conforme a lo previsto en el Real Decreto 9/1999, de 19 de enero, únicamente tenía un triple objetivo:

- (i) Comprobar el cumplimiento de la legalidad;
- (ii) Examinar las cuentas anuales y
- (iii) Examinar críticamente la gestión de los programas asignados al Instituto. Este control no tenía utilidad alguna para conocer el destino de las subvenciones, dado que se limitaba al control de la transferencia.

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18/04/2000 y 28/07/2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 3/11/2001 y 5/12/2001) por importe, respectivamente, de 500, 5.573, 1.225, 660 y 6.355 millones de pesetas.

Hasta el mes de julio de 2001 los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 07/07/2001 el Consejero de Empleo y el Presidente del IFA firmaron un Convenio Marco de colaboración para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente, materializando las ayudas y se establecía que habrían de suscribirse convenios particulares entre el Director General de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos.

El Convenio Marco ni fue publicado en el BOJA y no fue objeto de informe previo, ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA. Además, nunca se constituyeron las comisiones de seguimiento previstas en el Convenio Marco y en los convenios particulares se hacía constar que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

A partir de 2002 y hasta el año 2009, con la finalidad de evitar todo control y con conciencia de los incumplimientos ya reseñados, se procedieron a elaborar y aprobar los Proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida "transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" en el nuevo programa 31 L, que sustituía al 22 E.

Por tanto, utilizando el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido se incluyeron las siguientes partidas presupuestarias:

- En 2002: 34.341.351 euros
- En 2003: 55.646.899 euros
- En 2004: 46.146.389 euros. (En este ejercicio el IFA cambió su denominación por Agencia para la Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y pasó a estar adscrito a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).
- En 2005: 72.261.575 euros.

- En 2006: 77.291.000 euros.
 - En 2007: 79.207.500 euros.
 - En 2008: 87.478.495 euros.
- RECURSO CASACION/601/2020

Además de estas partidas, durante los distintos ejercicios se aprobaron modificaciones presupuestarias, que incrementaron el flujo de dinero que gestionaba el IFA/IDEA y que recibía como transferencia de financiación. Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

- Modificación de 15/10/2002, por importe de 9.944.099 €.
- Modificación de 21/10/2002, por importe de 22.253.204,17 €.
- Modificación de 07/12/2005, por importe de 799.895,97 €.
- Modificación de 07/11/2006, por importe de 9.300.000 €.
- Modificación de 27/11/2007, por importe de 7.448,503, 44 €.
- Modificación de 22/12/2008, por importe de 1.253.853, 89 €.
- Modificación de 22/12/2008, por importe de 6.011.836,20 €.
- Modificación de 22/12/2008, por importe de 8.000.000 €.

El montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y luego 31L, de los que se dispuso todos estos años, para atender compromisos asumidos frente a terceros para ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, y también por otros conceptos mediante el mecanismo inadecuado de las transferencias de financiación, desde la Consejería de Empleo a la Agencia IFA/IDEA, se elevan, si sumamos las cantidades consignadas originariamente, más los incrementos derivados de modificaciones presupuestarias, desde el ejercicio presupuestario 2000, al ejercicio presupuestario 2009, a un total de más de 680.000.000 €.

Según han puesto de relieve distintos informes y resoluciones judiciales y administrativas, como consecuencia de todo lo anterior, las irregularidades más significativas en la concesión de las ayudas (sin hacer una enumeración exhaustiva) han sido las siguientes:

- En muchos casos no ha existido expediente de concesión de la ayuda
- El Director General de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- Se ha omitido la fiscalización previa.
- No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No se consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión las subvenciones concedidas a empresas.
- No consta memoria explicativa de la excepcionalidad de las subvenciones, ni los requisitos que se exigen para ser beneficiario, ni se detalla la forma en que debería realizarse la justificación del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la ayuda.
- Los Convenios de Colaboración por el que se han concedido las ayudas no adoptan ni la forma ni los contenidos mínimos que exige la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.
- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
- La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
- No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de Subvenciones).
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

La sentencia concluye afirmando que no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas y se omitió la fiscalización previa y, siendo las deficiencias tan notables no era factible la convalidación

del gasto (Todo ello sin incluir el sin fin de ilegalidades detectadas en cada uno de los expedientes singulares que son objeto de investigación y enjuiciamiento en las distintas piezas separadas).

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

(i) Debido a la falta de publicidad y libre concurrencia y de la inexistencia de bases reguladoras muchas empresas y trabajadores se vieron privados de la posibilidad de solicitar y que les fueran concedidas las ayudas. Señala la sentencia que las ayudas consistentes en pago de primas de renta colectiva y capital se concedieron ayudas a 77 empresas que presentaron EREs, pero en la Comunidad Autónoma Andaluza y atendiendo como fuente a la Subdirección General de Estadística, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el número total de expedientes de regulación de empleo tramitados en la comunidad andaluza, fueron:

- En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7.582 trabajadores.
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4.787 trabajadores.
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4.957 trabajadores.
- En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4.833 trabajadores.
- En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5.476 trabajadores.
- En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2.968 trabajadores.
- En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3.247 trabajadores.
- En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7.000 trabajadores.
- En el año 2009, fueron 1.379, afectando a un total de 30.821 trabajadores.
- En el año 2010, fueron 1.490, afectando a un total de 21.450 trabajadores.

(ii) La ausencia de cualquier mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas, permitió la inclusión de beneficiarios que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas por la Consejería de Empleo.

(iii) La no exigencia de justificación de requisitos previos y la ausencia de cualquier tipo de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número indeterminado de ellos siguiera percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral, o pese haber pasado a situación de incapacidad.

(iv) Un gran número de ayudas a empresas en crisis, carecen, además, de objeto concreto y respondieron a fines muy diversos, como pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por servicios profesionales, pago de avales, o simplemente no estaban suficientemente especificados.

(v) Además, a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron buena parte de estos fondos para fines completamente ajenos a las ayudas sociolaborales. Así, entre otros, con fondos del programa 31L se pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del Servicio Andaluz de Empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112, de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales; se financió parte de la subida salarial de trabajadores de las empresas FCC y CESP, como consecuencia de la suscripción de un convenio colectivo en el 2006, que puso fin a una conflictividad laboral de la limpieza pública de la provincia de Granada; se financiaron 16 muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo en diversos municipios andaluces; y se pagó a la fundación San Telmo de un curso de alta dirección, durante cinco ejercicios.

III) Tercera etapa.

La tercera etapa se inicia en 2010, momento en el que se abandonaron las transferencias de financiación y se presupuestaron las partidas para la concesión de las ayudas, publicándose las primeras bases reguladoras de las mismas, mediante las Órdenes de la Consejería de Empleo de 01/04/2011, 13/03/2012 y 16/03/2012, hasta su derogación por Decreto Ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

Era una norma dirigida a solucionar los problemas habidos en la concesión de las ayudas sociolaborales, que se dictó para atender a unos grupos concretos de trabajadores, que articulaba las nuevas ayudas a través de la figura de la novación y que no afectaba a las acciones de reintegro iniciadas o que pudieran iniciarse en el futuro.

Este Real Decreto estableció en su primer artículo que "a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, en particular, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el Título VIII del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, así como el 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", lo que supone una excepción al régimen general y evidencia que el criterio seguido en los años anteriores no era conforme a derecho.

En todo caso la norma estableció una completa regulación, incluyendo entre otros aspectos, criterios de concesión, sistemas de control, obligaciones de colaboración y declaración, acciones de reintegro y régimen disciplinario y disponiendo expresamente la exigencia de fiscalización previa.

II CUESTIONES PREVIAS

2. Motivos relativos a la vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley por la vía casacional del artículo 852 de la LECrim .

2.1 En tres de los recursos¹ se sostiene que la designación en comisión de servicios del Ilmo. Sr. magistrado don Álvaro Martín, por la que se le atribuyó competencia para la instrucción del presente procedimiento constituyó una designación ad hoc, que contravino el artículo 216 bis 1.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que fue realizada de forma arbitraria, sin justificación y sin motivación.

Se señala que el citado magistrado fue nombrado juez de apoyo por Acuerdo de 24/07/2013 con la finalidad de que la magistrada titular pudiera dedicarse a la instrucción de las macro causas que se seguían en su juzgado; Que, como consecuencia de la división de las diligencias 174/11 en distintas piezas, se procedió a la apertura de las diligencias 6645/2017 (procedimiento específico), cuyos hechos han sido objeto de enjuiciamiento en la sentencia impugnada, siendo la magistrada titular la que comenzó con la instrucción de esta pieza; Que por enfrentamientos entre de la magistrada en comisión de servicio y la magistrada titular no se prorrogó la comisión de servicios de esa magistrada y se dictó por el TSJ de Andalucía el Acuerdo de 23/06/2015 por el que se atribuía al único juez que seguía en comisión de servicios la competencia para la tramitación de las diligencias previas 174/11, 545/14 y 966/14, ordenando que la titular y el comisionado presentaran a la mayor brevedad una distribución de cometidos, llegándose a un acuerdo privado el 09/12/2015 por el que se convino que el magistrado comisionado se hiciera cargo de las DP 6645/2015, siendo informada favorablemente la distribución de competencias mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJ el 14/12/2015 y aprobada finalmente por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 21/01/2016.

Se alega que el citado acuerdo es nulo por los siguientes motivos:

1º Recurso de Demetrio, motivo 1º; recurso de Benjamín, motivo 1º y recurso de Evelio, motivo 4º, apartado 1º.

(i) Se aparta del contenido inicial de la comisión de servicios concedida al magistrado Sr. Martín, que fue nombrado para atender asuntos de nuevo ingreso o pendientes de señalamiento, amén de puntuales colaboraciones o sustituciones, y no para la instrucción de un concreto procedimiento;

(ii) Por el Acuerdo de 23/06/2015 se sustrajo de la competencia del titular un concreto asunto del que ya venía conociendo;

(iii) El Acuerdo del CGPJ por el que definitivamente se atribuye la competencia de instrucción de la presente causa al juez comisionado es nulo porque no atiende a criterios objetivos o a normas de reparto previamente determinadas y

(iv) Atribuye al comisionado la competencia para conocer asuntos ya incoados en contravención de lo preceptuado en el artículo 216.bis 2, apartado 4º, de la LOPJ.

Por estas razones se entiende que se ha vulnerado el artículo 24.2 CE, que garantiza el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

2.2 Para la resolución de esta queja resulta obligado recordar que el Tribunal Constitucional de modo reiterado, tal y como se refleja en la STC 110/2017, de 5 de octubre, que citamos entre muchas otras, viene declarando que nuestra Constitución garantiza en su artículo 24.2 el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y que ese derecho o garantía supone entre nosotros

(i) En primer lugar, una interdicción del "juez excepcional" (avocaciones no determinadas por ley, jueces ex post facto, jueces ad hoc...), así como también del "juez especial" entendido, eso sí, como un juez sito fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella -con excepción de la jurisdicción militar y con las restricciones que el artículo 117.5 de la Constitución impone, pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por ley se centralicen ciertas competencias;

(ii) Al tiempo, dicha garantía implica una "predeterminación legal", una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de ley (SSTC 101/1984, fundamento jurídico 4, y 93/1988, fundamento jurídico 4), entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y

(iii) La mencionada garantía supone también que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titulares del órgano, aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un juez en concreto (SSTC 47/1983, FJ 2; 23/1986, FJ 3, etc....). No existe, por tanto, una consagración constitucional como derecho fundamental del juez del lugar normalmente competente, de suerte que no sea posible para el legislador efectuar alteraciones de las reglas generales de competencia fundadas en razones objetivas (ATC 324/1993, de 26 de octubre, FJ único)".

(iv) También ha señalado el máximo intérprete constitucional que la garantía de la independencia y de la imparcialidad de los jueces radica en la ley, en el hecho de que exista una ley anterior que determine la competencia, lo que resulta incompatible con los llamados "jueces ad hoc" de forma que "una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos" (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

2.3 La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico primero, apartado cuarto, hace una extensa relación de todos los antecedentes del expediente que se tramitó para reforzar el juzgado de instrucción número 6 de Sevilla, necesitado de apoyo por la excesiva carga de trabajo que debía soportar como consecuencia de la investigación del procedimiento del que la pieza aquí enjuiciada quedó desgajada.

Interesa destacar, como primera aproximación a la queja planteada, que las distintas medidas de apoyo o refuerzo, así como sus prórrogas y ampliaciones, adoptadas por el Consejo General del Poder Judicial, siempre lo fueron a petición de la magistrada titular y la necesaria distribución de funciones entre la titular y el comisionado se produjo siempre con el acuerdo de la magistrada titular, de modo que no es admisible la tesis de que fuera privada del conocimiento de asuntos de su competencia por una decisión de los órganos gubernativos del Poder Judicial.

En efecto, a petición de la magistrada titular y al amparo del artículo 160.7 de la LOPJ, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial mediante acuerdo de 24/07/2013 concedió comisión de servicios con relevación de funciones al Ilmo. Sr. magistrado don Álvaro Martín Gómez para agilizar la tramitación de las DP 174/2011 y 2172/2008, a cuyo fin se acordó que su función de apoyo habría de extenderse, no sólo a las actuaciones que requiriera la marcha ordinaria del juzgado, sino a la tramitación de esas Diligencias Previas. Por lo tanto, no es cierto que al magistrado comisionado no se le hubiera atribuido competencia para la instrucción del procedimiento originario (la macro causa - DP 174/2011) con anterioridad al acuerdo de 23/06/2015.

En el año 2015 se decidió ampliar el refuerzo con dos magistrados y se concedieron dos comisiones de servicio (acuerdo de 08/06/2016 de la Sala de Gobierno del TSJ), si bien la magistrada titular mediante escrito de 21/09/2015 expuso las razones por las que estimaba que no se debía renovar la comisión de servicios concedida a la Ilma. Sra. doña Mercedes Alaya, señalando que el otro comisionado, el magistrado Sr. Martín Gómez "puede perfectamente colaborar con la titular actual en la tramitación de las macrocausas, junto a su labor específica de asumir asuntos de nuevo ingreso, sin perjuicio de especificar y concretar más adelante entre ambos la distribución numérica de piezas separadas de macrocausas, una vez se proceda a la efectiva formalización y materialización de las mismas (folio 181 del expediente)".

A la vista de este informe, la Sala de Gobierno del TSJ propuso que el refuerzo se limitara a una comisión de servicios del Sr. Martín Gómez (acuerdo de 13/10/2015) y la Comisión Permanente del CGPJ adoptó esa medida mediante acuerdo de 15/10/2015, lo que evidencia una vez más que las medidas de refuerzo siempre se adoptaron atendiendo a las peticiones de la magistrada titular.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia, a requerimiento del CGPJ y de conformidad con el plan trazado por los dos magistrados, en fecha 14/12/2015 aprobó un plan de actuación por el que se atribuyó al magistrado comisionado la tramitación de las Diligencias Previas cuyos hechos que han sido objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

2.4 De conformidad con lo establecido en los artículos 216 y 216 bis de la LOPJ las comisiones de servicio pueden utilizarse como medida de sustitución entre jueces y magistrados por vacante, licencia, servicios especiales u otras causas que lo justifiquen (artículo 207 LOPJ) o como medida de apoyo de un órgano jurisdiccional.

La comisión de servicio puede ser analizada en planos diferentes: La propia adopción de la medida, el nombramiento y el procedimiento de distribución de funciones.

En relación con los requisitos para adoptar una medida de refuerzo los artículos 216 y 216 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen cautelas de singular relevancia para garantizar la transparencia y objetividad en su adopción: Sólo se pueden acordar en supuestos de excepcionalidad, vinculados con la existencia de circunstancias de especial necesidad, como la sobrecarga de trabajo del órgano judicial; se ha de convocar un concurso cuya resolución exige la valoración de la idoneidad de los candidatos y se precisa de la conformidad del titular del órgano judicial.

En este caso y en cuanto a la justificación de la medida de refuerzo resulta notorio que la causa que se seguía en el Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla era de una complejidad y dimensiones absolutamente inusuales. Difícilmente puede identificarse un procedimiento penal en el que una medida de refuerzo esté más justificada. Baste señalar que el ramo principal de este proceso tenía 342 tomos nominales, más otros 41 tomos de anexos de documentación y que esta pieza separada se compone de 38 tomos y otros 9 tomos más de anexos. Prueba de la magnitud del proceso es que las sesiones del juicio de esta pieza se prolongaron durante un año y también que hubieron de formarse, además de la pieza que ha dado lugar a la presente sentencia, otras cinco piezas principales. Por tanto, alegar que la medida de refuerzo no tenía razón de ser o que no tenía justificación la distribución de funciones entre la magistrada titular y el magistrado en comisión de servicios no tiene ningún fundamento. Es más, en caso de que no se hubiera adoptado ninguna medida de refuerzo se habría lesionado, sin

duda alguna, el derecho a un juicio en tiempo razonable o se podría incluso haber llegado a la imposibilidad de enjuiciamiento en todas o algunas de sus piezas.

En relación con el nombramiento del magistrado en comisión de servicio, cuya legalidad no ha sido cuestionada en los recursos, consta que fue nombrado mediante el proceso selectivo previsto en la ley y mediante la valoración de los criterios de selección establecidos en la misma.

Por último y respecto al acuerdo de distribución de asuntos aprobado por la Sala de Gobierno, de fecha 14/12/2015, nada cabe objetar.

Conviene precisar en este punto que, más allá de lo que establece la ley en relación con la adopción de la medida de apoyo y del régimen de nombramiento del juez o magistrado en comisión de servicio, la atribución de competencia viene determinada, no por normas de reparto o por disposiciones normativas específicas, sino por el acuerdo gubernativo correspondiente, en función del plan de trabajo acordado entre el juez titular y el juez comisionado.

Ya hemos dicho que tal acuerdo tenía una base objetiva en la complejidad y magnitud del procedimiento y, además, es un procedimiento habitual que se sigue en la concesión de comisiones de servicio para refuerzos de órganos judiciales. La exigencia del acuerdo de distribución tiene por objeto evitar que al titular del órgano se le pueda privar del conocimiento de asunto alguno de su competencia por orden del órgano gubernativo y se justifica también porque son los magistrados que van a gestionar el órgano judicial quienes mejor conocen la forma en que debe llevarse a cabo la distribución de funciones jurisdiccionales.

Por tanto, la magistrada titular solicitó la medida de refuerzo y determinó, en función de las concretas circunstancias, el criterio de distribución más adecuado para una mejor gestión de los asuntos atribuidos al órgano judicial, por lo que ni hubo un nombramiento contrario a las normas establecidas en la LOPJ, ni nombramiento de un juez ad hoc, ni se le privó del conocimiento de asunto alguno de su competencia de la magistrada titular y, por lo mismo, tampoco ha habido lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

2.5 Se censura también la inaplicación del artículo 216 bis. 2 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se dispone que en caso de medidas de apoyo la propuesta de una medida de apoyo judicial, habrá de remitirse al Consejo General del Poder Judicial, a través de la correspondiente Sala de Gobierno y habrá de contener, entre otros requisitos, " un plan de actualización del Juzgado o Tribunal, con indicación de su extensión temporal y del proyecto de ordenación de la concreta función del Juez o equipo de apoyo, cuyo cometido, con plena jurisdicción, se proyectará en el trámite y resolución de los asuntos de nuevo ingreso o pendientes de señalamiento, quedandoreservados al titular o titulares del órgano los asuntos en tramitación que nohubieren alcanzado aquel estado procesal".

Una lectura superficial del precepto podría inducir a pensar que en caso de comisiones de servicio, acordadas como medida de apoyo o refuerzo de un órgano jurisdiccional, el comisionado sólo puede atender asuntos de nuevo ingreso, reservándose a la competencia del titular los ya iniciados o los pendientes de señalamiento, pero ese entendimiento del precepto supondría privar de utilidad, en muchos casos, a la medida de refuerzo.

No son necesarios grandes esfuerzos argumentales para comprender que una limitación de ese tipo sería disfuncional cuando el refuerzo se precisa para gestionar asuntos ya iniciados, tal y como acontecía en este caso en que la sobrecarga de trabajo del órgano judicial se debía de forma singular al ingente volumen de trabajo derivado de la tramitación de la macro causa que se instruía en ese Juzgado. La medida de refuerzo se requería precisamente para la gestión de ese proceso. Y situaciones así no son excepcionales. El órgano de gobierno del poder judicial viene concediendo medidas de refuerzo mediante comisiones de servicio en las que los comisionados, dependiendo de las concretas circunstancias que justifican el refuerzo, asumen tanto los asuntos de nueva entrada como los asuntos en tramitación. Es lo habitual.

La normativa orgánica que regula las comisiones de servicio en la Carrera Judicial no tiene la claridad que sería deseable si bien, del contenido de los distintos preceptos de la LOPJ, se desprende que las comisiones de servicio pueden concederse por múltiples circunstancias. De un lado, para sustitución del titular del órgano por vacante, enfermedad, servicios especiales, licencia de estudios, etc. y, de otro, para afrontar situaciones excepcionales. Y, dentro de esta última situación son posibles comisiones de servicio con distinto contenido, según precisen o no un plan de actuación del Juzgado.

Así, por ejemplo, en la STS, Sala III, de 06/11/2009, en que se concedió una comisión de servicios a un juez que había concursado y al que se le impuso la obligación de atender asuntos pendientes a la fecha de su cese, se estimó inaplicable el artículo 216 bis 2.4 LOPJ porque "tal previsión legal queda, sin embargo, circunscrita a los supuestos en los que la comisión de servicios forma parte de un "plan de actualización del juzgado", pero no, como es el caso, a los demás supuestos en los que la LOPJ autoriza al Consejo General del Poder Judicial a "acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes... en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados" (art. 216 bis 1 LOPJ)". Esa comisión, por tanto, no requería de un plan de actualización

En nuestro caso, la comisión de servicios se concedió por la concurrencia de una situación excepcional, la tramitación de una macro causa, lo que excluye la aplicación del artículo 216 bis. 2.4 LOPJ, invocado por los recurrentes, que no parecía exigir un plan de actualización del Juzgado, sino un criterio de distribución de la macro-

causa que allí se instruía, y a tal fin se requirió a la magistrada titular y al magistrado comisionado para que presentaran un acuerdo de distribución de funciones que fue finalmente aprobado por el órgano gubernativo. Y nada cabe objetar a ello.

En relación con un acuerdo similar al que ahora nos ocupa, precisamente en relación con el mismo juzgado y con la misma macro-causa, y adoptado para dividir las funciones entre la magistrada titular y un juez de adscripción territorial, designado como refuerzo años después de la comisión de servicios que aquí se analiza, la STS, Sala III, 1301/2021, de 2 de noviembre de 2021, ha proclamado su legalidad. En esta sentencia, además, se excluye toda lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en atención a una serie de criterios que también son de utilidad en esta causa. Dice la sentencia:

"En estas condiciones, dado que los jueces de adscripción territorial gozan de plenitud de jurisdicción en el desempeño de sus funciones, ya sean de sustitución o de refuerzo, no advierte la Sala razones para apreciar la infracción del derecho fundamental invocado. En efecto, el refuerzo consistente en la adscripción del Sr. Vilaplana Luquero al Juzgado de Instrucción nº 6 de los de Sevilla se acordó y prolongó en virtud de reglas legalmente preestablecidas y el acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de septiembre de 2020 de mantenerle en la instrucción de la macro-causa en cuestión no ha supuesto sino dejarle en la posición en la que se encontraba desde más de un año antes. Esa decisión de la Sala de Gobierno, conforme a lo que de común acuerdo pidieron la magistrada titular y el magistrado de adscripción territorial, entraña una solución razonable, insistimos, no arbitraria, guiada por principios de eficacia e, incluso, de sentido común sin contradecir ningún precepto legal.

Ninguna alteración hay, por tanto, de la predeterminación legal del juez llamado a conocer del proceso que afecta a la Sra. Gala Martín y su demanda viene, en el fondo, a reconocerlo cuando se preocupa de decir que las infracciones a la legalidad que denuncia tienen un carácter abstracto.

En definitiva, ni se ha incumplido la Ley Orgánica del Poder Judicial ni hay traza de haberse buscado con su aplicación llevar el conocimiento de la instrucción del proceso penal a un juez ad hoc. Por el contrario, se ha mantenido al que estaba al frente de ella que, por lo demás, no consta que haya sido recusado".

2.6 Nuestro criterio es el mismo que el de la sentencia que acabamos de citar. De los hechos y normas jurídicas citadas se pueden establecer las siguientes conclusiones:

(i) La vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley no vela por la pureza del procedimiento utilizado para determinar la composición concreta de los componentes singulares de un órgano judicial, sino que sanciona el nombramiento arbitrario de éstos cuando se pretende alterar las reglas predeterminadas establecidas en la ley. Sólo en estos casos se produce la vulneración del derecho constitucional de referencia.

(ii) En este caso a la comisión de servicio a que se refiere este motivo no eran aplicables los límites establecidos en el artículo 216 bis.2.4º de la LOPJ, al tratarse de una comisión de servicios por razones excepcionales, cuya justificación estaba en apoyar la tramitación de la macro-causa, por lo que no precisaba de un "plan de actualización".

(iii) El Magistrado designado tenía plenitud de jurisdicción y ya había intervenido como refuerzo en la instrucción de la presente causa.

(iv) El establecimiento de la comisión de servicios y el nombramiento del magistrado comisionado se llevaron a cabo de acuerdo con los procedimientos y con las exigencias establecidas en la LOPJ y demás normas de aplicación, por lo que no hubo lesión de las normas que predeterminan los nombramientos en régimen de comisión de servicios, ni atisbo alguno de que se haya pretendido el nombramiento de un juez ad hoc o excepcional para la tramitación del presente proceso.

(v) Tanto la comisión de servicios como el acuerdo sobre distribución de funciones fueron adoptados a petición de la magistrada titular por lo que, en ningún caso, se privó a ésta por acuerdo gubernativo del conocimiento de los asuntos que originariamente le correspondían por ley. La distribución de cometidos entre la magistrada titular y el magistrado en comisión de servicios era imprescindible, estaba justificada y era razonable, dada la extrema complejidad y extensión de la macro-causa.

El motivo se desestima.

3. Motivos en los que se invoca la vulneración del principio acusatorio a través del cauce casacional del artículo 852 de la LECrim : Delimitación del objeto del proceso²

2 Recurso de Amadeo, motivo 5º, y recurso de Cesareo, motivo 4º.2

3.1 En dos recursos y por el cauce casacional establecido en el artículo 852 de la LECrim se invoca la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el delito de malversación de caudales públicos, porque el pronunciamiento de condena se refiere a unos hechos que previamente habían sido excluidos de enjuiciamiento y no fueron objeto de acusación y de discusión durante el plenario.

En el desarrollo argumental del motivo quinto del recurso interpuesto por el Sr. Amadeo se alega que en el escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal se hizo expresa exclusión de la concesión, tramitación y pago de las ayudas sociolaborales en cuanto eran objeto de instrucción en distintas piezas separadas. Y en esa misma

dirección en el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia, relativo a la delimitación del objeto de enjuiciamiento, se precisó que no podían enjuiciarse los hechos que se seguían en otras piezas separadas, quedando fuera del objeto del juicio las ayudas individuales concedidas.

Pese a ello, se sostiene que en el hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia, y citamos literalmente, "habiendo establecido la Sala de instancia como hecho probado y parte de la resultancia fáctica en la que ha fundamentado su condena, la utilización de los fondos del programa 31 L en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo y en otros destinos diversos, remitiéndose para ello a determinadas ayudas individuales (hechos) que no han sido objeto de enjuiciamiento ni de acusación en la presente causa, tras la expresa modificación efectuada por las acusaciones al elevar a definitiva sus conclusiones, se ha vulnerado el principio acusatorio y el derecho fundamental de defensa y a un proceso con todas las garantías de mi mandante, debiendo casarse y anularse la Sentencia recurrida, dictándose en su lugar otra más ajustada a derecho, por la que se absuelva al mismo".

El motivo cuarto, apartado segundo, del recurso interpuesto por don Cesareo tiene un contenido muy similar. Se argumenta que la sentencia de instancia al resolver una cuestión previa planteada por el Ministerio Fiscal, relativa a la delimitación del objeto de enjuiciamiento, declaró de forma tajante que " resulta claro que en esta pieza separada no pueden ser enjuiciados hechos por los que se siguen otras piezas separadas. Pues ello iría en contra de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de la seguridad jurídica". Añadiendo que "por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones judiciales firmes que obran en la causa quedaban excluidas del enjuiciamiento la concesión de las ayudas", refiriéndose el tribunal tanto al auto de conclusión de la fase de investigación, como al auto de apertura del juicio oral.

El recurrente expone que, a pesar de esa contundente declaración, en la sentencia de instancia y en relación con la condena por delito de malversación de caudales públicos, se han incluido en su hecho probado vigésimo segundo datos fácticos relativos a las ayudas socio laborales, precisando que parte de esas ayudas se habían dedicado a diversos fines ajenos al interés público, y se ha condenado por delito de malversación de caudales públicos sobre la base del destino concreto de las distintas ayudas concedidas, que previamente habían sido objeto de exclusión.

La sentencia, se dice, después de excluir las ayudas individuales concedidas por ser objeto de instrucción en otras piezas separadas, declara probados numerosos hechos que afectan al destino concreto de aquellas ayudas.

3.2 Para dar respuesta a estas quejas resulta conveniente hacer un breve repaso de nuestra doctrina sobre el principio acusatorio, que es el eje sobre el que giran las impugnaciones.

Tienen razón las defensas cuando enfatizan el significado del principio acusatorio en la jurisdicción penal. Su observancia constituye la premisa de un adecuado ejercicio del derecho de defensa y, a partir de ahí, del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE).

Conviene recordar que, entre las garantías que incluye el principio acusatorio, conforme explica la STC 42/2013, 25 de febrero, se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse y ha precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6).

Esta vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la verificación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4, y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4).

El pronunciamiento del Tribunal, por tanto, debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC 40/2004 de 22 de marzo, 183/2005 de 4 de julio). Además, este Tribunal ha afirmado que, con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC 87/2001 de 2 de abril).

3.3 La cuestión que suscita el motivo planteado en estos dos recursos arranca del auto de 30/07/2015 en el que, previa petición del Ministerio Fiscal, se acordó " la división de la causa en: una primera pieza relativa al

procedimiento específico, una segunda relativa a las sobrecomisiones y un tercer bloque de piezas para el que habría que abrir, un número no inferior a 200 piezas incoando una por cada ayuda sociolaboral o directa a empresas. Todo ello sin perjuicio de las piezas que puedan abrirse con ocasión de las diligencias que se practiquen en cada una de las piezas que por medio de este auto se resuelve dividir".

La mencionada resolución se nos antoja sumamente genérica ya que no precisaba con el suficiente detalle el ámbito subjetivo y objetivo de la división acordada. A este fin resultaba de interés su fundamentación jurídica en la que se hacía una cita literal de párrafos de otros autos anteriores del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que sugerían la procedencia de división de la causa matriz. Así, en el ATSJ 13/11/2014, se argumentaba que resultaba posible investigar y enjuiciar de forma independiente, por un lado, los hechos relativos a la ideación, diseño, organización y establecimiento del sistema de ayudas, así como las actuaciones consistentes en decisiones que en el tiempo supusieron su mantenimiento operativo, que sería el contenido de la primera pieza (procedimiento específico) y, por otro, las conductas concretas de ejecución administrativa y material de las acciones permitidas por dicho sistema imputadas a otras personas.

La indeterminación del auto de 30/07/2015 dio lugar a distintos recursos que fueron resueltos mediante auto de 09/11/2015 en el que se reconoció la deficiencia señalada y se procedió a precisar el contenido de las seis piezas en que se dividió la causa Matriz (DP 174/11), advirtiendo que el posible enjuiciamiento de una misma persona en distintas piezas por hechos iguales podría solventarse mediante distintas técnicas establecidas para evitar cualquier exasperación punitiva, disponiendo que en la primera pieza, relativa al "procedimiento específico", se investigarían los "hechos relativos a la participación activa y consciente en el diseño y puesta en marcha del denominado procedimiento específico en todas sus variantes, con las importantes consecuencias que se derivan de los informes elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía en el seno del Control financiero permanente del IFA/IDEA -muy especialmente el Informe definitivo de cumplimiento de 2003 que incluye como anexo III un informe complementario relativo a las ayudas de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía- confección y control de los presupuestos de la Junta de Andalucía en la materia que nos ocupa - programas 3.1. L 2.2 E a través del denominado procedimiento específico".

Se detallaba, además, el contenido sobre el que versarían las otras cinco piezas, una relativa a sobrecomisiones y otras cuatro relativas a subvenciones concedidas a empresas o grupos de empresa determinados, precisándose en relación con estas últimas que se dirigirían contra " todos aquellos que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas".

Estas resoluciones fueron confirmadas por auto de 3 de junio de 2016 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla (folios 146-153, Tomo 338)

Posteriormente el Juzgado de Instrucción dictó dos nuevos autos, fechados el 27/01/2016 (folios 372 a 383, tomo 332) en los que se destacaba la importancia de los pronunciamientos que pudieran producirse en las piezas de procedimiento específico y sobrecomisiones, respecto del resto de piezas y la posibilidad de que en la pieza primera se imputara un delito continuado de malversación de caudales públicos y que una misma persona fuera también imputada en otras piezas por el mismo delito pero por hechos nuevos, señalando los instrumentos penológicos de corrección para evitar la exasperación punitiva, con cita de la doctrina jurisprudencial existente sobre esa cuestión (SSTS 04/11/2008 y 2522/2001, de 24 de enero de 2002 y SSTC 221/1997, de 4 de diciembre, y 2/2203, de 16 de enero).

En esas condiciones se llegó al dictado del auto de conclusión de la fase de instrucción (auto de PA de 31/05/2016- folios 203-300, tomo 338) en el que se hacía una completa descripción del procedimiento seguido para conceder las ayudas sociolaborales, sorteando las exigencias y controles establecidos por la normativa de subvenciones. El relato fáctico de dicho auto era amplio, de forma que cabía en él la totalidad de los hechos investigados. Y en su fundamentación jurídica se precisó su contenido con mayor detalle, señalando que la actuación de los investigados no sólo podía ser constitutiva de un delito de prevaricación administrativa, sino también de un delito de malversación de caudales públicos, al menos, a partir del ejercicio de 2005, ya que desde el 25/07/2005 se tuvo conocimiento del Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, elaborado por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y a partir de esa fecha la actuación de los distintos responsables se hizo asumiendo conscientemente que los "fondos públicos eran puestos en manos de persona no autorizada para disponer de ellos, que esta persona los repartía con total discrecionalidad y arbitrariedad sin justificar los motivos de la concesión, sin controlar el destino de esos fondos concedidos, asumiendo obligaciones de materia arbitraria y comprometiendo con ello el erario de la Junta de Andalucía".

En atención al amplio contenido fáctico del auto de conclusión de la instrucción el Ministerio Fiscal presentó escrito de conclusiones provisionales el 15/09/2016 (folios 11988-12031, Tomo 34 de la pieza separada) en el que de forma detallada se cuantificaron todas las partidas presupuestarias aprobadas durante los ejercicios 2000 a 2010 y de las que se disponía para la concesión de las ayudas sociolaborales. El escrito de calificación incluía expresamente el número de personas y empresas beneficiadas, el importe total de las ayudas concedidas (66.155.573,51 euros) así como los fondos utilizados en fines distintos y ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales, con descripción de su contenido e importe. En las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y

de otras acusaciones se postuló la condena de buena parte de los acusados no sólo por el delito de prevaricación sino por el delito continuado de malversación de caudales públicos, abarcando dicho delito todas las ayudas sociolaborales concedidas, tanto las relativas a las primas de póliza de rentas y capital, como las relativas a los fondos del programa 31 L empleados en fines distintos y ajenos a los recogidos en dicho fondo (páginas 12021 a 12025, tomo 34 de la pieza separada).

Igual pretensión punitiva se formuló en el trámite de conclusiones definitivas por el Ministerio Fiscal y de forma adhesiva por la acusación popular. En efecto, en el escrito de conclusiones, reiterando lo expuesto en las conclusiones provisionales, se hace una referencia explícita no sólo a todas las cantidades irregularmente presupuestadas para pago de las ayudas en las distintas anualidades sino también a:

(i) Las subvenciones o ayudas concedidas para pago de las primas de pólizas de renta y capital concedidas con incumplimiento absoluto de la normativa de subvenciones, destacando como irregularidades más sobresalientes la ausencia de bases de convocatoria, la falta de publicidad, la falta de control de las personas beneficiadas respecto a su pertenencia al colectivo afectado, la falta de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios y el incumplimiento de las normas mínimas sobre contratación de las pólizas de renta.

(ii) Las subvenciones destinadas a fines distintos de la concesión de ayudas sociolaborales y

(iii) Los perjuicios para el servicio público derivados de la disposición indebida de todos esos fondos públicos.

En consideración a todos esos hechos se interesó la condena por delito de malversación continuada de fondos públicos y, en congruencia con dicha petición, la sentencia ha condenado por ese mismo delito.

Existe una correlación absoluta entre las pretensiones acusatorias y el pronunciamiento de la sentencia y no cabe duda alguna que la prueba desplegada durante el juicio ha permitido analizar y debatir la existencia de esas ayudas, el procedimiento seguido para su concesión y las personas responsables de la tramitación y concesión de las ayudas.

Por lo tanto, si el principio acusatorio exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado conozca con antelación aquello de lo que se le acusa y tenga oportunidad de alegar, proponer y practicar la prueba pertinente, no cabe duda que en este proceso no ha existido lesión alguna del principio acusatorio ni tampoco lesión del derecho de defensa.

3.4 Sentado lo anterior, debe destacarse que la condena del tribunal de instancia lo ha sido no sólo por un delito continuado de prevaricación, lo que se correspondería con las resoluciones adoptadas para "el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes", sino también por un delito continuado de malversación de caudales públicos, conforme a lo solicitado por las acusaciones.

Este doble pronunciamiento obliga a una explicación porque no hay más ayudas que las concedidas individualmente y, si éstas quedaron fuera del enjuiciamiento, habría que dar la razón a los recurrentes al menos en lo que se advierte de contradicción interna de la sentencia.

La aparente contradicción no es tal si se analizan los hechos desde la diferente contribución que han podido tener las personas que han intervenido en este complejo proceso.

Hay un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos. Esas personas son las que aquí han sido enjuiciadas, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de los fondos públicos o por permitir esa disposición.

En las piezas separadas, en cambio, se han investigado cada una de las ayudas singulares, lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas.

Existe, por tanto, una posible zona de coincidencia, la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos, lo que obliga, en primer lugar, a precisar los hechos por los que han sido condenados en esta pieza matriz, ya que sobre esta cuestión parecen existir diferencias interpretativas.

Las divergencias surgen porque los hechos descritos en el auto de conclusión de la investigación de esta pieza matriz pueden ser coincidentes con algunos de los hechos y personas mencionados en los autos en los que se fijó el ámbito de las distintas piezas separadas. Y esas coincidencias han sido posibles porque el desarrollo de la investigación era distinto en ambos momentos y porque, en cualquier caso, la delimitación factual no era sencilla, dado que la pieza matriz (procedimiento específico) tenía innegables puntos de contacto con lo investigado en las distintas piezas separadas.

No tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto, no sólo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas. Y tampoco tenía sentido alguno formar únicamente tantas piezas como ayudas a empresas y que en cada uno de esos juicios se llamara a las autoridades que habían intervenido en el proceso de diseño, porque con esa división era obligado probar en cada una de las causas singulares si tal proceso tenía contornos delictivos. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando

en la pieza matriz el proceso de "diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes" y en las distintas piezas separada la concesión y pago de las distintas ayudas.

Sin embargo, esa división podía dar lugar a que hubiera coincidencias entre la pieza matriz y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en "el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes", dentro de ese grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares. Nos referimos a los Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social, así como a los Directores Generales del IFA /IDEA y, en general, a cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos.

Pues bien, esa zona de coincidencia puede dar lugar a un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, lo que está proscrito por el principio "non bis in idem".

Venimos proclamando que el principio "non bis in idem", si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25,1, en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC 2/1981, 66/1986, 154/1990 y 204/1996, entre otras). Tal principio supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del "ius puniendi" del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento (STC 231/97, de 4 de diciembre).

En la esfera jurídico-penal el principio "non bis in idem" está vinculado a la problemática del concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Cuando se constate el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por la misma infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25,1 CE, ya que cuando existe identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito.

Para evitar que se produzca el doble enjuiciamiento, al que hemos hecho alusión, debe partirse de la afirmación de que esta pieza matriz es un proceso autónomo cuyo objeto de investigación y posterior enjuiciamiento ha sido fijado con corrección, a partir del contenido de las conclusiones definitivas de las acusaciones. Una vez juzgados los acusados no es posible una nueva condena por los mismos hechos, lo que obliga a precisar qué hechos han sido juzgados en esta pieza matriz ya que, debido a la complejidad del relato fáctico, no es sencilla su determinación.

En atención al contenido de los hechos probados y tomando también en cuenta los argumentos utilizados por el tribunal de instancia para efectuar la calificación jurídico-penal de los hechos enjuiciados en esta pieza matriz, las condenas dictadas en este procedimiento se refieren a lo siguiente:

(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18/04/2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01/12/2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso.

(ii) En relación con el delito de prevaricación las personas enjuiciadas y que han resultado condenadas lo han sido por adoptar las siguientes resoluciones:

- Elaboración y aprobación de los Presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22 E, introduciendo indebidamente la aplicación presupuestaria "transferencias al IFA en materia de relaciones laborales", habilitando anualmente mediante transferencias de financiación unas cuantías muy relevantes que se precisan en el relato fáctico.

- Aprobación de las modificaciones presupuestarias de fechas 28/07/2000, 07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 13/11/2001, 05/12/2001, 15/10/2002, 21/10/2002, 18/03/2004, 17/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007, 22/12/2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 01/12/2009.

- Otorgamiento del Convenio Marco de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) de 17/07/2001, suscrito por don Severiano, como Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía y don Mariano, como Presidente del IFA.

- Otorgamiento de los Convenios Particulares suscritos a partir de la firma del Convenio Marco, firmados hasta su cese por el acusado don Borja, como Director General de Trabajo y por el IFA. En relación con este último, firmados por su Presidente hasta el 28/01/2003 y posteriormente por los Directores Generales de dicho instituto.

- Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27/05/2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del Consejo Rector del IFA.

- Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa PICKMAN SA, según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el Consejo Rector del IFA en su sesión de 02/03/2004.

- Concesión de las ayudas sociolaborales.

(iii) En relación con el delito de malversación de caudales públicos las personas enjuiciadas en este proceso y condenadas por este delito lo han sido bien por su participación directa en la disposición de fondos, bien por haber permitido esa disposición.

Lógicamente la malversación tiene como soporte fáctico las disposiciones concretas de los fondos públicos y quienes han resultado condenados por este delito, lo han sido bien por su participación directa en las disposiciones de fondos, bien porque las permitieron, una vez tuvieron conocimiento de la forma en que se estaban aprobando y gestionando.

Entendemos que la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo.

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales (disposiciones relacionadas en el apartado b), ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital (apartado A), como las abonadas a empresas en crisis (apartado B) o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias (apartado C).

Por tanto y en conclusión, hemos precisado los hechos que han sido enjuiciados en este proceso para evitar un eventual doble sanción penal por unos mismos hechos, lo que habrá de servir en el futuro para despejar cualquier duda que se pudiera suscitar al respecto en las distintas piezas separadas de esta causa.

Los motivos se desestiman.

4. Motivo en el que se invoca la vulneración del principio acusatorio a través del cauce casacional del artículo 852 de la LECrim : Delimitación del objeto del proceso: Contenido necesario del relato de hechos probados³

4.1 En este motivo se denuncia la vulneración del principio acusatorio porque se ha condenado a la Sra. Marcelina atribuyéndole el tribunal de instancia hechos que no se incluyeron en los escritos de calificación tanto del Ministerio Fiscal como de las restantes acusaciones. Se alega que en los escritos de acusación se le atribuyó de forma genérica y sin el necesario detalle su participación en la "elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto de ley de presupuestos" y en la sentencia, con manifiesta extralimitación, se le atribuyen unos concretos hechos que no habían sido mencionados por las acusaciones. En concreto, su participación en los grupos de trabajo

3 Motivo 2º del recurso de doña Marcelina

constituidos para la elaboración del presupuesto, su aprobación a que figuraran como ingresos las cantidades recibidas por vía de transferencia de financiación en los programas de actuación, inversión y financiación (PAIF), así como su participación en el Consejo Rector de IFA/IDEA.

4.2 El escrito de acusación, para ser respetuoso con el derecho a ser informado de la acusación, debe ser completo, incluyendo todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado y debe ser específico, ya que debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas. Sin embargo, no es necesario que sea exhaustivo, minucioso o extremadamente detallado, de modo que no es imprescindible que incluya todos los elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiera con suficiente claridad. El juicio histórico será suficiente si incluye en su relato los hechos esenciales.

Por su parte, los hechos probados de la sentencia deben guardar identidad con la calificación definitiva. En efecto, el principio acusatorio exige que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. Para no vulnerar el principio acusatorio, por tanto, el relato de la acusación debe ser respetado en sus líneas esenciales. Sin embargo, no habrá lesión de ese principio cuando la sentencia incorpore al relato fáctico modificaciones de detalle o de aspectos meramente secundarios.

Para recordar nuestra doctrina transcribimos, a continuación, un párrafo especialmente significativo de la STS 523/2010, de 1 de junio, que destaca por su claridad:

"e s sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento

en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particulares del caso enjuiciado. En conclusión, cabe señalar que un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostiene la acusación puede suponer la vulneración del derecho del enjuiciado a ser informado de la acusación y del derecho a la defensa, al hacer inviable el descargo de una imputación que se desconoce, así como puede encerrar la confusión entre las tareas encomendadas a los diversos sujetos procesales. Pero también señala esa jurisprudencia que ha de tratarse de una alteración esencial, que encierre una novedad en el debate; esto es, que el Tribunal está legitimado para matizar o precisar el relato delimitador de la pretensión"

4.3 Proyectando los criterios expuestos al presente caso estimamos que no se ha producido lesión alguna del principio procesal invocado, ni lesión del derecho de defensa.

En los hechos probados de la sentencia, sin apartarse del contenido de las conclusiones fácticas de los escritos de acusación, se declararon probados

los hechos sustanciales que determinan la subsunción normativa en los delitos de prevaricación y malversación.

Sin necesidad de reiterar la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, destacaremos que en esa relación se especifica el artificio presupuestario utilizado para conseguir la distribución de fondos públicos sin cumplir las exigencias establecidas en las normas sobre subvenciones, con el descontrol consiguiente. Y también se hace referencia a la concreta intervención de la Sra. Marcelina, primero en su calidad de Viceconsejera de Economía y Hacienda y, después, como Consejera de Economía y Hacienda.

Se declara probado que como Viceconsejera asistió a la reunión del Consejo Rector del IFA de 22/07/2014 donde se dio lectura a las salvedades expresadas por los auditores en relación con las ayudas sociolaborales aprobadas con cargo a los convenios suscritos por el IFA, aprobando las cuentas de dicha entidad. También se declara probado que recibió el informe definitivo de cumplimiento del IFA del ejercicio 2003 y que, con conocimiento de los incumplimientos de la normativa vigente, no modificó junto con el resto de autoridades competentes, en ningún extremo el proceder de los ejercicios anteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación de los distintos anteproyectos de ley de presupuestos de 2005 a 2009 así como en la aprobación de distintas modificaciones presupuestarias de ese mismo periodo de tiempo, dando lugar a la indebida disposición de fondos públicos por los importes y conceptos que se detallan en el hecho probado vigésimo segundo.

Es cierto que en la fundamentación jurídica se hace referencia a su participación en los grupos de trabajo constituidos para la elaboración del presupuesto, su aprobación a que figuraran como ingresos las cantidades recibidas por vía de transferencia de financiación en los programas de actuación, inversión y financiación (PAIF), así como su participación en el Consejo Rector de IFA/IDEA.

Alguno de esos hechos se incluye en el relato fáctico, como la participación en el Consejo Rector por su condición de Viceconsejera de Hacienda. Otros hechos, en cambio, como la participación en los grupos de trabajo o en la aprobación de los programas de actuación, inversión o financiación del IFA no están descritos en el juicio histórico, pero se trata de datos fácticos complementarios y no esenciales, cuya incorporación a la argumentación fáctica de la sentencia ha servido para describir con mayor detalle lo que se declara probado, lo sustancial, su intervención en la elaboración de los presupuestos, de las modificaciones presupuestarias y en la gestión del IFA.

Por tanto, los hechos adicionados no son sustanciales y no suponen una mutación en lo fundamental de los hechos introducidos por las acusaciones. Tales hechos se derivan del resultado de las pruebas, eran necesarios para justificar y argumentar la valoración de la prueba y han sido introducidos en la sentencia para ser más respetuosos y precisos con la descripción de la verdad material de lo acontecido.

Como indica el Ministerio Fiscal en su informe, en el motivo se confunden dos planos: El de los hechos probados, que deben describir lo esencial para el juicio de subsunción, y el de la valoración de la prueba, que puede dar lugar a la introducción de datos fácticos complementarios que sirvan para explicar el juicio probatorio de la sentencia.

El motivo se desestima.

III RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS SOCIOLABORALES

5. Motivos por infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) relativos al régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales⁴

4Motivo primero, apartados a) y b) del recurso don Borja y motivo quinto del recurso de don Mariano.

5.1 El análisis jurídico de los hechos enjuiciados exige, como antecedente necesario, determinar el régimen normativo aplicable a las ayudas sociolaborales concedidas por el gobierno de la Junta de Andalucía.

La sentencia impugnada declara que esas ayudas eran subvenciones y se regían por la normativa específica aprobada por el Parlamento de Andalucía en materia de subvenciones, pero en dos de los recursos se mantiene

una posición diferente. Se alega que las ayudas se regían por la Orden de 5 de abril de 1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Los argumentos que justifican esta impugnación son los que a continuación resumimos:

(i) La concesión de las ayudas sociolaborales concedidas desde el año 2000 y hasta la promulgación del Decreto Ley 4/2012, de la Comunidad Autónoma de Andalucía se incardinaban en la "materia laboral", según puede deducirse de la denominación utilizada en los anteproyectos de ley de presupuestos, en las modificaciones presupuestarias y en los convenios suscritos para el pago de las ayudas, si bien la Comunidad Autónoma en esta materia sólo tenía competencias ejecutivas, correspondiendo al Estado la competencia exclusiva sobre "legislación laboral", conforme al artículo 149.1.7ª CE. Sólo a partir del citado Decreto Ley el Parlamento de Andalucía optó por aplicar un título competencial distinto, el relativo a la asistencia y servicios sociales, conforme al artículo 61 del Estatuto de Autonomía de 2007.

Debido a la ausencia de competencias normativas en materia laboral el Parlamento de Andalucía no podía regular el procedimiento de concesión de ayudas y, existiendo una identidad de los fines perseguidos por la norma estatal y las ayudas aprobadas por la Junta de Andalucía, la norma aplicable no podía ser otra que la Orden de 05/05/1995 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Las ayudas, por tanto, se concedían por aplicación de la Orden citada y en el ejercicio de las competencias de ejecución en materia laboral que correspondían constitucionalmente a la Comunidad Autónoma.

En esa dirección se señalan distintos decretos en los que se procedió al traspaso de competencias en materia de expedientes de regulación de empleo y ayudas socio-laborales (Real Decreto 1035/1984, de 9 de mayo, Real Decreto 1056/1984, de 9 de mayo, Orden de 7 de abril de 1987, Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre y Decreto 24/2001, de 13 de febrero, entre otros).

(ii) Las notas características de las ayudas reguladas en dicha Orden eran: Aplicación preferente de su regulación sobre las normas generales en materia de subvenciones; el principio de publicidad se cumplía con la publicación de la propia Orden; se preveía en su artículo 1.4 ayudas extraordinarias de concesión directa, sin sujeción a las reglas de publicidad y concurrencia; la competencia de concesión correspondía a la Dirección General de Trabajo, cuyas atribuciones fueron transferidas a la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía conforme a los distintos Decretos de transferencias; en este tipo de ayudas podían ser beneficiarios directamente los trabajadores; la Orden en cuestión fue derogada por el Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, en cuya memoria se reconoce que las ayudas de la Orden derogada se concedían de acuerdo con criterios discrecionales del órgano concedente, por lo que tales ayudas no estaban sujetas a un régimen de concurrencia competitiva.

(iii) Lo anterior permite afirmar a las defensas que el cambio de presupuestación de estas ayudas, realizado con fundamento en la potestad de auto organización que corresponde a la Comunidad Autónoma para la realización de sus competencias ejecutivas, no puede considerarse como un criterio groseramente contrario a la legalidad.

(iv) La sentencia impugnada no distingue bien entre las ayudas financiadas con fondo del Estado o de la Comunidad Autónoma y confunde también la noción de regulación en materia de legislación laboral que correspondía al Estado, lo que no excluye la capacidad de auto organización de los servicios por parte de la Comunidad Autónoma al tener transferidas competencias de ejecución.

(v) Se alega que la Orden de 01/04/2011 de la Consejería de Empleo, por la que se aprobaron las bases reguladoras de la concesión de las ayudas socio laborales, se aprobó sin tener título competencial para ello, por carencia de capacidad normativa en materia laboral, y se insiste en que no era aplicable la legislación específica de subvenciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de ahí que la mayor parte de los irregularidades que se imputan a los condenados no existan, error que se imputa al tomar como referencia una normativa incorrecta.

(vi) Los recurrentes consideran que tanto los informes elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, que abonan la tesis de la aplicabilidad de la normativa andaluza de subvenciones, como los informes del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía o la Cámara de Cuentas de Andalucía o las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que se han pronunciado sobre esta cuestión incurren en un error interpretativo palmario, fundamentalmente porque siempre se ha planteado el análisis del régimen jurídico de las ayudas presuponiendo y no cuestionando la aplicación de las normas autonómicas sobre subvenciones. Se sostiene, en fin, que estas ayudas eran muy similares a las que venía concediendo el Gobierno central al amparo de la Orden de 1995.

5.2 La sentencia de instancia en su fundamento jurídico séptimo ha expuesto de forma prolija y detallada el régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales y ha apoyado su criterio en distintos informes (Cámara de Cuentas de Andalucía, informes de cuentas anuales, informe del Consejo Consultivo de Andalucía, informes incorporados en los expedientes de revisión de oficio que constan en las actuaciones, informes del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía) y también en diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, del Tribunal de Cuentas y de la Sala III del Tribunal Supremo.

Además, este mismo alegato fue analizado y desestimado en el fundamento jurídico vigésimo tercero de la sentencia impugnada, al dar respuesta a las alegaciones formuladas en juicio por la defensa de don Borja (págs. 710-725).

Hacemos nuestro el fundamentado criterio del tribunal de instancia y en nuestra respuesta a esta queja casacional vamos a destacar algunos datos que estimamos sustanciales.

(i) Las ayudas reguladas en la Orden de 05/04/1995 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tenían como objeto la asistencia a empresas y trabajadores afectados por la reconversión industrial y/o en situación de reestructuración empresarial y respecto de los que se habían previsto ayudas para el desempleo y la jubilación anticipada en distintas normas, que se citan expresamente en esa misma Orden.

Las ayudas se pagaban con cargo a los Presupuestos del Estado o con cargo a organismos dependientes de la administración central, como la Seguridad Social (Ley 21/1982, de 9 de junio, Decretos de Reconversión Industrial, Decreto 1990/1984, de 17 de octubre, Orden de 5 de octubre de 1994, Ley 27/1984, de 26 de julio y Reales Decretos 335/1984 y 341/1987) y no excluían la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establecieran ayudas similares con cargo a sus propios presupuestos. Y buena prueba de ello la encontramos en el artículo 3.3 de la propia Orden, en el que se dispone que " podrán no concederse las ayudas cuando las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas hubieran concedido o tuvieran previsto conceder ayudas de análogo naturaleza, salvo que en el marco del correspondiente plan de reestructuración se hubieran acordada con aquéllas su concesión simultánea".

Por lo tanto, las ayudas concedidas por las Comunidades Autónomas podían ser causa para la no concesión de las ayudas establecidas en la Orden que venimos citando, salvo previsión en contrario en el plan de reestructuración, situación esta última que no se produjo respecto de las ayudas o subvenciones a que se refiere este procedimiento.

(ii) La Comunidad Autónoma de Andalucía tenía competencia para la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral, conforme al artículo 17.2 del Estatuto de Andalucía aprobado por la Ley Orgánica 5/1981, de 30 de diciembre, pero también tenía la competencia de "fomento y planificación de la actividad económica" (artículo 18.1), lo que le permitía la regulación, concesión y gestión de subvenciones con cargo a su presupuesto.

Se trata de una competencia transversal que permitía la concesión de subvenciones en cualquier ámbito de la actividad económica y buena prueba de lo que decimos se encuentra en el actual artículo 45.1 del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en el que describe con mayor detalle el contenido de la competencia de fomento disponiendo que " en las materias de su competencia, corresponde a la Comunidad Autónoma el ejercicio de la actividad de fomento, a cuyos efectos podrá otorgar subvenciones con cargo a fondos propios, regulando o, en su caso, desarrollando los objetivos y requisitos de otorgamiento y gestionando su tramitación y concesión".

(iii) En esa misma dirección se sitúa el Real Decreto 1035/1984, de 9 de mayo, que precisamente versaba sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de expedientes de regulación de empleo.

En su Anexo I, apartado c), al precisar las funciones que se reservaba la Administración del Estado, se señala que " en aquellos expedientes en que se proponga la jubilación anticipada de trabajadores, y cuya competencia resida en la Comunidad Autónoma de Andalucía, será preciso que ésta cuente con fondos suficientes para su financiación. En todo caso, la Comunidad Autónoma deberá respetar y cumplir las normas sobre financiación, garantías y sistema de cómputo establecido para el sistema de jubilaciones anticipadas. Todo ello sin perjuicio de la competencia de la Comunidad Autónoma para habilitar fondos, con cargo a sus presupuestos, para subvencionar este tipo de jubilaciones".

(iv) Posteriormente entró en vigor el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento relativo a los procedimientos de concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico. En su Exposición de Motivos y para justificar la razón de ser del Decreto se afirmaba que la concesión de subvenciones formaba parte de la actividad de fomento, que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenía competencia propia para regular el procedimiento administrativo aplicable (artículo 13.4) y que el Decreto tenía por objeto establecer un procedimiento genérico común para todas las subvenciones y ayudas, razón por la que en su artículo 1º se fijaba su objeto y ámbito de aplicación incluyendo "los procedimientos de concesión de las subvenciones y ayudas públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía , así como del régimen de abono, justificación, control, reintegro y régimen sancionador de dichas subvenciones y ayudas públicas".

(v) El hecho de que se hiciera uso de una clasificación presupuestaria en la que se indicaba lacónicamente que la partida presupuestaria habilitada para el pago de estas ayudas se refería a "materia laboral" no es argumento de peso para afirmar que el título competencial utilizado para la concesión de las ayudas era el de ejecución de la legislación laboral del Estado (artículo 149.1.7ºCE) ya que, como hemos expuesto, la Comunidad Autónoma de Andalucía tenía competencia propia y exclusiva en materia de fomento (artículo 18.1.1º EA), que le habilitaba para la concesión de subvenciones con cargo a sus propios presupuestos.

Por lo tanto, ni es cierto que la Comunidad Autónoma de Andalucía careciera de competencia para regular y conceder las subvenciones ni tampoco que las subvenciones a que se refiere este proceso se regularan por la

Orden de 05/04/1995, ya que el ámbito de esta Orden se circunscribía a las ayudas específicamente relacionadas en la norma.

(vi) Pero, además, como puso de manifiesto la sentencia impugnada en su fundamento jurídico vigésimo tercero, la Orden de 1995 en cuestión establecía una serie de requisitos que tampoco se cumplieron, lo que es una evidencia más de que la Orden no era el marco normativo aplicado a las ayudas sociolaborales. Su artículo 3º exigía una solicitud, bien de la empresa, bien de los trabajadores conjuntamente, con una memoria explicativa de los motivos de la misma, número de trabajadores afectados, cobertura solicitada, coste económico individualizado, especificación de si existía concesión o previsión de una concesión de ayuda similar por la Comunidad Autónoma y certificación del INEM acreditativa de la situación, cobertura y derechos de los trabajadores, respecto de las prestaciones por desempleo. Una vez presentada la solicitud había de dictarse la resolución concediendo total o parcialmente o denegando la petición, con la obligación de denegarlo cuando la Comunidad Autónoma u otra entidad pública hubiera concedido o tuviera previsto conceder ayudas similares salvo que en el marco del correspondiente proceso de reestructuración se hubieran acordado la concesión simultánea de tales ayudas. Se establecía el plazo en el que había de dictarse la resolución, el recurso que cabía contra ella y la condición necesaria de que hubiera disponibilidad presupuestaria.

Y muy importante, en su Disposición final primera se señalaba que en todo lo no dispuesto en la Orden se estaría a lo establecido en los artículos 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria, en la redacción dada por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre y en el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre por el que se aprobó el Reglamento del Procedimiento para la concesión de subvenciones públicas. En esas normas se desarrollaba una completa regulación de las subvenciones, relativa entre otras cuestiones, a las obligaciones de los beneficiarios y de las entidades colaboradoras, a la necesidad de bases reguladoras de la concesión, a la publicación trimestral de las subvenciones concedidas, así como la exigencia de control financiero por la Intervención General del Estado y a la sujeción a los procedimientos fiscalizadores del Tribunal de Cuentas.

En consecuencia, las subvenciones previstas en la Orden de 05/05/1995 se regulaban por la normativa general de subvenciones, a salvo de las previsiones específicas de la misma que se limitaban a la regulación de la solicitud. La citada Orden ni fue invocada para la concesión de las ayudas ni tampoco fue observada en la tramitación y ejecución de las ayudas por lo que, como destaca la sentencia impugnada, resulta hasta cierto punto irrelevante que las ayudas se regularan por la Orden citada o por la normativa autonómica ya que en todo caso ambas regulaciones fueron desatendidas. En conclusión, debemos de insistir en que se trataba de subvenciones concedidas por la Comunidad Autónoma de Andalucía, con competencia propia, y sujetas a la normativa autonómica.

(vii) Sin perjuicio de profundizar más adelante en esta cuestión, las ayudas sociolaborales sobre las que versa este proceso eran subvenciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 103, párrafo segundo, de la Ley 5/1983, de 19 de Julio, General de la Hacienda Pública, según redacción dada por la ley 7/1996, de 31 de julio, en el que se disponía que "se entiende como subvención o ayuda, toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía".

Y a tenor de lo previsto en el párrafo primero del mismo precepto las subvenciones se regían por las disposiciones contenidas en el título VIII de la citada ley, por el Reglamento de subvenciones de Andalucía, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre y subsidiariamente por la normativa estatal (Disposición Transitoria Primera). Ese era el marco normativo aplicable a las ayudas sociolaborales concedidas por la Junta de Andalucía y así lo ha proclamado la Sala III del Tribunal Supremo.

(viii) No es admisible el argumento de que el alto tribunal se haya pronunciado sobre esta cuestión vinculado por exigencias del principio dispositivo y sin analizar otras alternativas jurídicas, al no haberse planteado la cuestión en los distintos procesos.

Desconocemos el contenido concreto de las alegaciones de las partes en cada uno de los procesos en los que el alto tribunal se ha pronunciado, pero baste recordar que para la determinación de la norma jurídica aplicable no rige el principio dispositivo, al que se alude en alguno de los recursos, sino el principio de legalidad, de forma que los tribunales vienen obligados a tomar en consideración la ley aplicable al caso con independencia de las normas que invoquen las partes. La ley no es disponible.

(ix) El Tribunal Supremo, con motivo de los distintos expedientes de revisión de oficio de las subvenciones gestionadas por IFA/IDEA, ya se ha pronunciado, señalando que la concesión de ayudas se inserta en la competencia transversal de fomento, que era aplicable la normativa de subvenciones y que ese marco normativo fue absolutamente desconocido, determinando la nulidad del procedimiento de concesión.

En la sentencia de instancia se citan como pronunciamientos de la Sala III de este tribunal la STS 10/07/2018, de 10 de julio (recurso 1555/2016), la STS 825/2017, de 11 de mayo y la STS de 14 de julio de 2015 (recurso 2223/2014) y con posterioridad se ha continuado con esa línea jurisprudencial.

Así, en la reciente STS 733/2021, de 25 de mayo, en relación con una subvención concedida a la Fundación Laboral Andaluza del Cemento y Medio Ambiente (FLACEMA) en el marco del Convenio de Colaboración suscrito

por la Dirección General de Trabajo con IFA/IDEA, es decir, una de las ayudas sociolaborales a las que se refiere el presente procedimiento, el alto tribunal proclama:

"Resulta pertinente recordar la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, expresada, entre otras, en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), reiterada a su vez en la de 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000) y de 17 de octubre de 2005 (RC núm. 158/2000), 11 de mayo de 2017 (1824/2015) respecto de que la subvención se configura como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente, que se caracteriza por las notas que a continuación se exponen, que determina que la empresa beneficiaria de la subvención debe cumplir íntegramente todas las condiciones impuestas en la resolución de concesión. Cabe reiterar lo declarado en la sentencia de 7 de abril de 2003 , acerca de que "el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas. En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica".

Dijimos también en las Sentencias reseñadas <<que la subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su

concesión (Cfr SSTS 20 de junio , 12 de julio y 10 de octubre de 1997 , 12 de enero y 5 de octubre de 1998 , 15 de abril de 2002 ad exemplum).El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente. El instituto jurídico subvencional se inscribe en la actividad de fomento de la Administración, y tiene como fin impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y a satisfacer las necesidades públicas. Partiendo de la búsqueda de un interés público concreto y determinado, al servicio del cual se concibe el instrumento subvencional, y siempre dentro del marco competencial propio de la Administración concedente, es de todo punto inconcebible una subvención ayuna de causa que la justifique y de procedimiento que asegure la tutela de los fines perseguidos.

En este orden de ideas, no puede olvidarse que el art. 31.2 de la CE dispone que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía; mandato constitucional que difícilmente puede separarse del deber de todos de contribuir al sostenimiento de tales gastos públicos de acuerdo con los principios mencionados en el apartado 1 del mismo artículo.>>

Pues bien, sucede en este caso -y se desprende sin dificultad- que el expediente de subvención carece de los trámites básicos previstos. No figuran ni los compromisos que debe asumir la beneficiaria, la fiscalización del gasto, y la propia resolución administrativa que aprecie las razones de utilidad pública e interés social que justifiquen la subvención ha sido omitida por completo en la sustanciación del expediente de subvenciones que benefició a la recurrente, figurando únicamente los trámites que antes hemos descrito, totalmente insuficientes para sustentar la concesión de la subvención.

En definitiva, la Fundación recurrente percibió, sin asumir compromiso concreto alguno, la ayuda por el importe apuntado. Para ello se instrumentó entre el citado Director General y el Instituto de Fomento de Andalucía el convenio para la materialización del pago, que no tenía más base ni soporte desde el punto de vista jurídico. Por ello, la infracción de los trámites esenciales del procedimiento determinante de la nulidad de pleno derecho art. 62.1.e) de la LPAC resulta incontestable y la alegación ha de ser rechazada".

(x) Es cierto que por Decreto Ley 4/2012, de 16 de diciembre, se pretendió actualizar el sistema normativo de las ayudas sociolaborales así como dar solución a los problemas de gestión producidos con anterioridad y a tal fin se dispuso que las ayudas que se concedieran a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración se enmarcaran en las políticas y competencias de la Junta de Andalucía sobre cohesión, protección y bienestar social, a cuyo fin se estableció un nuevo marco regulatorio, al margen de la normativa de subvenciones (artículo 1, párrafo 2º).

La norma pretendía solucionar los problemas derivados de las ayudas ya concedidas a un nutrido grupo de trabajadores pertenecientes a distintas empresas que se instrumentaron bien mediante contratos de seguros colectivos de rentas o mediante una cuantía a tanto alzado, pero como señala la sentencia de instancia, no afectaba a todos los trabajadores que habían sido afectados por un proceso de reestructuración o por un expediente de

regulación de empleo, sino exclusivamente a los grupos de trabajadores mencionados en la norma (STS Sala III, 1444/2018, de 1 de octubre). A ese fin el instrumento de regularización era la presentación de propuestas de novación, sujetas a una serie de requisitos para su aprobación y a un estricto régimen de incompatibilidades. En todo caso estas ayudas quedaban sometidas a un régimen de fiscalización previa por la Intervención competente, con obligación de justificar el mantenimiento de las condiciones exigidas para su concesión, así como con la posibilidad del ejercicio de acciones de reintegro en los supuestos determinados en la norma.

Pero este Decreto no afectaba en ningún caso al régimen jurídico de las subvenciones concedidas con anterioridad. En este punto la nueva norma era tajante. En su Disposición Adicional cuarta se prescribió lo siguiente:

" En ningún caso, las disposiciones de este Decreto-ley se podrán entender en el sentido que impidan o enerven los efectos de los procedimientos de revisión, de reintegro o cualesquiera otros que la Administración de la Junta de Andalucía haya iniciado o pueda iniciar en el futuro respecto de prestaciones cuyos perceptores no tuvieran derecho a recibir y deban reembolsar al Erario público, con sus correspondientes intereses.

Del mismo modo, en ningún caso, las disposiciones de este Decreto-ley se podrán entender en el sentido que menoscaben cuantas acciones puedan corresponder a la Administración de la Junta de Andalucía para la exigencia de las responsabilidades que pudieran derivarse de los procedimientos citados en el párrafo anterior".

(xi) Por último, tampoco es de recibo sostener que las ayudas sociolaborales a que se refiere este proceso concedidas fueran de naturaleza asistencial, ya que en ningún caso cuando fueron concedidas tenían ese carácter. De un lado, eran subvenciones de naturaleza laboral y no consta que las personas que las recibieron se encontraran en situación de no poder atender sus necesidades básicas ni que cumplieran los requisitos establecidos en la Ley 2/1988, de 4 de abril de 1988, de Servicios Sociales de Andalucía. Por otra parte, en los expedientes tramitados y en la documentación obrante en autos no constan datos que justifiquen la calificación de las ayudas como asistenciales, ni tampoco su vinculación con los servicios sociales de la Junta de Andalucía, debiéndose destacar, por último, que los beneficiarios de las ayudas no eran los trabajadores, sino las empresas, según acertadamente y con extensión se justifica en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada.

En consecuencia, se desestimarán los motivos por infracción de ley que cuestionen el marco normativo de las ayudas sociolaborales que proclama la sentencia de instancia.

IV RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TRANSFERENCIAS DE FINANCIACIÓN

Motivos por infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) relativos al régimen aplicable a las transferencias de financiación

6. Pronunciamiento del tribunal de instancia

Los hechos calificados en esta sentencia como constitutivos de un delito continuado de prevaricación administrativa tienen como punto de partida el cambio del criterio de presupuestación de las ayudas sociolaborales que concedía la Junta de Andalucía.

Con anterioridad al año 2000 esas ayudas se presupuestaban como subvenciones y a partir de ese año se cambió el criterio y se comenzaron a utilizar las llamadas "transferencias de financiación" mediante las que se transfería a una empresa pública (IFA/IDEA) el total de las cantidades que iban a pagarse en cada ejercicio por ese concepto.

En la sentencia impugnada se afirma que las transferencias de financiación son uno de los instrumentos de financiación de los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y tienen como finalidad financiar la actividad de la entidad, tanto de su estructura fija (transferencias de financiación de capital), como de sus gastos de explotación y la financiación de las actuaciones que, conforme a su normativa orgánica o por atribución como ente instrumental tengan que desarrollar (transferencias de financiación de explotación).

Se añade que la concesión de las ayudas se retuvo en la Consejería de Empleo (Convenio Marco de julio de 2001 y posteriores convenios particulares y resoluciones) y que no se hizo delegación de competencias, encomendándose a IFA/IDEA únicamente la materialización de los pagos, por lo que éstos no podían considerarse pagos de los gastos de explotación o pagos por actuaciones propias del ente instrumental. Eran meras operaciones de tesorería.

Señala la sentencia que esta conclusión se deduce de la regulación establecida en 23 leyes, 2 decretos, 16 órdenes de la Consejería de Hacienda y 4 Instrucciones (Dirección General de Presupuestos e Intervención General de la Junta de Andalucía).

7. Argumentos impugnativos

En varios recursos se ha cuestionado la interpretación que la sentencia de instancia hace de la naturaleza jurídica y efectos de esta figura presupuestaria y vamos a resumir las objeciones formuladas al respecto.⁵

(i) Cuando se iniciaron los hechos no existía la categoría de transferencias de financiación sino la de subvenciones de explotación y capital (artículo 19 de la Ley 16/1999, del Presupuesto para el año 2000), regulación que se reiteró en la Ley 1/2000, de 27 de diciembre y no es hasta la ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Presupuestos para el año 2002 cuando aparece la nueva nomenclatura, por lo que con anterioridad a esta última ley el instrumento presupuestario no fue el de la "transferencia de financiación".

Se argumenta que en ninguna de las leyes de presupuestos ni en las leyes de acompañamiento se dispone que las transferencias de financiación sólo puedan destinarse a la cobertura de pérdidas de la entidad perceptora. Tampoco las órdenes dictadas para regular la elaboración de los presupuestos (Orden de 22 de mayo de 1998 y Orden de 4 de junio de 2003) determinan que la única finalidad legal de las transferencias de financiación sea la de cubrir pérdidas. Igualmente, ni el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003) ni el artículo 1 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que

5Recurso de doña Emilia, motivos 1º, 2º, 3º y 4º; Recurso de doña Marcelina, motivo 7º

se aprueba el Reglamento de concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía, nada definen sobre las transferencias de financiación.

De otro lado, el Plan General de Contabilidad Pública de la Administración de la Junta de Andalucía y el Plan General de Contabilidad aplicable a las sociedades mercantiles y entidades de derecho público aprobado por Resolución de la Intervención General de la Junta de Andalucía, no permite afirmar que el único fin de las transferencias de financiación sea la cobertura de pérdidas. Por lo tanto, a partir de 2002 las transferencias de financiación aúnan la naturaleza de instrumento presupuestario y medio de pago, sin que se establezca ningún tipo de exclusividad excluyente respecto a la finalidad que debían tener, y prueba de ello es que en las distintas leyes de presupuestos cohabitan transferencias de financiación de explotación con fines singularizados y no singularizados.

(ii) Frente al tajante criterio de la sentencia impugnada en la interpretación del artículo 18 de Ley 15/2001, de 26 de diciembre, no es cierto que las "transferencias de financiación" sólo pudieran ser utilizadas para financiar la cuenta de explotación de las empresas públicas y para la cobertura de pérdidas.

Ni el tenor literal de la norma ni los restantes criterios interpretativos permiten establecer semejante conclusión. En uno de los recursos se argumenta que "frente a la errada lectura que se efectúa por las acusaciones, ya desde una interpretación literal puede entenderse que el precepto no afirma que el único objeto de las transferencias de financiación sea el de equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias, sino que tendrá tal consideración únicamente ("solo") la parte de la cuantía destinada a ese fin y "solo" en los casos en que se haya usado "para" esa finalidad (esto es, la de financiar el presupuesto de explotación), lo que lleva a concluir que podrán existir otras transferencias de financiación que pueden presupuestarse con otra finalidad".

En ese mismo recurso se sostiene, además, que "una interpretación teleológica del precepto refuerza tal conclusión, en tanto que con el referido precepto en ningún momento se pretendió delimitar conceptualmente el instrumento presupuestario, sino, antes bien, se puede entender que lo pretendido fue sentar una regla funcional a efectos contables y tributarios, dirigida a evitar que los créditos destinados a la actividad propia de las empresas públicas y finalmente no aplicados fueran contabilizados como beneficios y que, además, debieran tributar por el impuesto de sociedades. Es debido a ello por lo que, dentro de las transferencias destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias ("solo" en las empleadas para tal fin) se dispone un límite cuantitativo, y por lo que el eventual excedente debe ser reintegrado a la tesorería de la Comunidad Autónoma".

Se concluye que "desde ese canon teleológico, es perfectamente razonable concluir que el citado precepto no delimita una exclusiva finalidad de la transferencia de financiación -por cuanto viene a establecer que puedan ser usadas para otros fines-, sino que, para las transferencias que sí se destinan a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias, únicamente establece una regla que obliga a reintegrar el montante sobrante, a fin de evitar que en las empresas públicas aparezcan beneficios ficticios con su consiguiente efecto tributario ante la Hacienda Pública estatal".

(iii) Por otro lado, se censura la sentencia porque el tribunal de instancia ha ignorado otras normas coetáneas que obligan desde una interpretación sistemática a una exégesis diferente de la finalidad de las transferencias de financiación.

El citado tribunal ha prescindido, y citamos literalmente, "de la relevancia que para un cabal entendimiento de la transferencia de financiación tiene la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, por la que se regula el Presupuesto de la Comunidad andaluza para el año 2002".

El artículo 19 de dicha Ley, aprobada el mismo día que la Ley 15/2001 -operando esta como Ley de acompañamiento de aquella-, introduce importantes modificaciones en la figura que nos ocupa. De una parte, y como hemos visto, modifica su nomenclatura, pasando de "subvenciones" a transferencias; de otra parte, introduce una modificación presupuestaria específica para las transferencias de financiación -con el indudable fin de dar mayor transparencia y control a su uso. Y, en tercer lugar, regula la transferencia de financiación clarificando el contenido y alcance del instrumento previsto en la Ley 15/2001, entendiéndola como forma de financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía, y previendo también que las entidades puedan recibir financiación a través de otros instrumentos presupuestarios como "encargos de ejecución de actuaciones de competencia de las Consejerías".

Esa regulación, paralela y coexistente con el precepto en el que ha centrado sus argumentos la Sala, obliga a una interpretación conjunta - sistemática- de ambas normas, bien a través de un conflicto de leyes, a resolver con arreglo a los principios generales del derecho, bien mediante una exégesis armonizadora, lo que excluye en todo caso la existencia de una resolución "manifiestamente injusta", tal y como exige el delito tipificado en el artículo 404

del Código Penal. Así se deduce del hecho de que el Parlamento, año tras año, aprobara las distintas Leyes de Presupuestos utilizando las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA para ayudas socio laborales. En las correspondientes partidas presupuestarias se hacía constar como subconcepto "Al IFA en materia de relaciones laborales", lo que permitía conocer sin lugar a duda el destino presupuestario del crédito. Además, las transferencias de financiación se utilizaron para finalidades ajenas a la cobertura de pérdidas y de las ayudas socio-laborales, como lo evidencian las normas presupuestarias de los distintos ejercicios económicos.

(iv) El término transferencia de financiación no aparece en la Ley de Hacienda Pública hasta la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, de Presupuesto para el año 2014, que añadió el art. 58 bis. Las Leyes de Acompañamiento que cita el Tribunal no pretenden fijar una definición de las transferencias de financiación con vocación de permanencia, como afirma el Tribunal, sino determinar su tratamiento contable como se infiere de la pericial presentada por las defensas. La normativa sobre subvenciones, las Órdenes de la Consejería de Hacienda sobre elaboración del presupuesto y las normas e instrucciones contables y las instrucciones de la Intervención o de la Dirección General de Presupuestos, carecen de carácter normativo para determinar la naturaleza y finalidad de los instrumentos presupuestarios o su régimen jurídico.

En consecuencia, no se puede sostener que los textos normativos de las Leyes de Presupuestos, aprobadas en el citado período, dispusieran que la naturaleza, destino y finalidad de las transferencias de financiación fuera únicamente cubrir pérdidas de los entes instrumentales. Por último, la Instrucción 1/2003, de la Intervención General de la Junta de Andalucía y la Instrucción 1/2009, de la Dirección General de Presupuestos, carecen de carácter normativo y no pueden determinar la naturaleza y finalidad de los distintos instrumentos presupuestarios, ni establecer su régimen jurídico.

(v) De admitirse la interpretación del Tribunal sobre el art. 18 de la Ley 15/2001, estaríamos ante un supuesto de conflicto o concurso de leyes que habría de resolverse con arreglo a los principios generales: bien el principio de especialidad (ley especial deroga ley general), o bien el principio de vigencia temporal (ley posterior deroga ley anterior).

Es la tesis defendida por los peritos Marcial y Nicanor que entienden que se produce una suerte de derogación tácita del régimen de las transferencias de financiación previsto en dicho precepto, por aplicación preferente de las sucesivas Leyes de Presupuestos, ya que, en otro caso, la consecuencia sería que las Leyes de Presupuestos del período 2002-2009 habrían de declararse ilegales.

8. Regulación de las transferencias de financiación

8.1 Con anterioridad al año 1999 los instrumentos de financiación de las empresas de la Junta de Andalucía tuvieron la siguiente regulación.

En el artículo 3º de la Ley 7/1997, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1998 se establecía que el IFA, entre otros organismos, recibiría "subvenciones con dotación de capital y explotación", debiéndose señalar que en su artículo 18 se establecían normas especiales para la concesión de subvenciones (distintas de las llamadas subvenciones de explotación), que se regían por la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto de la que se establecían determinadas excepciones.

Las llamadas subvenciones de explotación se financiaban a través de las "transferencias corrientes", según se establece en la Disposición Adicional segunda de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, que disponía lo siguiente:

"Las transferencias corrientes concedidas a las empresas de la Junta de Andalucía para financiar su presupuesto de explotación tendrán la naturaleza de subvención de explotación sólo en la cuantía necesaria para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas. La Consejería de Economía y Hacienda dictará las normas necesarias para articular el procedimiento de reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía de la cuantía no aplicada de las subvenciones de explotación de cada ejercicio".

Por tanto, la Ley permitía la realización de "transferencias corrientes" a las empresas de la Junta de Andalucía y definía el concepto de " subvención de explotación" como aquellas transferencias realizadas para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa destinataria.

La propia administración autonómica publicó la Orden de 22 de mayo de 1998, por la que se dictaban normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1999 (BOJA 04/06/1998), en la que ya se distingue entre transferencias y subvenciones.

En su capítulo IV define las transferencias corrientes como una categoría que incluye dos subcategorías: Las transferencias (en sentido estricto), que serían los créditos destinados a efectuar pagos sin contrapartida directa para la financiación de operaciones genéricas, y las subvenciones, que serían los créditos destinados también a efectuar pagos sin contrapartida directa, pero con un fin concreto o específico. En dicha norma se precisa que el concepto 440 (que fue el utilizado posteriormente para realizar las transferencias de financiación) había de destinarse a las "subvenciones de explotación de las Empresas de la Junta de Andalucía".

Esta distinción tiene sentido si se tiene en cuenta que conforme a lo que ya establecía la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, según la redacción dada por la Ley 7/1996, de 31 de julio, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1996, las subvenciones estaban sujetas a dicha ley, definiendo la subvención en los siguientes términos:

Artículo 103. Se entiende por subvención o ayuda "toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía".

En la citada ley se hacía un completa regulación de las subvenciones: Se disponía que, salvo legislación específica, las subvenciones concedidas por la Comunidad Autónoma en materia de su competencia, se registrarían por el

Capítulo VIII de la Ley General de la Hacienda Pública (ley 5/1983), se definía la competencia para su concesión, las obligaciones del beneficiario, el contenido de las bases reguladoras, las obligaciones de las entidades colaboradoras, la vigencia de los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, respetando, en todo caso, las normas que les afecten del derecho de la Unión Europea, reguladoras de la supresión de barreras comerciales entre los Estados miembros y de la libre competencia entre las empresas, las normas reguladoras de la concesión, la necesaria publicación en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía salvo que por su escasa cuantía y afectar a gran número de beneficiarios se establezcan en las Leyes anuales del Presupuesto, las situaciones que daban origen a la obligación de reintegro y control de los beneficiarios y entidades colaboradoras por la Intervención General de la Junta de Andalucía, con el objeto de comprobar la adecuada y correcta obtención, destino y disfrute de las subvenciones y ayudas.

8.2 Siguiendo la evolución normativa, en las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 1999 y 2000 (Artículo 19 de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, Ley 16/1999, de 28 de diciembre y de la Ley 1/2000, de 27 de diciembre), se disponía:

"Uno. La financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía con cargo a aportaciones de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos podrá realizarse mediante subvenciones de explotación y de capital o mediante encargos de gestión de actuaciones de competencias de las Consejerías u Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía. Dos. Las aportaciones de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos para financiar la gestión de las empresas de la Junta de Andalucía se efectuarán a través de subvenciones de explotación y subvenciones de capital, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía , por el importe consignado en sus presupuestos de explotación y capital, integrantes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en los programas de actuación, inversión y financiación

El abono de las citadas subvenciones se realizará mediante transferencias de financiación, de acuerdo con los créditos consignados en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma y sus modificaciones. La concesión de cualquier otra subvención para financiar actuaciones propias de las empresas se realizará de acuerdo con los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública."

Se distingue otra vez entre subvenciones de explotación y de capital, por un lado, subvenciones, por otro, y encargos de gestión. Esas eran las tres fuentes de financiación de las empresas públicas. En relación con las subvenciones de explotación y capital se precisa que debían coincidir con lo consignado en sus presupuestos de explotación y capital, y en los programas de actuación, inversión y financiación y debían abonarse mediante transferencia de financiación. Cualquier otra subvención habría de regirse por las normas sobre subvenciones.

8.3 Un hito más en esta evolución legislativa lo encontramos en las Leyes de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2002 y 2003 (Ley 14/2001, de 26 de diciembre y Ley 9/2002, de 21 de diciembre). En su artículo 20 disponían lo siguiente:

1. La financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía, con cargo a aportaciones del Presupuesto, podrá realizarse mediante transferencias de financiación, de explotación o de capital, mediante subvenciones regladas o excepcionales o a través de encargos de ejecución de actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía. 4. La concesión de subvenciones regladas o excepcionales a favor de las entidades a las que se refiere este artículo se realizará de acuerdo con los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Estas leyes contenían normas especiales sobre las subvenciones y, entre ellas, se disponía (artículo 18) para el supuesto de gestión por entidades colaboradoras:

"Las normas reguladoras, y en su caso los convenios que se suscriban con entidades colaboradoras, para que por éstas se lleve a cabo la entrega y distribución de los fondos a los beneficiarios de subvenciones, deberán

prever que los expedientes de gasto de las subvenciones concedidas a los beneficiarios sean sometidos a fiscalización previa. La función interventora a que se refiere el apartado anterior podrá ejercerse aplicando técnicas de muestreo, mediante el procedimiento que determine al efecto la Intervención General".

En estas leyes se precisa de forma aún más terminante que las transferencias de financiación pueden ser de explotación o de capital, distinguiéndolas de las subvenciones "regladas o excepcionales", cuyo régimen jurídico estaba regulado con todo detalle, según hemos señalado antes, en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, en el caso de distribución de fondos a través de entidades colaboradoras se disponía que los expedientes de gasto habrían de ser sometidos a fiscalización previa, al igual que ocurría con el resto de subvenciones.

Y es en la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, donde se establece la finalidad a que deben destinarse las transferencias de financiación, al disponer lo siguiente:

Artículo 18. Transferencias a las empresas de la Junta de Andalucía y a las fundaciones a que se refiere el artículo 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía . 1. Las cantidades percibidas por las empresas de la Junta de Andalucía y, en su caso, por las fundaciones a que se refiere el artículo 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía con cargo

al Presupuesto de la Comunidad Autónoma para financiar su presupuesto de explotación, tendrán la naturaleza de transferencia de financiación sólo en la cuantía necesaria para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores. 2. Las transferencias de capital deberán aplicarse en el ejercicio en el que fueron concedidas o en el inmediato siguiente, reintegrándose el sobrante a la Tesorería de la Junta de Andalucía. 3. La Consejería de Economía y Hacienda dictará las normas necesarias para articular el procedimiento de reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía del importe de las transferencias no aplicadas.

Se especifica que, de las cantidades percibidas para financiar el presupuesto de explotación de una empresa, sólo tendrán la naturaleza de transferencias de financiación las destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias en el ejercicio en que se otorguen o para enjugar pérdidas en ejercicios anteriores y se disponía la obligación de la Consejería de Hacienda de dictar las normas necesarias para que las cantidades no aplicadas a esa concreta finalidad fueran reintegradas.

Sobre esto último, se aprobó la Instrucción conjunta 2/2002, de 21 de marzo, de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General, en desarrollo del citado artículo 18 regulando el procedimiento de reintegro de las transferencias de financiación que no hubieren sido aplicadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron concedidas o de ejercicios anteriores.

En ese mismo sentido el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, precisó que aún más que ha de entenderse por subvenciones de explotación y capital las transferencias de financiación era el instrumento presupuestario de abono de las subvenciones de explotación o de capital. Dispone lo siguiente:

Artículo 1.1. El presente Reglamento tiene por objeto el desarrollo reglamentario de los procedimientos de concesión de las subvenciones y ayudas públicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía , así como del régimen de abono, justificación, control, reintegro y régimen sancionador de dichas subvenciones y ayudas públicas. 2. Quedan excluidas de este Reglamento: a) Las subvenciones de explotación y de capital realizadas a favor de Organismos Autónomos, empresas de la Junta de Andalucía o Universidades. Tendrán la consideración de subvenciones de explotación o de capital las que se abonen mediante transferencia de financiación y tengan como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades.

Por lo tanto, ya en 2001 se establecía una clara distinción entre las subvenciones de explotación y capital, dirigidas a la financiación de las actividades propias de la empresa pública (actividad no singularizada), que habían de realizarse mediante las transferencias de financiación y las subvenciones, que eran desplazamientos patrimoniales gratuitos, dirigidos a la consecución de un fin, actividad o proyecto concreto, y que estaban sujetos a la normativa de las subvenciones, especialmente exigente en su concesión y en su control.

Y esa distinción también se hacía también a nivel estatal. Sirva como referencia la norma de reconocimiento y valoración 18ª del Plan General de Contabilidad Pública, aprobada por la Orden EHA 1037/2010, de 13 de abril, que recogió las definiciones establecidas en los "Principios Contables Públicos", elaborados por la Comisión de Principios y Normas Contables Públicas del Ministerio de Hacienda, constituida en 1991 y en la que participaban las Comunidades Autónomas y la Intervención General de la Administración del Estado. En el Plan General se incluyen las siguientes definiciones:

"Las transferencias tienen por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las administraciones públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, y viceversa, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los beneficiarios, destinándose a financiar operaciones o actividades no singularizadas. Las subvenciones tienen por objeto una entrega dineraria o en especie entre los distintos agentes de las administraciones públicas, y de estos a otras entidades públicas o privadas y a particulares, y viceversa, todas ellas sin contrapartida directa por parte de los beneficiarios, destinándose a un fin, propósito, actividad o proyecto específico, con la obligación por parte del beneficiario de cumplir las condiciones y requisitos que se hubieran establecido o, en caso contrario, proceder a su reintegro".

8.4 Resulta de especial relevancia la Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se dictan criterios para la fiscalización de las transferencias de financiación y otros gastos a favor de las empresas públicas y de determinadas fundaciones. Esta norma fija el criterio de la propia administración autonómica. Se señala en su Preámbulo que

"El artículo 20 de la Ley de la Ley 9/2002, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2003 prevé, en la línea de años anteriores, tres figuras básicas de financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía con cargo a aportaciones de la Administración y de sus Organismos Autónomos. Estas tres figuras, que no constituyen un "numerus clausus" del catálogo de posibles aportaciones financieras con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma (vid. el referido artículo 20, en su apartado primero, párrafo segundo), son las transferencias de financiación, las subvenciones y los encargos de ejecución. En relación con las mencionadas fuentes financieras se han detectado, en los informes de control financiero efectuados a empresas públicas, deficiencias y contradicciones entre, por una parte, el expediente administrativo de gasto tramitado por el correspondiente gestor presupuestario y fiscalizado por la Intervención competente y, por otra, la realidad económica y contable de tal expediente en el seno de la empresa afectada. Ello ha provocado problemas,

fundamentalmente, al enjuiciar los criterios de contabilidad privada seguidos por las empresas, así como al aplicar las correspondientes normas sobre reintegros vigentes en materia de transferencias de financiación. Por otra parte, con fecha 30 de septiembre de 2002, la Dirección General de Presupuestos ha dictado las "NORMAS SOBRE CODIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DE LAS TRANSFERENCIAS A EMPRESAS PÚBLICAS". Su objetivo es instrumentar la identificación de las transferencias de financiación a favor de las empresas de la Junta de Andalucía y de determinadas fundaciones mediante una "codificación específica en la clasificación económica de los estados de gastos del Presupuesto" (art. 20.2 Ley 9/2002) y, con ello, facilitar la presupuestación para el ejercicio 2003 de dichas transferencias de financiación. Visto todo lo anterior y con la finalidad de garantizar la correcta tramitación de los diferentes expedientes administrativos de financiación, en sus figuras fundamentales, a favor de las empresas públicas y determinadas fundaciones, así como de fijar las pautas de actuación e interpretación en las labores de control financiero sobre las mismas, se dictan las siguientes instrucciones".

En el apartado 3º de la Primera de las Instrucciones, dedicado a las transferencias de financiación de empresas públicas y de determinadas fundaciones, se dispone lo siguiente:

"3. Régimen jurídico básico de las transferencias de financiación. El régimen jurídico básico de las transferencias de financiación a favor de las empresas públicas de la Junta de Andalucía se encuentra recogido, con carácter indefinido, en el artículo 18 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (téngase también en cuenta la Instrucción Conjunta 2/2002, de 21 de marzo, de la Dirección General de Presupuestos y de esta Intervención General) y, con carácter temporal, en el artículo 17.1 y en el antes mencionado artículo 20 de la Ley del Presupuesto para el año 2003. Deberá tenerse en cuenta, por último, para la fiscalización de los expedientes que instrumenten estas transferencias de financiación, la correspondiente Guía de Fiscalización y Control de este Centro Directivo".

En cuanto a las subvenciones, la Segunda Instrucción señala lo siguiente:

"Las empresas públicas de la Junta de Andalucía, en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública, también podrá ser beneficiarias de subvenciones con cargo a las correspondientes dotaciones del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. A diferencia de la figura de la transferencia de financiación, con la que comparte el carácter de atribución gratuita de fondos públicos, las subvenciones están afectadas a un fin, propósito, actividad o proyecto específico, por lo que la exigencia al beneficiario de la justificación del empleo de los fondos públicos forma parte consustancial de su régimen jurídico y de su propia categoría conceptual. Por tal razón, resulta trascendental para salvaguardar la vigente legalidad en esta materia que, fuera ya del régimen excepcional aplicable a las transferencias de financiación en aquellos supuestos y en las condiciones vistas anteriormente, se cumplan todas las exigencias, tanto sustantivas como procedimentales, propias de los gastos de subvenciones cuando los mismos tengan a las empresas de la Junta de Andalucía como entes beneficiarios".

8.5 El mismo criterio se siguió en la Ley de Presupuestos del año siguiente. En el artículo 22 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004 establece

como instrumentos de financiación de las empresas de la Junta de Andalucía y sus Organismos autónomos claramente diferenciados las transferencias de financiación, de explotación o de capital, por un lado, y las subvenciones, por otro.

En la Ley de Presupuestos del año 2005 se ampliaron y detallaron aún más los instrumentos de financiación de las empresas dependientes de la Junta de Andalucía, si bien se mantuvo la distinción entre transferencias de financiación (de explotación o de capital) y las subvenciones, introduciendo una nueva categoría, las transferencias finalistas. En la Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005, se establece en su artículo 24 que la financiación de las empresas se ha de realizar a través de distintos instrumentos, distinguiendo entre a) Transferencias de financiación, de explotación o de capital; b) Transferencias finalistas y c) Subvenciones. Respecto a la nueva categoría de transferencias finalistas se dispone que

" deberán ir dirigidas a financiar actuaciones contempladas en los programas de actuación, inversión y financiación de las empresas, quedarán fuera del ámbito de aplicación del título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, rigiéndose por la normativa específica que le sea de aplicación a la fuente de financiación de que se trate y por las condiciones fijadas en la resolución administrativa o convenio que las establezca. Supletoriamente, se regirán por las normas reguladoras de las transferencias de financiación, sin que les sea de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo".

En cuanto a las subvenciones se dispone que "se realizará de acuerdo con la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de subvenciones". También se prevé que las empresas podrán gestionar actuaciones competencia de las Consejerías, pero precisa de la formalización de un encargo de ejecución y el importe del encargo deberá ser definido en el proyecto correspondiente o en el presupuesto técnico de actuación.

Lo mismo se dispone en el artículo 24 de la Ley 16/2005, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006, en el artículo 25 de la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, relativa al Presupuesto de 2007 y en el artículo 25 de la Ley 24/2007, referente al Presupuesto de 2008.

9. Resolución de las impugnaciones

9.1 El detallado repaso de las normas aplicables permite concluir que las transferencias de financiación eran el instrumento presupuestario para equilibrar la cuenta de explotación de las empresas dependientes de la Junta de Andalucía del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, conforme a lo dispuesto expresamente en el artículo 18 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, antes citada.

(i) Esta conclusión, que es la que se establece en la sentencia de instancia, es conforme con la literalidad del precepto citado en el que, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el adverbio de modo "sólo" indica que en el concepto no cabe incluir otra cosa además de la que se expresa, de suerte que resultaba imperativo que las transferencias de financiación hubieran de utilizarse para equilibrar la cuenta de explotación y no para otras finalidades distintas.

Ninguna evidencia existe que la norma comentada tuviera como finalidad establecer una regla funcional a efectos contables y tributarios, dirigida a evitar que los créditos destinados a la actividad propia de las empresas públicas y finalmente no aplicados fueran contabilizados como beneficios y que, además, debieran tributar por el impuesto de sociedades.

Y ello porque tanto desde una interpretación finalista como sistemática resulta incuestionable que, en atención a la normativa examinada, siempre ha existido una diferencia nítida entre las transferencias realizadas a un ente público para equilibrar su cuenta de explotación o para dotaciones de capital, de las subvenciones.

(ii) Esa dualidad ya aparece en las leyes 7/1997, de 23 de diciembre (Presupuestos) y en la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, (ley de acompañamiento) en la que se distingue entre las transferencias corrientes destinadas a la cobertura de las subvenciones de explotación en la cuantía necesaria para cubrir pérdidas y ganancias, de las restantes subvenciones, que habrían de regirse por la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con las singularidades establecidas en la propia Ley 7/1997.

Esa misma distinción se proclama en las leyes presupuestarias de 1999, 2000 y 2001, vinculando las transferencias de financiación con las subvenciones de explotación y capital, con clara diferenciación respecto de las restantes subvenciones, con una regulación específica en la Ley General de la Hacienda Pública antes citada.

Y con estos precedentes llegamos a la Ley 14/2001 (Presupuestos del ejercicio 2002) y su ley de acompañamiento (Ley 15/2001) en cuyo artículo 18 se define con toda precisión la finalidad de las transferencias de financiación, de explotación o de capital, distinguiendo éstas de las subvenciones regladas o excepcionales y de los encargos de actuación, que son las tres formas de financiación de las empresas públicas previstas en aquel momento. Y en igual dirección el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre (Reglamento de Subvenciones) que distingue entre las llamadas subvenciones de explotación y capital, respecto de las que ya se indica que son aquellas que se abonan mediante transferencia de financiación, de cualquier otra subvención para financiar la actividad propia de las empresas, que habría de realizarse de acuerdo con los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública.

Por lo tanto, el artículo 18 de la Ley 15/2001 no hace sino precisar el concepto de transferencia de financiación que, de acuerdo con los precedentes ya existentes, se vincula con las subvenciones de explotación que, en definitiva, son las que tienen por objeto equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa pública.

(iii) Además ese concepto se define también por su contraposición con la categoría de "subvención", entendida en los términos del artículo 103 de la Ley General de la Hacienda Pública y, posteriormente en el artículo 38 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, así como en los Decretos que la han desarrollado (Decreto 254/2001, de 20 de noviembre y 282/2010, de 4 de mayo).

La subvención tiene una caracterización legal muy definida que origina su sujeción a estrictos condicionantes en su concesión y control. La subvención es una disposición gratuita de fondos públicos para cubrir una concreta finalidad de interés público y es lógico que la administración concedente venga obligada a cumplir unas exigencias (petición del interesado, fijación de las normas reguladoras), esté obligada a respetar una serie de principios como los de publicidad, libre concurrencia y objetividad (salvo excepciones) y esté sujeta a unos procedimientos de control previo y de control posterior, posibilitando la acción de reintegro, caso de que por el beneficiario no se cumplan las exigencias impuestas legalmente.

En cambio, las transferencias o subvenciones de explotación o capital tienen como objeto cubrir las necesidades de explotación o capital de una empresa pública. Es la propia empresa la beneficiaria y es lógico que la justificación de ese flujo de capital esté sujeto a menores condicionantes, ya que, en definitiva, se trata de cubrir el presupuesto de una entidad de la propia Junta de Andalucía. Por esa razón, el control de su gestión económica es posterior a través del llamado "control financiero" que se lleva a cabo mediante técnicas de auditoría (artículo 85 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, y artículo 93 y concordantes 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).

(iv) Por ese motivo, y frente a lo que se indica en los recursos, no apreciamos contradicción entre lo dispuesto en la Ley de Presupuestos de 2002 (Ley 14/2001, de 26 de diciembre) y en el artículo 18 de la ley de acompañamiento (Ley 15/2001, de 26 de diciembre). En la Ley de Presupuestos se definen los instrumentos de financiación, se establece la codificación específica de las transferencias de financiación y las reglas para las modificaciones de las partidas de gastos, incluyendo las citadas transferencias y en el artículo 18 de la Ley 15/2001 se establece la finalidad de las transferencias, en coherencia con lo que se venía disponiendo con anterioridad. Son preceptos complementarios y no excluyentes.

No hay conflicto de normas que deba ser resuelto acudiendo a principios como los de especialidad o vigencia temporal, sino complementariedad. Y tampoco hay una derogación tácita del citado precepto por la aprobación de las distintas leyes de presupuestos. Ya hemos señalado que sus preceptos no son antitéticos sino complementarios. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley 15/2001 estuvo vigente hasta su derogación en la Disposición Derogatoria Primera de la ley 7/2013, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2014, pero esa misma Ley (en su Disposición Final segunda, apartado 8) introdujo en la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía un nuevo artículo 58 bis, destinado a la regulación de las transferencias de financiación que, siguiendo un esquema similar al de las normas precedentes, dispone que están destinadas a financiar la cuenta de explotación, equilibrando su cuenta de pérdidas y ganancias o su capital, en concreto, la adquisición de elementos del inmovilizado.

(v) La conclusión de la sentencia viene avalada por el informe de fiscalización de las subvenciones concedidas por la Consejería de Empleo en el periodo 2001-2010 (Procedimiento principal, anexo 12, tomo I, pdf. 197-291).

La sentencia recoge en lo necesario su contenido, pero resulta oportuno destacar de nuevo dicho informe por su indudable autoridad y competencia, dado que fue realizado por la Cámara de Cuentas de Andalucía, institución que por Ley 1/1988, de 17 de marzo, tiene encomendada la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable de los fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El informe precisa en su parágrafo 24 lo siguiente:

El régimen jurídico aplicable a las subvenciones y ayudas públicas en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, durante el periodo de fiscalización, ha estado delimitado por las siguientes normas:

- Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública - Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico. - Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. - Real Decreto 887/2006, de 21 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. - Real Decreto 282/2010, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía. - Las leyes de Presupuestos y las Leyes de Acompañamiento

Y en su parágrafo 67 declara lo siguiente:

En las sucesivas leyes de presupuestos de la CAA, antes reseñadas, se ha utilizado de forma inadecuada la figura de las transferencias de financiación con las siguientes consecuencias: - En el proceso de elaboración de los presupuestos de la Consejería y de modificación de los mismos, se ha realizado una clasificación económica de los créditos inadecuada, consignando como "transferencias de financiación" del programa 31 L lo que en realidad

eran créditos destinados a subvenciones que se iban a conceder por la Consejería. - En el proceso de ejecución presupuestaria se han tramitado como transferencias de financiación expedientes de gastos de subvenciones excepcionales, obviando el procedimiento administrativo legalmente para gastos de esta naturaleza.

- Concretamente, en su otorgamiento y materialización de han vulnerado los artículos 18.1 y 18.2 de la Ley 15/2001 el Título VIII de LGHPCAA y la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

Por otra parte, ya hay pronunciamientos en esa misma dirección del Tribunal de Cuentas, como las sentencias 14/2017, de 1 de diciembre, 15/2017, de 11 de diciembre y 17/2017, de 29 de diciembre, recaídas en procedimientos de reintegro por alcance.

Así, el Tribunal de Cuentas, en su sentencia 14/2017, Departamento segundo, de 012/2017, para resolver la acción de reintegro por alcance nº B- 225/15-37, declaró lo siguiente (FJ 6º):

"Don Amadeo en cuanto que fue él quien ordenó el pago de esta ayuda es responsable contable directo del mismo ya que con su actuación dio lugar a ese menoscabo para los caudales públicos. Fue él quien firmó con IDEA el convenio de colaboración para que ésta gestionase el pago de la ayuda, transfiriendo a esta entidad los fondos del programa 31L "Administración de relaciones laborales" que en realidad estaban destinados a subvenciones y que estaban sujetos al control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía, eludiendo de esta manera el referido control. El financiar la actuación mediante transferencias de financiación corrientes, aplicación 440.51, cuyo fin no era pagar subvenciones, supuso una vulneración de lo dispuesto en las normas presupuestarias y contables. Dicho convenio en el que se acordaba la salida dineraria no estaba sustentado ni en petición alguna de concesión de la ayuda, ni en la existencia de acuerdo expreso para su concesión, ni en la aportación de documentación justificativa de la finalidad o utilidad pública a la que se destinaba".

También el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la ya citada sentencia de 23/04/2014 (recurso 658/2012), en un procedimiento de ayudas pagadas por IDEA se pronunció sobre la irregularidad del procedimiento seguido:

El ejercicio de esta acción obligaba al tribunal a pronunciarse sobre la regularidad de la ayuda y del procedimiento de transferencia del dinero a IFA/IDEA y tal fin el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía declaró lo siguiente: "La Sala anticipa una respuesta negativa. Como hemos puesto de manifiesto en el fundamento de derecho tercero, del propio expediente, resulta que no existe procedimiento alguno de otorgamiento de ayuda socio laboral, ni siquiera se ha dictado acto administrativo alguno de otorgamiento de la ayuda. No existe ni se ha otorgado ayuda alguna ni al recurrente ni a la Asociación de extrabajadores, sino que lo único que se ha acreditado es la entrega totalmente irregular, y sin sustento legal alguno, por parte de la Junta de Andalucía y de IDEA de dinero público para pagar las primas en relación a las pólizas de seguros cuyos tomadores eran particulares o en este caso una Asociación de extrabajadores. En efecto, el Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social e IDEA, señala como objetivo la materialización singular de las ayudas sociales a la Asociación de extrabajadores de TIOXIDE EUROPE DE 14 DE ABRIL y que corresponden a 6 trabajadores, pero no implica el otorgamiento o reconocimiento de subvención alguna. Igualmente, consta, la encomienda de materialización singular de las ayudas sociales, sin que se identifiquen las ayudas otorgadas que se iban a materializar con dicho convenio, que supone el pago por vía indirecta por parte de la Dirección General de las cantidades, debido a que transfiere el dinero a IDEA con cargo a la partida 01.13.00.01.00.440.51.031L, para que éste realice el pago a la aseguradora. No se encuentra explicación alguna, en las resoluciones impugnadas ni en el expediente administrativo, de las razones de efectuar los pagos de forma indirecta, careciendo de todo sentido, salvo que se estuviera intentando eludir los controles administrativos a los pagos realizándolos a través de un ente instrumental. Ante la inexistencia de un procedimiento previo válido carece de todo fundamento la afirmación efectuada por el Letrado de la Junta de Andalucía, de la validez de las ayudas, toda vez que ha quedado acreditado no sólo la total ausencia de procedimiento de otorgamiento de ayuda, lo que determinaría la nulidad de la misma, sino la propia existencia de resolución de otorgamiento, no siendo posible presumir válido y eficaz un acto que no existe.

Igualmente, carecen de todo fundamento las resoluciones impugnadas, que por razones que se ignoran, se apoyan en la concesión de subvenciones que nunca han sido otorgadas. Debemos repetir, que lo único que existe son pagos de primas realizados sin justificación por la Administración Autonómica, y sorprende que las resoluciones traten de ocultar dicha realidad, tratando de dar una apariencia de legalidad a los pagos sin causa, en lugar de procurar la íntegra recuperación de las cantidades indebidamente pagadas, porque a la Sala solo le consta que se ha procedido contra dos de los seis integrantes de la Asociación tomadora del seguro, contra la que se debió dirigir al ser la que percibió el dinero para abono de las primas".

9.2 Por último y a modo de conclusión resulta obligado hacer las siguientes consideraciones:

Aun cuando los instrumentos de financiación de las empresa públicas de la Junta de Andalucía podían ser variados (transferencias de financiación, transferencias con asignación nominativa con fondos de UE u otras transferencias finalistas, subvenciones, encomiendas de gestión, realización de obras o servicios como medio propio de la administración, ejecución de contratos adjudicados, ingresos por otros medios- Vid artículo 25m Ley 11/2006,

de 27 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2007), en lo que se refiere a este caso debe distinguirse entre cuatro categorías: Las transferencias de financiación, las subvenciones, las transferencias finalistas y los encargos de ejecución.

(i) Las transferencias de financiación, antes llamadas subvenciones de explotación o capital, eran y siguen siendo entregas dinerarias sin contrapartida directa por parte de la entidad beneficiaria, destinadas a financiar, de forma genérica, la actividad propia de aquella, bien para equilibrar su cuenta de resultados, bien para financiar su estructura básica.

Sólo para este tipo de subvenciones o ayudas el instrumento financiero adecuado eran las transferencias de financiación y en este caso el uso de dicho

instrumento fue inadecuado porque se utilizó, no para financiar la actividad propia del IFA, sino para el pago de unas ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. Como señala la sentencia era una simple operación de tesorería.

(ii) Cualquier otra subvención para financiar actividades propias de la empresa pública había de regirse por los procedimientos regulados en el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública, en el que se establece la normativa básica para la concesión de subvenciones, de la que destacamos los caracteres más relevantes:

- Por subvención se entiende toda disposición gratuita en favor de entidades públicas y privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público - art 103-;

- Se atribuye a competencia a los titulares de las Consejerías o presidentes o directores de organismos autónomos - art.104-;

- Se establecen importantes obligaciones a cargo de los beneficiarios - art. 105-;

- Es obligatorio el establecimiento de unas bases reguladoras y se establecen obligaciones a cargo de las entidades colaboradoras, disponiéndose que las bases habrán de ser sometidas a informe previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía -art. 106-;

- En este tipo de subvenciones rigen los principios publicidad, libre concurrencia y objetividad en su concesión -art 107-.

En el presente caso los pagos efectuados no eran subvenciones concedidas para financiar una actividad propia del IFA/IDEA, según acabamos de argumentar.

(iii) A partir de 2005 se reconocen como nuevo instrumento de financiación las llamadas "subvenciones finalistas", que habían de ir dirigidas a financiar actuaciones contempladas en los programas de actuación, inversión y financiación de las empresas, quedando fuera de la regulación de subvenciones.

Este tipo de subvenciones precisaba de una normativa específica que en el presente caso no existía por lo que tampoco las ayudas concedidas pueden incluirse en esta categoría.

Al igual que en el caso anterior, tampoco las ayudas concedidas eran subvenciones que tuvieran por finalidad financiar las actuaciones propias de la empresa pública.

(iv) Por último, están los llamados "encargos de gestión" y las "encomiendas de gestión" de actuaciones de competencias de las Consejerías u Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía.

Se trata de una técnica de gestión por la que un órgano administrativo en encarga a otro órgano o entidad de derecho público la realización de actividades de su a cambio de una retribución por el servicio prestado.

Como señala la Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, los encargos de ejecución tenían su reconocimiento en el artículo 19 de la Ley 1/2000, de Presupuestos de Andalucía para 2001, que contenía el catálogo de las fuentes de financiación de las empresas públicas, reproducido con similar contenido, tanto en la anterior Ley de Presupuestos para 2000, como en las posteriores leyes para los años 2002 y siguientes. Las encomiendas de gestión tenían su fuente normativa en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, señala que los encargos de ejecución, de naturaleza similar a las encomiendas de gestión, pero con regulación propia, se diferencian de las transferencias de financiación, afirmando: " Para identificar esta figura, es necesario distinguirla de otras con las que podría guardar alguna semejanza. Así, de las transferencias de financiación y de las subvenciones la separa su carácter de operación jurídica de carácter oneroso (no gratuito) y, por tanto, el sometimiento de las obligaciones de pago que de ella se deriven al principio de "servicio hecho", plasmado en el artículo 25.3 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía , precepto éste que contempla, precisamente, un régimen excepcional de pago anticipado (máximo 10% de la primera anualidad) para los supuestos de encargos de ejecución a favor de empresas públicas."

Por ello, al referirse al régimen presupuestario aplicable a los mismos, establece que:

"Si se tiene en cuenta que los encargos de ejecución responden a operaciones con contrapartida económica para la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, los gastos que deriven de tales figuras deberán imputarse, con carácter general, a los correspondientes créditos de los Capítulos II y VI de las diferentes secciones presupuestarias", correspondiendo el Capítulo II, a compra de bienes corrientes y servicios, y

el capítulo VI a inversiones reales. En definitiva, los encargos de ejecución no pueden ser aplicados al concepto presupuestario de transferencia de financiación, que está incluido en el Capítulo IV "Transferencias y Subvenciones", sino a los créditos del Capítulo II y VI, que en cada caso correspondan".

En todo caso los encargos de ejecución o las también llamadas "encomiendas de gestión", a las que se alude en algún recurso y que tenían su regulación en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, consistían en encargos para la relación de actuaciones materiales o de ejecución retribuidas. Los pagos que se hicieran

en el ámbito de ese encargo por cuenta del órgano que encargaba la gestión en ningún caso eran gastos de explotación de la empresa prestadora del servicio y no podían incluirse en su contabilidad como gastos de explotación ni podían figurar como ingresos propios a través de transferencias de financiación. Así lo dispone expresamente

(v) En conclusión, para el pago de las ayudas se utilizaron las "transferencias de financiación" y la incorrección de ese instrumento financiero resulta patente.

Con las partidas aprobadas no se daba cobertura financiera a los gastos de explotación del IFA/IDEA dado que el simple pago de las ayudas sociolaborales era una gestión ajena a su propia actividad y porque dicho pago no iba dirigido a equilibrar su cuenta de pérdidas o ganancias ni a financiar su estructura básica, Con esas partidas tampoco se pretendía subvencionar actuaciones contempladas en los programas de actuación, inversión y financiación de las empresas, ya que lo que se financiaba era la concesión de subvenciones por parte de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y, por último, tampoco se financiaba un encargo de gestión retribuido, ya que la simple gestión de pago no era una actividad que precisara de encargo y que no pudiera llevar a cabo la propia Dirección General.

Como señala la STSJ de Andalucía de 23/04/2014 antes citada:

"la encomienda de materialización singular de las ayudas sociales, sin que se identifiquen las ayudas otorgadas que se iban a materializar con dicho convenio, que supone el pago por vía indirecta por parte de la Dirección General de las cantidades, debido a que transfiere el dinero a IDEA con cargo a la partida 01.13.00.01.00.440.51.031L, para que éste realice el pago a la aseguradora. No se encuentra explicación alguna, en las resoluciones impugnadas ni en el expediente administrativo, de las razones de efectuar los pagos de forma indirecta, careciendo de todo sentido, salvo que se estuviera intentando eludir los controles administrativos a los pagos realizándolos a través de un ente instrumental".

(vi) Las normas que a lo largo del tiempo han regulado las transferencias de financiación han tenido un contenido similar. Las transferencias de financiación siempre han tenido como única finalidad la cobertura de los gastos de explotación de las empresas públicas o de sus necesidades de capital y por esa razón el uso de esas transferencias para el pago de las ayudas es manifiestamente ilegal por innecesario y porque encubría una finalidad también ilícita, eludir la aplicación de la normativa de subvenciones.

Y decimos esto porque las distintas leyes que han ido regulando las transferencias de financiación han ido precisando el concepto cada vez con mayor claridad, pero siempre en la misma dirección. Así, como colofón de esta evolución normativa se encuentra el actual artículo 58 bis 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. Esa norma culmina por ahora la regulación de esta materia conforme lo que venimos afirmando.

Define las transferencias de financiación en los siguientes términos:

1. A los efectos de esta Ley, se entienden por transferencias de financiación las entregas dinerarias sin contrapartida directa por parte de la entidad beneficiaria, destinadas a financiar, de forma genérica, la actividad propia de aquella. Su destino no podrá ser objeto de concreción o singularización por el órgano que aprueba la transferencia. Podrán ser de explotación o corrientes y de capital. Las transferencias de financiación de explotación deberán destinarse por la entidad beneficiaria a financiar su presupuesto de explotación y aplicarse para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio. Una vez equilibrada dicha cuenta, podrán destinarse a compensar pérdidas de ejercicios anteriores. Será objeto de reintegro, en su caso, el excedente resultante a la Tesorería de la Junta de Andalucía.

Las transferencias de financiación de capital deberán destinarse por la entidad a financiar la adquisición de elementos del inmovilizado que se incorporen a su estructura fija, debiendo estos figurar al final del ejercicio en que se concedieran en las cuentas de la entidad correspondientes al inmovilizado o inmovilizado en curso... Los importes no aplicados con estas reglas serán objeto de reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía".

En cuanto a la posible inclusión dentro de esta categoría de los encargos de ejecución se dispone lo siguiente:

3. No podrán ser consideradas como actividades propias de las entidades beneficiarias, y por tanto, en ningún caso podrán financiarse con transferencias de financiación, las siguientes actuaciones: a) Las líneas de

ayudas o subvenciones en las que la entidad perceptora no cuente con competencia propia reconocida normativamente y, por tanto, actúe por delegación, encomienda u otras formas de intermediación.

En consecuencia, se desestimarán todos los motivos por infracción de ley en los que se ha cuestionado la finalidad reconocida en sentencia de las transferencias de financiación.

V CONTROL DE LAS TRANSFERENCIAS DE FINANCIACIÓN Y DE LAS AYUDAS SOCIOLABORALES

En este apartado de la sentencia procedemos a dar respuesta a un nutrido grupo de argumentos impugnativos en los que se cuestiona que pueda existir vinculación causal entre el criterio de presupuestación utilizado y la ejecución del gasto.

En síntesis, se argumenta que el uso de las transferencias de financiación no fue determinante para que no se efectuara el control previo de las ayudas sociolaborales por la Intervención de la Junta de Andalucía por lo que, aun en el caso de que es estimara que el criterio de presupuestación fuera incorrecto, quienes intervinieron en su adopción y mantenimiento no pudieron cometer delito alguno.

10. Posición del tribunal de enjuiciamiento

Los hechos probados de la sentencia impugnada declaran de forma reiterada que el cambio del criterio de presupuestación tuvo por finalidad que el Director General de Trabajo pudiera disponer de las cantidades presupuestadas sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno. Esa afirmación se repite en el juicio histórico al referir las aprobaciones de las distintas modificaciones presupuestarias y al describir la elaboración y aprobación de los proyectos de Ley de Presupuestos de las distintas anualidades.

El proceso seguido a tal fin se describe en el hecho probado 4º, al referirse a las modificaciones presupuestarias aprobadas en los ejercicios 2000 y 2001. Dice el hecho probado:

"Como resultado buscado de los cambios operados en la gestión presupuestaria del programa 22E, que han sido descritos, las denominadas ayudas sociolaborales para el pago de primas de pólizas de rentas para extrabajadores de empresas en crisis, y las ayudas a empresas en crisis, soslayaron la preceptiva fiscalización crítica o previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo. La cual se limitó a fiscalizar el montante global de las transferencias de financiación, que en ningún caso se refería a los expedientes de gastos de la tramitación singular de las ayudas, los cuales, realmente y como se expondrá, no llegaron a existir como tales. Por otra parte, el Control financiero del IFA, realizado sólo a través de técnicas de auditoría, abarcaba la función encomendada a éste, el mero pago de lo ordenado por la Consejería, ya que, formalmente, la documentación justificativa de la ayuda constaba en la Dirección General de Trabajo, y no se trataba de ayudas otorgadas por el IFA".

"En resumen, a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo. (Hecho probado 4º, páginas 48 y 49 de la sentencia)".

Similar afirmación se hace respecto de la aprobación del proyecto de presupuesto de 2002 del que se declara que se realizó "con la finalidad ya reseñada, con conocimiento de los incumplimientos ya descritos y conciencia de las consecuencias que se derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo para allegar fondos al IFA".

En el proyecto de presupuestos de 2003 se alude a esta cuestión con la expresión "con la finalidad ya reseñada" y respecto al proyecto de ley del año siguiente se declara que "conforme a lo expuesto, en el ejercicio presupuestario 2004 se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, para que éste pudiera disponer de la misma sin sujeción a la fiscalización de Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales".

Por último, para simplificar la redacción, expresando la misma idea en el relato fáctico se utilizan locuciones como "no modificaron el proceder de los ejercicios anteriores", o "como resultado del mismo proceder" y similares para referirse a las modificaciones presupuestarias y proyectos de ley de presupuestos de los ejercicios posteriores.

Como ya hemos anticipado, algunos de los recursos han cuestionado el criterio seguido por el tribunal de instancia y a través de sus alegaciones sostienen que las resoluciones dictadas en los procesos de presupuestación carecen de eficacia determinante y causal respecto de la ilegal distribución de los fondos públicos por lo que son atípicas, tanto en relación con el delito de prevaricación como con el delito de malversación de caudales públicos.

Los recursos que más a fondo han planteado esta queja son el de doña Emilia (motivos 2º, 3º y 4º) el de don Mariano (motivo 11º) y el de doña Marcelina (motivo 5º), por lo que en nuestra exposición seguiremos, en lo sustancial, la exposición de estos motivos.

11. La aprobación parlamentaria: Relevancia en la calificación jurídico- penal de los hechos

11.1 Uno de los argumentos utilizados para afirmar la plena legalidad del criterio de presupuestación utilizado (transferencias de financiación) es que el Parlamento andaluz, año tras año, aprobó los proyectos de ley presupuestos que incluían las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales, por lo que la aprobación parlamentaria de las leyes correspondientes imposibilita calificar como ilegales los proyectos elaborados por el Gobierno.

Se dice que en la correspondiente partida presupuestaria, junto con el importe de la partida, se incluía la mención del destino de los fondos con la expresión "transferencia al IFA en materia de relaciones laborales", concretándose aún más ese destino en otros documentos conocidos por el Parlamento, en las fichas presupuestarias, en las memorias y en los informes económico-financieros.

También se afirma que es insostenible la tesis de que el Parlamento no autorizó el pago de las ayudas sociolaborales mediante las transferencias de financiación ya que las leyes de presupuestos aprobaron lo mismo que estaba proyectado. Por tanto, no puede sostenerse la ilegalidad del proyecto de ley, una vez que ha sido aprobado por el Parlamento, y tampoco es admisible ni un supuesto engaño al Parlamento, ni que se ocultara información para que éste no conociera con exactitud del destino de los créditos presupuestarios. Se dice que la sentencia impugnada tiene la osadía de atribuir un error al Parlamento sin base probatoria alguna.

11.2 Algunos de estos argumentos son de índole probatoria por lo que no pueden ser invocados para afirmar la existencia de un error iuris, ya que, como venimos diciendo, los motivos de casación articulados al amparo del artículo 849.1 de la LECrim deben tener como punto de partida inexcusable el relato de hechos probados y no pueden incluir alegaciones vinculadas con la valoración de la prueba. Sin embargo, dada su estrecha relación con el problema central que suscita este motivo casacional, daremos una respuesta íntegra a la queja formulada.

No ofrece duda que el Parlamento aprobó los proyectos de ley de presupuestos y las distintas modificaciones presupuestarias, pero en esa aprobación se dieron tres circunstancias de singular relevancia:

(i) El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que tiene obligación de velar por el cumplimiento de la legalidad presupuestaria, no lo hizo y remitió al Parlamento proyectos de ley de presupuestos o aprobó modificaciones presupuestarias estableciendo un criterio de presupuestación ilegal, en concreto, el uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones excepcionales.

(ii) Para la aprobación parlamentaria de los proyectos de ley se remitió al órgano legislativo una documentación escasa y confusa, de forma que el Parlamento no tuvo conocimiento del destino final de las partidas aprobadas.

(iii) Se habilitaron unos créditos presupuestarios al IFA/IDEA sin que se determinara en la aprobación la forma de ejecución del gasto.

Como consecuencia de estos tres factores concurrentes, si bien el Parlamento aprobó las partidas presupuestarias aludidas en el relato fáctico durante los años 2002 a 2009, también lo es que no puede afirmarse que modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones.

La sentencia se refiere a esta cuestión en su fundamento jurídico décimo, apartado 3º, destacando los hechos a que antes nos hemos referido:

(i) Dice la sentencia impugnada que la absoluta ilegalidad en el procedimiento de concesión de las ayudas o subvenciones sociolaborales tuvo su origen en la ilícita elaboración por el Ejecutivo Autonómico, del anteproyecto y proyecto de presupuesto de la Consejería de Empleo. También en la ilícita elaboración de las modificaciones presupuestarias.

Esos proyectos finalmente aprobados contenían una clasificación económica del gasto contraria a las Órdenes que la propia Consejería de Economía y Hacienda dictaba anualmente.

(ii) En este punto conviene destacar que la elaboración del anteproyecto de ley de presupuesto tiene un contenido esencial y limitado, definido constitucionalmente, que impone la inexcusable obligación de respetar las leyes que sean de aplicación.

Por lo tanto, las clasificaciones presupuestarias no pueden hacerse de modo arbitrario, sino que deben respetar los criterios establecidos legal y reglamentariamente y la ley de presupuesto no pueden modificar la naturaleza de los gastos y la regulación que éstos tengan en otras leyes, salvo que las deroguen expresamente y siempre que tal derogación sea factible (STC 238/2007, de 21 de noviembre).

(iii) La elaboración tanto de la estructura del presupuesto, como de su clasificación económica, está encomendada por el propio Parlamento a la Consejería de Hacienda, en virtud de lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo que en el caso contemplado, permitía suponer, como con razón hace el tribunal de instancia, que las partidas incluidas en el anteproyecto de presupuesto elaborado por la Consejería de Hacienda y en el proyecto de presupuesto aprobado por el Consejo de Gobierno, se adaptaban a la estructura presupuestaria y a la clasificación económica, establecidas legalmente.

(iv) La documentación anexa remitida al Parlamento, acompañando el proyecto de presupuesto, utilizó durante el período 2002 a 2009 una terminología ambigua y equívoca.

Nunca señaló claramente el verdadero sistema de concesión de subvenciones sociolaborales. No indicó qué órgano las concedería, si la Consejería de Empleo o IFA-IDEA. Incluso daba a entender en alguna documentación anexa, que iban a ser otorgadas por IFA-IDEA. Tampoco señaló de forma inequívoca que la función de IFA-IDEA, en base al convenio suscrito con la Consejería de Empleo, quedaba limitada al pago material de las subvenciones.

De esa documentación tampoco podía deducirse que IFA-IDEA incluía en su presupuesto, gastos ficticios que nunca se iban a producir. Ni se deducía tampoco que con las transferencias de financiación la Consejería de Empleo pudiera conceder subvenciones de manera arbitraria, eludiendo su fiscalización por el interventor delegado, o prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Para establecer esa inferencia la sentencia impugnada cita como elemento de prueba la Ponencia de Síntesis de la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las Ayudas Sociolaborales a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo y a empresas en crisis entre 2001 y 2010 (Psep, tomo 37, C.D. Obrante folio 13.542, Informe Comisión Parlamento ERE 2001-2010, punto 184, página 1289 del pdf), cuando afirma: "184. La pretensión de que la información que sobre el Programa 31.L - escasa, confusa y errónea - permitía al Parlamento conocer lo que estaba pasando es insostenible. Difícilmente puede argumentarse que el Parlamento conocía lo que pasaba y que por tanto lo estaba legitimando aunque fuera de manera pasiva. Es evidente que el Parlamento no podía saber nada".

Señala también la sentencia que las distintas enmiendas que se presentaron tampoco evidenciaban el conocimiento de la situación a que estaba dando lugar el criterio de presupuestación utilizado.

Por lo tanto, el Parlamento habilitó unos créditos y los autores, cada uno en su ámbito competencial, adoptaron resoluciones necesarias en el proceso prelegislativo para que se elevaran al Parlamento Andaluz los distintos proyectos de ley de presupuestos o se aprobaran las modificaciones presupuestarias, pero no lo hicieron de una forma neutra, habilitando unos créditos para el pago conforme a ley de las ayudas sociolaborales, sino a sabiendas de que se haría uso de la autorización de forma ilegal.

A tal fin se suministró al Parlamento una documentación de las partidas presupuestarias cuestionadas que el propio órgano legislativo ha calificado de "escasa, confusa y errónea", de forma que, por las circunstancias concretas en que se produjo la tramitación parlamentaria, no puede afirmarse que el Parlamento Andaluz avalara con su aprobación la ilegalidad que incorporaban los distintos proyectos, ni tampoco que la aprobación autorizara al pago de las ayudas sociolaborales sin las presupuestos y controles establecidos en la ley.

El análisis de las fichas presupuestarias de la partida 31L, así como de las distintas Memorias acompañadas a los proyectos de ley de presupuestos, se evidencia que se ofreció al Parlamento una información poco detallada que posibilitó la aprobación de los proyectos de ley, sin objeciones en lo que a estas partidas se refiere.

La sentencia analiza esta cuestión en el fundamento jurídico decimosexto. Después de reseñar el contenido de las fichas presupuestarias de la partida 31L así como de las distintas Memorias acompañadas a los proyectos de ley de presupuestos, establece las siguientes conclusiones:

"9.- Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de Presupuesto anual de la Junta de Andalucía. A) La descripción de los objetivos y actividades contenidos en las fichas del programa 31L, son, como hemos visto, del siguiente tenor: "Transferencias a IFA" "Transferencias a AIDA" "Mantenimiento empleo y tejido productivo andaluz" "Gestión de subvenciones" "Ayudas prejubilaciones y expedientes de regulación de empleo" "Suscripción de convenio" B) Por lo que se refiere a las Memorias de los Informes Económico Financiero, en la descripción de las actividades y objetivos contenidos en las mismas, son, como hemos visto igualmente, del siguiente tenor: Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis. Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas demantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis. Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo. Esta Dirección General instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de pre jubilaciones de... El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos

para nuevas, en su caso, contingencias Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas. Realización de transferencias de al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz. Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de seguridad social El programa presupuestario 3.1.L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, Centro Directivo que tiene atribuida las competencias que corresponden a la Consejería en materia de relaciones laborales, ... Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras Esta Dirección General instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones

Continuar la línea de colaboración con IDEA en aplicación del concierto de ayudas para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor desde el año 2001 En aras del mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, continuará en vigor durante el ejercicio 2003 el Convenio Marco entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001 referido a las ayudas a las empresas para prejubilaciones, expedientes de regulación de empleo y proyectos de viabilidad, con el que se pretende atender a los sectores o empresas en crisis para que se mantenga el mayor volumen de empleo posible Mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz: cobertura de las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e impulso a la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo C) Del examen de descripción de las actividades y objetivos, contenida en la citada documentación, hemos de concluir:

1. Que se utiliza una terminología parca, imprecisa y ambigua, que en ningún momento detalla el verdadero sistema de concesión de subvenciones sociolaborales y a empresas en crisis, utilizado por la Consejería de Empleo, con cargo a la partida de transferencias de financiación. 2. No se evidencian referencias claras acerca de que el Parlamento supuestamente hubiera asignado una "nueva finalidad" a las transferencias de financiación a IFA-IDEA, del programa 31L, como sostienen algunas de las defensas. Máxime, teniendo en cuenta que esa "nueva finalidad" es contraria a la que con carácter exclusivo (la cobertura de pérdidas de una entidad pública) había sido asignada por el Parlamento Andaluz, en numerosas ocasiones, a las transferencias de financiación. De lo contrario, lo lógico hubiera sido que se hubiesen expuesto los motivos del cambio realizado. Por el contrario, lejos de contener una explicación adecuada de dichos cambios, el tenor literal de las expresiones utilizadas en la documentación anexa al Presupuesto, contiene una indeterminación acerca de quién era el órgano concedente de la subvención. No se dice algo tan simple como que era la Consejería de Empleo la que concedía las subvenciones sociolaborales. Norefería que la función de IFA-IDEA, en base al convenio suscrito, quedaba limitada al pago material de las subvenciones.

3. En ningún caso, se especifica cual es la naturaleza del convenio con IFA- IDEA, ni se concreta su contenido o efectos, ni se aporta detalle alguno de las obligaciones asumidas por las partes firmantes, ni del procedimiento a seguir para el cumplimiento de los compromisos derivados "del concierto de ayudas" entre la Consejería de Empleo e IFA-IDEA".

En conclusión, la alegación de que la aprobación parlamentaria elimina toda ilicitud de los proyectos de ley no es admisible porque el Parlamento andaluz con su aprobación habilitó unos créditos presupuestarios, pero ni modificó la naturaleza de las transferencias de financiación ni autorizó la forma en que se ejecutó el gasto. La prevaricación se produjo por la aprobación de las distintas resoluciones dictadas en el proceso prelegislativo que hicieron posible y dieron cobertura formal a que se concedieran las ayudas al margen de todo control. No cabe disociar los acontecimientos.

12. El cumplimiento de trámites en la aprobación de las modificaciones presupuestarias no excluye la ilegalidad en el uso de las transferencias de financiación

12.1 En línea con el argumento precedente se considera que las resoluciones aprobatorias de las modificaciones presupuestarias no son ilegales y, por tanto, no pueden ser subsumidas en el delito de prevaricación administrativa porque en su tramitación y aprobación se cumplieron todos los requisitos legales, siendo informadas favorablemente por el Interventor General y aprobadas por el Parlamento en la Cuenta General, tras ser propuesta por la cámara de Cuentas, que nunca puso reparos a las modificaciones presupuestarias del programa 22E o 31L.

12.2 En el caso de las modificaciones presupuestarias, que fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno, y cuya naturaleza jurídica y valor normativo es objeto de controversias doctrinales, la ilegalidad del criterio de presupuestación no se excluye porque contaran con el informe favorable de la Intervención de la Junta de Andalucía, porque se convalidaran a posteriori por el Parlamento al aprobar la Cuenta General o porque en las leyes de presupuestos se utilizara un criterio de presupuestación idéntico ya que, como acabamos de señalar, la aprobación parlamentaria no excluye esa ilegalidad ni fue un aval para que se dispusiera de los fondos públicos de forma libre, arbitraria e ilegal, al margen de lo previsto en la ley.

En fundamentos jurídicos precedentes ya hemos precisado el régimen jurídico al que habían de ajustarse las ayudas concedidas, el régimen jurídico y finalidad aplicable a las transferencias de financiación y las razones de

la ilegalidad patente del criterio de presupuestación, que fue utilizado para conceder las ayudas sin los controles exigibles y al margen de los presupuestos y exigencias establecidas en la ley.

Esta conclusión o inferencia deriva de lo siguiente:

- Se cambió el criterio legal de presupuestación que se venía utilizando por otro criterio distinto e ilegal, el uso de transferencias de financiación para el pago de las ayudas socio laborales, que conllevaba de forma automática la sustitución del control previo de la Intervención, por el control financiero posterior, propio de las transferencias de financiación.

- El cambio coincidió con los problemas que estaba planteado la Intervención Delegada ante el pago anticipado de ayudas por parte del IFA que también era contrario a la legalidad vigente.

- Ese cambio produjo de inmediato la eliminación del control previo de la Intervención.

- Por último, el propio Director General de Trabajo, condenado por estos hechos y ya fallecido, reconoció en su declaración judicial que ante los problemas que planteaba la Intervención Delegada recibió instrucciones para que buscara un nuevo sistema de financiación que sorteara esos controles.

En efecto, su declaración del 07/03/2012, incorporada a juicio como elemento de prueba, después de relatar los problemas habidos con el pago de las ayudas a las empresas CÁRNICAS MOLINA Y SANTANA MOTOR por los reparos de la Intervención Delegada, manifestó:

"...ante esta situación y lo que había ocurrido en Cárnicas Molina (...) le transmiten al declarante que había que dotarse de un sistema operativo con los propios medios de la Consejería de Empleo (ya que el IFA pertenecía por aquel entonces a dicha consejería), pues era una preocupación de la Junta de Andalucía, que conocía todos estos temas, el mantenimiento de la 'paz social' ". ... "que las explicaciones que le dieron al declarante tras la elaboración del Acuerdo Marco fueron muy concretas (...) a partir de ese momento todo se iba a realizar por convenios particulares con el IFA bajo el paraguas del Acuerdo Marco y que además la partida presupuestaria 31L se incorporaría al PAIF del entonces IFA que sería quien gestionaría todos los pagos mediante la firma de esos Convenios particulares. Que el PAIF tenía que ser nuevamente aprobado por la Intervención General y por el Consejero de turno de la Consejería de Economía y Hacienda".

13. Vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la ejecución del gasto

13.1 En varios recursos se alega que la irregularidad de lo acontecido no se sitúa en el uso de las transferencias de financiación sino en el modelo de gestión del gasto.

Se argumenta que de conformidad con el artículo 32 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, todo crédito presupuestario es un habilitación del gasto, sujeta a principios de especialidad cuantitativa y cualitativa y, de acuerdo con las normas presupuestarias de aplicación, el crédito introducido en el estado de gastos de la Consejería de Empleo incluía todos los extremos de obligada mención y lo que no incluía, porque la ley así lo dispone, era la forma en que debía ejecutarse el gasto y, por lo tanto, no se debía precisar si las ayudas las concedía la propia Consejería o el IFA. Lo que sí debía determinar era la finalidad del gasto y esa exigencia fue cumplida.

La disociación entre habilitación de crédito y ejecución de gasto conduce a afirmar que las irregularidades producidas no derivan del criterio de presupuestación, que es neutro y no adolece de ilegalidad, sino del modelo de gestión adoptado por la Consejería de Empleo. Se argumenta que si lo que el Parlamento aprobó fueron transferencias de financiación para que el IFA concediera las subvenciones, si la documentación anexa no permitía conocer la forma en que iban a gestionarse los créditos presupuestarios aprobados y si se acordó que fuera la Dirección General quien concediera las subvenciones, sería esa última decisión la causante de las irregularidades y no las decisiones adoptadas en los procesos prelegislativos.

La ilegalidad, en su caso, vendría derivada del déficit de fiscalización de las ayudas sociolaborales y no de la utilización de transferencias de financiación, que fue lo que aprobó el Parlamento Andaluz. La ilegalidad, por tanto, se situaría en la fase de ejecución del gasto y sería independiente del instrumento presupuestario utilizado. La ilegalidad derivaría de separar las competencias entre el gasto y el pago y por asignar a la Dirección General de Trabajo el otorgamiento de las ayudas y al IFA su pago. Se insiste en que el error en que incurre la Sala de instancia, y que le lleva a efectuar una calificación jurídica arbitraria, es confundir la fase de presupuestación con la de ejecución.

13.2 Una vez más se pretende desvincular las distintas contribuciones para asignar la responsabilidad de lo sucedido a quien menos autoridad tenía, al eslabón más débil, sin tener en cuenta que la eliminación de los controles y demás garantías que debían presidir la concesión de las ayudas sociolaborales fue buscada de propósito por quienes autorizaron los créditos presupuestarios.

La sentencia analiza las distintas actuaciones como un sistema complejo e integrado. Se modificó el sistema de presupuestación no por razones técnicas o neutrales sino con una deliberada finalidad. Con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones. Según hemos razonado en el fundamento jurídico anterior, el cambio de presupuestación tenía esa finalidad y estaba dirigido a la consecución de ese fin. Las

máximas autoridades de la Junta de Andalucía aprobaron y mantuvieron el sistema de presupuestación indebido para conseguir el objetivo ilícito propuesto por lo que no se puede sostener la autonomía de las decisiones presupuestarias frente a las decisiones de ejecución del gasto al albur de determinadas posiciones doctrinales que propugnan que la naturaleza de toda partida de gasto presupuestario en una mera habilitación del límite de gasto que no prejuzga su modo de ejecución. Aun cuando se pueda mantener esa posición desde un modelo teórico, en el caso analizado las aprobaciones presupuestarias no tenían esa funcionalidad. Se aprobaron las partidas de gasto para que éste se ejecutara en la forma antes descrita y la propia sentencia destaca que el cambio de presupuestación no tuvo otra razón de ser.

14. Posibilidad de control previo de las subvenciones al margen del uso de las transferencias de financiación

14.1 Otro de los argumentos impugnativos centrales, que se introduce en varios recursos, se dirige a combatir la idea, afirmada en la sentencia, de que el criterio de presupuestación utilizado impidió a la Intervención de la Junta de Andalucía efectuar un control previo o crítico de la concesión y pago de las ayudas sociolaborales. Los argumentos que sostienen este alegato son variados.

(i) Se dice que, aun asumiendo que no existiera documento contable de gasto (documento AD) y que el crédito para pago de las ayudas se había consumido con la transferencia de financiación, la ausencia de expediente de gasto no vino determinada por el uso de las transferencias de financiación, sino por la decisión de atribuir a la Dirección General de Trabajo la concesión de las ayudas y su pago al IFA.

(ii) Se alega que el argumento, según el cual una vez realizada la transferencia de financiación no cabe la fiscalización, presenta una dosis de formalismo que no resiste un mínimo contraste con la legislación vigente y con lo asumido por otras instancias institucionales, porque lo que es indudable es que esa legislación imponía la fiscalización previa al acto administrativo de concesión de ayudas con independencia de que se hubieran transferido los fondos al IFA para ejecutar el pago

(iii) Los recursos abundan en la idea de que la necesidad de fiscalización deriva de la obligación económica asumida por la Administración y no decae porque sea financiada a través de una transferencia de financiación. Por consecuencia de las transferencias los fondos no salían de la órbita de la Administración, ni comprometían gasto hacia los administrados. El Director General de Trabajo debió poner en conocimiento de la Intervención las resoluciones de concesión para que se llevara a cabo la fiscalización, con independencia de que el crédito para su pago se instrumentara a través de una transferencia de financiación.

No corresponde a los acusados, se dice, determinar si la ausencia de fiscalización se debió a que la Dirección General de Trabajo no dio traslado de las resoluciones de concesión a la intervención delegada, o que la Intervención Delegada, conociéndolas sin duda, se acogió al erróneo formalismo de la inexistencia de un documento contable.

En todo caso la fiscalización previa del otorgamiento de las ayudas no solo era legalmente obligada sino perfectamente posible, y ni el hecho de que

el mecanismo para allegar fondos utilizado fuera la transferencia de financiación, ni tampoco que se hubiera acordado separar las funciones de gasto y pago, impedían o dificultaban esa fiscalización previa.

(iv) Toda transferencia de financiación está sujeta a un control previo de la Intervención y, conforme al artículo 7.1 b) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, que es norma de aplicación preferente frente a las Guías de Fiscalización, la Intervención viene obligada a comprobar que el crédito es adecuado a su naturaleza de forma que si la Intervención no formuló reparo alguno, conforme al artículo 83 y siguientes de la Ley de la Hacienda Pública de la Comunidad de Andalucía, se trasladaba a los órganos superiores que habían de intervenir en la elaboración presupuestaria una presunción de legitimidad del crédito. Si la Intervención hubiera actuado conforme a sus obligaciones el crédito habría sido suspendido y el pago no se habría producido, tal y como reconoció en juicio el perito de la IGAE.

(v) Se afirma también que la Intervención Delegada tuvo conocimiento del destino de las transferencias de financiación, razón por la que pudo y debió paralizar los expedientes de concesión de las transferencias. A este respecto se citan como documentos acreditativos de este error los siguientes:

- El Convenio Marco de 17/07/2001, suscrito por la Consejería de Empleo y el IFA en el que se exponía que las ayudas serían pagadas por las transferencias de financiación

- Además, la referencia a que la transferencia de financiación se realiza en cumplimiento del convenio suscrito entre la CEM e IFA/IDEA, y que su destino era pagar ayudas del programa 31L (antes 22E), consta también, a modo de ejemplo y entre otros muchos documentos de autos:

- En el documento AD, con fecha contable 411-2002 y número 22640046 del expediente NUM000, cuya denominación incluye "TRANSFERENCIA DE FINANCIACIÓN CONVENIO CEDT-IFA"[obrante en PPRI, DOCUMENTOS ESCANEADOS IGAE I, CAJA CEM, CAJA V, PDF FC_006, pg 3, 24 de oct de 2002; Segunda localización en la documental de la IGJA > PPRI, anexo 1 IGJA, carpeta 2-Fiscalización transferencias de financiación, tomo 3, año 2002, 3º pdf, folio 1.093].

- En el documento AD, con fecha contable 1111-2002 y número 22661726 del expediente NUM001, cuya denominación incluye "TRANSFERENCIA DE FINANCIACIÓN IFA 3 CONVENIO CEDT-IFA"

- En el documento AD, con fecha contable 162-2006, correspondiente al expediente NUM002, la denominación del mismo incluye "TRANSFERENCIAS DE FINANCIACIÓN A IDEA PRESUPUESTO CORRIENTE DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA PREJUBILACIONES". Y en los documentos OP del mismo expediente NUM002 la denominación es "TRANSFERENCIA DE FINANCIACIÓN A IDEA DE LA DGTSS PÓLIZAS PREJUBILACIONES".

- El oficio que en fecha 18 Octubre 2004 el IGJA Sr. Doroteo hace al Interventor Delegado [PPRI, TOMO 117, 3º PDF Folio 44.953, Pág. 47 PDF], comunicándole un déficit de financiación de 38.225 miles de euros en las cuentas anuales del IFA y ordenándole efectuar una retención de crédito por ese mismo importe. Lo relevante es que, a través de esa comunicación, desde la IGJA se da cuenta pormenorizada al ID de cuál es la exacta situación que provoca tal supuesto déficit, y así, literalmente, se le hace saber al ID Sr. Alexander, que "Con fecha 17 de julio de 2001 se firma un Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, para la materialización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social. En aplicación de citado convenio marco se firman por el IFA y la DGTSS, durante el ejercicio 2003, convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda al Instituto el pago de las ayudas con cargo a transferencias de financiación en la aplicación 01.13.00.01.00.440.51.31L".

(vi) Se alega que no hubo engaño a la Intervención, que ésta tuvo conocimiento de los acontecimientos y que, al margen de la polémica sobre la posibilidad de un doble control previo (de las transferencias de financiación y de la concesión de cada ayuda), respecto de la que discreparon los peritos en el juicio, en la hipótesis de que éste se hubiera realizado o bien se habría efectuado el control previo de las ayudas o, en otro caso, se habría denegado mediante el oportuno reparo, en cuyo caso el problema habría terminado ante los órganos superiores y, en última instancia, ante el Consejo de Gobierno, que habría tomado conocimiento de la situación.

(vii) Una vez que la Intervención General examinó una muestra significativa de expedientes para completar el control financiero del IFA en el ejercicio 2003, dando cumplimiento a un Acuerdo del Consejo de Gobierno, emitió un informe, llamado Adicional (Decreto 9/1999), primero Provisional y luego Definitivo, que fue remitido a la Consejería de Empleo, que era el centro directivo del que dependía la empresa controlada. A la vista de las irregularidades detectadas procedía la realización del "Informe de actuación", cuya omisión se justificó porque las irregularidades se situaban en la Dirección General de Trabajo y no en la empresa auditada -IFA- y porque este organismo cuando se emitió el informe -2005- ya no dependía de la Consejería de Empleo sino en la de Innovación.

La sentencia admitió esa justificación y en los recursos se estima inasumible esa posición porque el propio tribunal admitió que las irregularidades se producían tanto en la Dirección General como en el IFA y porque, en todo caso, el informe de cumplimiento había de remitirse a la Consejería a la que estaba adscrito el IFA (Innovación). Por otra parte, nada impedía que se remitiera el informe a la Consejería de Empleo que era la que había actuado en el periodo objeto de control y cuya exclusión se deriva de una interpretación en exceso formalista de la norma que regula ese tipo de informes. El informe de control al que se alude era preceptivo, conforme al artículo 12.5 del Decreto 9/1999, porque una vez emitido el Informe Definitivo no se adoptaron las medidas de corrección necesarias y porque, por la importancia de los hechos, había riesgo de menoscabo de los fondos públicos.

De la indebida actuación de la Intervención se deducen, a juicio de las defensas dos consecuencias: a) Que los órganos superiores tenían la legítima expectativa de actuar legalmente y sin riesgo de menoscabo de los fondos públicos y b) Que no puede establecerse vinculación causal entre el tipo de presupuestación utilizada y los desvíos de los fondos públicos que eventualmente pudieran producirse.

14.2 En el fundamento jurídico quinto la sentencia se describe el control que había de realizarse sobre las ayudas concedidas y el control que efectivamente se realizó, una vez que se utilizaron las transferencias de financiación.

El control que se venía realizando antes del año 2000 era el llamado control previo o crítico. Para fiscalizar un expediente de concesión de subvenciones sociolaborales, era necesario acreditar la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, la competencia de la autoridad concedente y el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en la normativa de subvenciones, tales como la existencia de bases reguladoras de la subvención, aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, objetividad y no discriminación o, en otro caso, acreditar la excepcionalidad de la ayuda y la inexistencia de bases reguladoras a las que acogerse, requisitos de los beneficiarios, entre otros.

Ya hemos dicho que se cambió el sistema de presupuestación y, en vez de incluir en los presupuestos las ayudas sociolaborales en las partidas que correspondían, lo que hubiera obligado al control previo de las subvenciones que se concedieran, se hizo uso de las transferencias de financiación, de forma que las cantidades presupuestadas para el pago de las ayudas se transfirieron en bloque al IFA /IDEA.

Esa transferencia también estaba sujeta a control previo de la Intervención, pero con un alcance diferente, ya que para la fiscalización de un expediente de Transferencia de Financiación, dada su naturaleza de instrumento financiero para la cobertura de pérdidas de la empresa pública, sólo era necesario acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente, la competencia legal de la autoridad que lo ordenaba y una orden de transferencia a IFA-IDEA, ajustada a un calendario de tesorería.

La sentencia, en su fundamento jurídico cuadragésimo segundo, precisa el alcance del control previo de las transferencias de financiación de la siguiente forma:

"El sentido y alcance de esta intervención crítica o fiscalización previa se contempla en los artículos 4.1 y 7.1 del Reglamento de la Intervención de la Junta de Andalucía .El art. 4.1 define la intervención crítica o fiscalización previa como "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.".El art. 7.1, delimita el alcance de esta fiscalización, estableciendo los extremos que han de ser comprobados o verificados por el Interventor, que son los siguientes:"a) Que la obligación o gasto se generará por aprobación del órgano competente. b) Que el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a su naturaleza. c) Que existe remanente suficiente en el crédito indicado para dar cobertura al gasto u obligación y, d) En el supuesto de que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual, si se cumple lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y disposiciones que la desarrollen.

e) Que consten los informes preceptivos que deban figurar en cada expediente".

Lo anterior se plasma, a efectos prácticos, en las Guías de Fiscalización de la Intervención General de la Junta Andalucía, que establecen el alcance de la función interventora sobre los diferentes tipos de expedientes tramitados por los órganos de la Junta de Andalucía.En relación a la fiscalización de las transferencias de financiación (Folio 63948, Tomo 172, PPR1), el interventor habrá de comprobar lo siguiente: - Propuesta de Resolución de órgano competente autorizando la transferencia.

- El calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería.

- Los documentos contables pertinentes que acreditan su consignación presupuestaria.

- El Programa de Actuación, Inversión y Financiación (PAIF) publicado en el BOJA por Orden de la Consejería de Hacienda.

Resulta fútil plantearse si, al margen de la utilización correcta o no de las transferencias de financiación, los expedientes de concesión de ayudas debieran haberse sometido al control previo de la intervención, sobre la base de que el sistema de presupuestación no condiciona el sistema de control del gasto o con apoyo en la idea de que la aprobación de una partida presupuestaria no es más que una habilitación de un límite de gasto que no condiciona su posterior ejecución.

Se trata de un argumento puramente formal que desconoce tanto la realidad, como lo pretendido por los autores. El cambio del sistema de presupuestación fue llevado a cabo precisamente para posibilitar la falta de control previo. La sentencia lo explica con claridad:

"...hay que resaltar que todo expediente de gasto, cualquiera que sea su naturaleza, debe estar aplicado a una partida presupuestaria concreta, sin la cual, ni siquiera es posible tramitar expediente alguno, ya que el primer requisito a comprobar en la fiscalización de cualquier expediente de gasto es la existencia de crédito, por lo que, si éste no existe, el expediente no puede tramitarse, ni por tanto fiscalizarse.Dado que la Consejería de Empleo poseía en su presupuesto el crédito de "Transferencia de Financiación a IFA-IDEA", dicho expediente de gasto sí fue fiscalizado de conformidad por la intervención delegada de la Consejería de Empleo, al cumplir los requisitos legalmente establecidos, antes señalados. Por el contrario, no fue fiscalizado, ni pudo serlo, ningún expediente de concesión de subvenciones sociolaborales, otorgadas por la Consejería de Empleo, ya que esta Consejería carecía de cobertura presupuestaria, pues los fondos habían sido trasvasados a IFA- IDEA, vía transferencias de financiación.Una vez que el Interventor de la Consejería de Empleo había fiscalizado el expediente de Transferencia de Financiación, era materialmente imposible la fiscalización previa de la concesión de subvenciones, dado que no existe ningún procedimiento que permita tramitar otro expediente para dicha concesión, al carecer de crédito presupuestario para ello, por haberse consumido el crédito de Transferencia de Financiación, al realizar el envío de fondos a IFA-IDEA.Por tanto, era materialmente imposible que la Intervención de la Consejería de Empleo pudiera fiscalizar su concesión, ya que no puede fiscalizarse un expediente que no existe, ni pudo existir".

La Consejería de Empleo no tramitó ante la Intervención de la Junta de Andalucía los expedientes de concesión de las ayudas porque presupuestariamente no disponía de fondos para su concesión ya que los había transferido a IFA/IDEA. Por su parte, IFA/IDEA no tenía que tramitar expediente alguno porque no concedía las ayudas (sólo las pagaba) y esos pagos no estaban sometidos a fiscalización previa porque el ente estaba sujeto a control financiero, cuyo objeto no era la fiscalización de las ayudas, sino la fiscalización de la transferencia recibida, a cuyo fin, además, se contabilizaban los pagos de las ayudas como gastos de explotación, criterio de contabilización incorrecto dado que esos pagos no eran debidos al ejercicio de la actividad propia del ente público.

Por lo tanto, hubo vinculación causal entre las decisiones adoptadas al aprobar los proyectos de ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias y el modo posterior de gestión de esos fondos. No cabe deconstruir los hechos, privándoles de la relación de sentido que se deduce de su análisis conjunto.

Señalaremos sólo algunos párrafos especialmente significativos del relato fáctico de la sentencia de instancia en los que se establece esa relación causal entre presupuestación y gasto.

"F) Como resultado buscado de los cambios operados en la gestión presupuestaria del programa 22E, que han sido descritos, las denominadas ayudas sociolaborales para el pago de primas de pólizas de rentas para extrabajadores de empresas en crisis, y las ayudas a empresas en crisis, soslayaron la preceptiva fiscalización crítica o previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo. La cual se limitó a fiscalizar el montante global de las transferencias de financiación, que en ningún caso se refería a los expedientes de gastos de la tramitación singular de las ayudas, los cuales, realmente y como se expondrá, no llegaron a existir como tales".F) En resumen, a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo. (Hecho probado 4º, páginas 48 y 49 de la sentencia).

Esa relación causal se refuerza en la argumentación jurídica de la sentencia a través de dos datos relevantes: El indebido criterio de presupuestación y la limitada información que se remitía el Parlamento en relación con estas partidas presupuestarias.

(i) De un lado, se utilizó un criterio de presupuestación indebido tanto en el presupuesto del IFA/IDEA, en el que se reflejaban como gastos propios del ente pagos por cuenta de la Consejería de Empleo, como en el presupuesto de la Consejería de Empleo, en el que se consignaba como transferencia de financiación lo que debían ser subvenciones excepcionales.

En el Fundamento Jurídico décimo quinto se detalla esta conclusión después de un análisis exhaustivo de la normativa presupuestaria aplicable. Dice la sentencia:

"Como también hemos dicho, la elaboración del proyecto de presupuesto debe hacerse conforme a las normas que regulan la estructura presupuestaria y, en concreto, a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos serán vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (artículo 38 de la ley General de la hacienda pública de Andalucía), lo que impedirá su aplicación a fines distintos de los previstos en la misma.Sin embargo, como ha quedado expuesto, los estados de gastos del proyecto de presupuesto de la Consejería de Empleo y de IFA-IDEA, se encontraban incorrectamente elaborados en el momento de su remisión al Parlamento por el Consejo de Gobierno, ya que: - En el presupuesto del IFA se consignaron indebidamente pérdidas que no iban a producirse, al consignar gastos que no eran tales, sino sólo pagos de subvenciones por cuenta de un tercero, posibilitando así la recepción, procedente de la Consejería de Empleo, del crédito de Transferencia de Financiación para su cobertura. - En el presupuesto de la Consejería de Empleo se consignó como Transferencia de Financiación al IFA, cuyo único destino legal era la cobertura de sus pérdidas, el crédito que posteriormente se destinó indebidamente a otorgar subvenciones". (FJ 15º)

(ii) De otro lado, el análisis de las fichas presupuestarias de la partida 31 L así como de las distintas Memorias acompañadas a los proyectos de ley de presupuestos ofrecían una información poco detallada que posibilitó la aprobación de los proyectos de ley (sin objeciones en lo que a esta partida se refiere) en el trámite parlamentario.

En el fundamento jurídico décimo de esta sentencia, con cita literal de la sentencia de instancia (FJ 16º) hemos reseñado el contenido de la información que se remitió al Parlamento a fin de justificar su insuficiencia.

En consecuencia, los motivos que plantean esta queja se desestimarán.

15. Inexistencia del deber de formular reparo por la Intervención de la Junta de Andalucía en los expedientes de transferencia de financiación

15.1 Las transferencias de financiación realizadas, como todo gasto, fueron sometidas al control previo de la Intervención y en ese contexto se alega que la Intervención debió haber formulado reparo a las mismas, dado que las transferencias no se podían utilizar para el pago del gasto que se pretendía realizar (subvenciones excepcionales), y ello porque, de un lado, la Intervención tenía conocimiento del uso que se iba a dar de las transferencias de financiación y, de otro, porque su función de control obligaba a analizar la naturaleza del gasto, conforme a lo previsto en el artículo 7.1 b) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, norma de aplicación preferente frente a las Guías de Fiscalización.

15.2 El hecho de que la Intervención de la Junta de Andalucía pudiera haber llevado a cabo el control previo de las ayudas concedidas no exime de responsabilidad a aquéllos que adoptaron decisiones para que ese control no se llevara a efecto. En este momento procesal no analizamos la conducta de los Interventores, que han sido absueltos, sino la de quienes de forma dolosa articularon un sistema que hizo posible esa falta de control.

Pero con independencia de ello tampoco la Intervención venía formalmente obligada a formular reparo al uso de las transferencias de financiación, dado el contenido de los expedientes que justificaban el uso de ese instrumento presupuestario.

Es cierto que el artículo 7.1 b) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril establece que uno de los extremos que ha de comprobar la Intervención en la fiscalización previa de las transferencias de financiación es que "el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a su naturaleza" pero esta previsión legal no conlleva que la Intervención pueda formular reparo por hechos que no consten en el expediente de gasto de la transferencia de financiación, razón por la cual el control que realizó la Intervención no dio lugar a reparo alguno.

La sentencia de instancia explica este proceder en el fundamento jurídico cuadragésimo segundo. Dice la sentencia:

"Esta comprobación que realiza la intervención, relativa al contenido y tramitación del expediente de gasto, que ha de ser ajustado a la legalidad económico-presupuestaria y contable, necesariamente ha de hacerse respecto del propio expediente objeto de fiscalización. No se extiende, por tanto, a la comprobación de la legalidad de otros expedientes posteriores o conexos con el que sea objeto de fiscalización. La fiscalización no podía ir más allá de los estrictos límites del expediente de gasto objeto de examen. Así lo dispone el artículo 17.3 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), cuando establece: "3. En el ejercicio de la fiscalización previa se comprobará el cumplimiento de los trámites y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico mediante el examen de los documentos e informes que integran el expediente".

Es decir, la fiscalización previa del gasto no está prevista para que la Intervención realice toda clase de comprobaciones, y formule toda clase de recomendaciones o sugerencias sobre cualesquiera asuntos relacionados con el expediente sometido a fiscalización, sino, estrictamente, para evaluar la legalidad económico-presupuestaria y contable de su contenido y tramitación, que se realizará examinando los extremos enumerados en el artículo 7.1 del Reglamento de la Intervención de la Junta de Andalucía.

Por consiguiente, de los documentos que integraban el expediente de gasto de las transferencias de financiación no se desprendía ninguna razón que exigiera dicho reparo, ni siquiera que lo permitiera.

Cualquier reparo, incluso el que pretendiera formularse al amparo del art. 83.c) de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía, por el quebranto económico que se pudiera causar para la Administración, debía deducirse de los documentos y trámites que integran el expediente de gasto. La posterior concesión de ayudas que, en su caso, prescindiera del procedimiento legalmente establecido, no podía constituir motivo de reparo en el expediente de transferencia de financiación, que era anterior e independiente. La intervención delegada fue la que fiscalizó de conformidad todos y cada una de las transferencias de financiación del programa 31L. Y ello fue así, porque el expediente reunía todos y cada uno de los requisitos que contempla la normativa para ser fiscalizado de conformidad. El destino final dado por la Dirección General de Trabajo a esos fondos, ni constaba, ni se desprendía del expediente de transferencia de financiación, fiscalizado por el interventor delegado. Además, el destino último no era objeto de control en la fase de fiscalización de una transferencia de financiación".

"... la fiscalización previa del gasto no está prevista para que la Intervención realice toda clase de comprobaciones, y formule toda clase de recomendaciones o sugerencias sobre cualesquiera asuntos relacionados con el expediente sometido a fiscalización, sino, estrictamente, para evaluar la legalidad económico-presupuestaria y contable de su contenido y tramitación, que se realizará examinando los extremos enumerados en el artículo 7.1 del Reglamento de la Intervención de la Junta de Andalucía.

La intervención delegada fue la que fiscalizó de conformidad todos y cada una de las transferencias de financiación del programa 31L. Y ello fue así, porque el expediente reunía todos y cada uno de los requisitos que contempla la normativa para ser fiscalizado de conformidad. El destino final dado por la Dirección General de Trabajo a esos fondos, ni constaba, ni se desprendía del expediente de transferencia de financiación, fiscalizado por el interventor delegado. Además, el destino último no era objeto de control en la fase de fiscalización de una transferencia de financiación".

La sentencia de instancia establece esa conclusión a partir de la valoración de tres pruebas cuyo contenido no vamos a reiterar: (i) La declaración testifical de doña Soledad; (ii) El Informe de la Cámara de Cuentas (Tomo I del Anexo 12 del PPRI) en cuanto al contenido de la fiscalización de las transferencias de financiación y (iii) El Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 07/11/2017 (Documento número 19 de la Pieza documental numerada).

Se desestimarán los motivos que han formulado esta queja.

16. Inexistencia del deber de la Intervención de la Junta de Andalucía de realizar informe de actuación

Por último, la resolución impugnada justifica con suficiencia por qué motivos la Intervención de la Junta de Andalucía, una vez conocidas las irregularidades que se estaban produciendo en la concesión de las ayudas sociolaborales, no realizó el informe de actuación al que aluden los recurrentes para adoptar las medidas de corrección que hubieren sido procedentes.

Esta cuestión ya fue planteada en el juicio. El informe de actuación procedería cuando la entidad controlada no adoptara las medidas dispuestas en un previo informe de control financiero y el destinatario de ese informe sería la misma entidad objeto de control. En este caso la entidad controlada era el IFA/IDEA y las ilegalidades se producían

en la Consejería de Empleo, dándose la circunstancia añadida que en 2004 el IFA pasó a depender de la Consejería de Innovación por lo que carecía de cobertura formal realizar el indicado informe, si bien se realizó un informe Adicional para poner en conocimiento de la Consejería de Empleo las irregularidades detectadas.

Así se pronunció la sentencia de instancia en su fundamento jurídico cuadragésimo segundo, que hacemos nuestro. Dice la sentencia (páginas 106 y siguientes):

"El artículo 12.5 del Decreto 9/1999 , establece los supuestos en que procede la emisión del Informe de Actuación: "en aquellos casos en que los responsables de la gestión controlada no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas", y "en aquellos casos en los que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos públicos". Hemos de señalar que se trata de un procedimiento que, en su caso, se desencadena como consecuencia de un informe de control financiero anterior (art. 12.1), bien por falta de atención a las recomendaciones formuladas en aquél, bien porque en el informe de control financiero se hayan hecho constar hechos o circunstancias que puedan merecer la calificación de menoscabo de fondos públicos. Del citado artículo 12 del Decreto 9/1999 , se desprende que, en cualquiera de los dos casos, se requiere que el supuesto desencadenante del informe de actuación se aprecie en la actividad de la entidad controlada, ya que es ésta la que tendrá que cumplir, en su caso, las recomendaciones plasmadas en el informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Siendo así, dicha previsión carecería de sentido, si quien tuviera que cumplir las recomendaciones de la Intervención, plasmadas en el informe de actuación, fuera un órgano distinto a la entidad auditada. Por ello, la Consejería de Empleo no podría ser destinataria de un informe de actuación, al no estar sujeta a control financiero permanente, sino a otro tipo de fiscalización.

No podemos olvidar que, a la fecha en que se emite el informe adicional, IFA/IDEA ya no estaba adscrita a la Consejería de Empleo, sino a la de Innovación. Por lo que la destinataria del hipotético informe de actuación, según el artículo 12.5 del Decreto 9/1999 , no sería la Consejería de Empleo, que era donde se manifestaban las deficiencias, sino la de Innovación, que no era la que tenía que corregirlas. Quien tenía que corregir las irregularidades era la Consejería de Empleo, pues allí era donde éstas se producían, pero al no ser la destinataria del informe, ningún sentido habría tenido la emisión del informe de actuación. Ello pudo ser el motivo por el que se emitió el informe adicional, poder dirigirlo a la Consejería en la cual se detectaron las irregularidades, y que era la que tenía que corregirlas. Viene a corroborar lo anteriormente expuesto:

-El escrito dirigido por la Intervención General de la Junta de Andalucía a la Policía Judicial, de fecha 25 de marzo de 2011 (PPRI, Tomo 7, folio 3276), en el que se indica: "Entre 2001 y 2008 no se han emitido por la Intervención General informes de actuación al IFA/IDEA, al no considerarse que el informe de actuación tal como se encuentra regulado en el Decreto 9/1999 resultara de aplicación a las recomendaciones efectuadas en los citados informes. Dicho procedimiento está previsto para la subsanación de irregularidades de la actividad de la entidad auditada, mientras que las observadas ponían de manifiesto que habían de atribuirse al ámbito competencial de la Consejería de Empleo, y en concreto de la Dirección General de Trabajo." -El escrito de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 15 de febrero de 2012, dirigido al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, firmado por la Interventora General, D^a. Carmen, en contestación a las peticiones realizadas por el Juzgado de Instrucción n^o 6 de Sevilla (Ppri, Informe Igae Completo, 1.1. Anexo pdf. doc. inf.dic.2013, Anexo tomo 3, pdf 115-120), afirma lo siguiente: "...En el curso de la realización de los informes de control financiero se advierten en ocasiones, deficiencias que responden a decisiones, no de la entidad a la que se controla, sino de la Consejería u Organismo que otorga financiación para determinadas actuaciones, se trate o no, de aquélla de la que la entidad auditada depende jerárquicamente. La falta de regulación expresa del supuesto en que las deficiencias observadas corresponden a la gestión de centros directivos u órganos distintos de la entidad que es objeto del informe de control, deficiencias y recomendaciones que no pueden ser alegadas ni subsanadas por dicha entidad, determina la improcedencia de la tramitación prevista en el Decreto 9/99. En su lugar, la Intervención emite los denominados informes adicionales.

Estos informes adicionales, recogen de manera específica las irregularidades o deficiencias advertidas que se consideran atribuibles, no a la entidad, sino a los centros directivos de una Consejería u Organismo por razón de la financiación de actividades de dicha entidad. Estos informes, aunque se realizan en el marco del control financiero realizado a ésta, se emiten con autonomía respecto de los informes de Cuentas anuales, PAIF y Cumplimiento, y se emiten de forma expresa a la Consejería u Organismo que se considera responsable de las infracciones o irregularidades advertidas. En el control financiero del IFA/IDEA no se realizaron por las razones expuestas informes de actuación, tal y como se comunicó en el escrito de esta Intervención General de 25 de marzo también remitido a la Unidad Adscrita, en el que asimismo se ponía de manifiesto que dicho procedimiento está previsto para la subsanación de irregularidades de la actividad de la propia entidad auditada, mientras que las observadas ponían de manifiesto que habían de atribuirse al ámbito competencial de la Consejería de Empleo, y en concreto a la Dirección General de Trabajo.

Por ello, lo que se realizó fue un informe adicional dirigido a la Consejería de Empleo... "

- El Informe del Gabinete Jurídico de la Cámara de Cuentas (Folio 422, del Tomo II, del Anexo 12, PPRI), cuando afirma: "Con base a lo expuesto no procede la emisión del Informe de Actuación que solo es predicable en

supuestos de entidades sometidas a control financiero pero no a entidades, como la Consejería de Empleo sometida a intervención previa o crítica del gasto, acto a acto."

-Así como las declaraciones prestadas en el acto del juicio por los testigos D^a. Carmen, D^a. Eufrasia y D. Geronimo.

- Además, y según puso de manifiesto el propio Ministerio Fiscal en su informe, la gravedad de los hechos e incumplimientos que se recogen en los informes de control financiero, supusieron una dación de cuenta más que suficiente para que la forma de proceder de la Consejería de Empleo hubieracambiado y se hubieran puesto en marcha mecanismos que hubieran permitido, no ya el retorno a las arcas públicas de fondos públicos que nunca debieron haber salido, con una inmediatez temporal que hubiese facilitado su reintegro, sino que éstos dejaran de salir, año a año, de forma ilícita.

Por otro lado, hay que resaltar que todo expediente de gasto, cualquiera que sea su naturaleza, debe estar aplicado a una partida presupuestaria concreta, sin la cual, ni siquiera es posible tramitar expediente alguno, ya que el primer requisito a comprobar en la fiscalización de cualquier expediente de gasto es la existencia de crédito, por lo que, si éste no existe, el expediente no puede tramitarse, ni por tanto fiscalizarse.- Dado que la Consejería de Empleo poseía en su presupuesto el crédito de "Transferencia de Financiación a IFA-IDEA", dicho expediente de gasto sí fue fiscalizado de conformidad por la intervención delegada de la Consejería de Empleo, al cumplir los requisitos legalmente establecidos, antes señalados. Por el contrario, no fue fiscalizado, ni pudo serlo, ningún expediente de concesión de subvenciones sociolaborales, otorgadas por la Consejería de Empleo, ya que esta Consejería carecía de cobertura presupuestaria, pues los fondos habían sido trasvasados a IFA- IDEA, vía transferencias de financiación.

Una vez que el Interventor de la Consejería de Empleo había fiscalizado el expediente de Transferencia de Financiación, era materialmente imposible la fiscalización previa de la concesión de subvenciones, dado que no existe ningún procedimiento que permita tramitar otro expediente para dicha concesión, al carecer de crédito presupuestario para ello, por haberse consumido el crédito de Transferencia de Financiación, al realizar el envío de fondos a IFA-IDEA.

Por tanto, era materialmente imposible que la Intervención de la Consejería de Empleo pudiera fiscalizar su concesión, ya que no puede fiscalizarse un expediente que no existe, ni pudo existir.

A partir del contenido de los artículo 80 y 85 de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía hay dos instrumentos para el desarrollo de la función de Intervención: El control previo o crítico que comprende el control de legalidad de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico y el control financiero, realizado a posteriori sobre la actividad de las empresas públicas y con técnicas de auditoría.

En este caso y como consecuencia de la utilización de transferencias de financiación se llevó a cabo un control de los expedientes de gasto de esas transferencias al IFA pero no se produjo el control previo sobre la concesión de las ayudas sociolaborales. Las cantidades presupuestadas se transmitían en bloque el IFA y el control financiero se producía respecto de esas cantidades globales y no respecto de cada una de las ayudas sociolaborales y la razón de tal procedimiento se encuentra en que la Consejería de Empleo concedía las ayudas pero las cantidades con que habían de pagarse las transfería al IFA/IDEA de forma que en su presupuesto no había cantidad para pago de los ayudas, lo que originó que no se tramitaran expedientes de gasto. Por su parte el IFA/IDEA recibió las partidas a través de las transferencias de financiación, que eran sometidas a control financiero, a través del cual se comprobaba si existía una autorización para esas transferencias pero no se comprobaba el destino del dinero porque no tenían los expedientes de gasto. Se limitaban a pagar por orden del Director General de Trabajo.

Señala la sentencia que los requisitos exigibles para fiscalizar de conformidad los expedientes de gasto de transferencias de financiación y los expedientes de gasto de concesión de subvenciones en la Consejería de Empleo, son totalmente distintos, debido a que la finalidad de ambos es completamente diferente. Así, para fiscalizar un expediente de concesión de subvenciones sociolaborales, es necesario acreditar la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, la competencia de la autoridad concedente y el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en la normativa de subvenciones, tales como la existencia de bases reguladoras de la subvención, aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, objetividad y no discriminación o, en otro caso, acreditar la excepcionalidad de la ayuda y la inexistencia de bases reguladoras a las que acogerse, requisitos de los beneficiarios, entre otros.

Por el contrario, para la fiscalización de un expediente de Transferencia de Financiación a IFA-IDEA, dada su naturaleza de instrumento financiero para la cobertura de pérdidas de la empresa pública, sólo es necesario acreditar la existencia de crédito adecuado y suficiente, la competencia legal de la autoridad que lo ordena y una orden de transferencia a IFA-IDEA, ajustada a un calendario de tesorería.

La articulación de un expediente de gasto de transferencias de financiación, tal como se recoge en la documental obrante en autos -Ppri, Anexo 1, carpetas 2 a 5-, conlleva que el crédito consignado del programa 31L, bien sea inicial, bien sea fruto de modificaciones presupuestarias, en la aplicación presupuestaria transferencias al IFA -440.12-, o transferencias de financiación al IFA -440.51-, que vienen a ser lo mismo en ejercicios presupuestarios distintos, se tramita de forma global o unitaria, en un solo expediente, por su totalidad,

formalizándose en base a un acuerdo promovido por el centro gestor del programa, y generándose el documento contable AD, por el total del crédito, con autorización de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, y fiscalización de la intervención delegada de la Consejería de Empleo, y el documento contable OP, por la transferencia de dinero realizada por la Dirección General de Tesorería al IFA, conforme al calendario aprobado, que son fiscalizados por la intervención delegada de empleo.

Los expedientes de gasto de concesión de subvenciones sociolaborales por la Consejería de Empleo, debieron estar sometidos, en todo caso, a fiscalización previa del Interventor de dicha Consejería. Sin embargo, en el período 2001 a 2009, la concesión de subvenciones sociolaborales por la Consejería de Empleo, nunca fue sometido a fiscalización previa del interventor delegado de dicha Consejería.

Los motivos que cuestionen en este particular la sentencia de instancia habrán de ser desestimados.

VI JUICIO DE TIPICIDAD DEL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Preliminar

En este apartado de la sentencia se va a dar contestación a los distintos motivos por infracción de ley, articulados al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, en relación con el delito de prevaricación, en lo que atañe a las cuestiones comunes que plantean buena parte de los recursos 6. En la refutación de cada uno de los recursos se completará nuestra respuesta dando contestación a las cuestiones que se apartan de esos motivos de discrepancia comunes.

17. Pronunciamiento del tribunal de instancia sobre la tipificación de los hechos en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP

La sentencia impugnada ha declarado que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, en la redacción vigente a la fecha de los hechos, al ser más beneficiosa que la establecida posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015.

En su fundamento jurídico 45º y después de hacer referencia a la doctrina de esta Sala sobre el delito de prevaricación administrativa considera que concurren todos los elementos de ese tipo penal.

Los argumentos centrales de la sentencia son, resumidamente, los siguientes:

(i) El tribunal de instancia enumera todas las irregularidades cometidas en la concesión de las ayudas y concluye afirmando que se omitió totalmente el procedimiento legalmente establecido, lo que constituye una actuación administrativa ilegal y arbitraria que colma las exigencias del tipo.

6Recurso de don Florentino, motivos 1º, 2º, 3º y 4º; Recurso de doña Emilia, motivos 2º, 5º, 6º y 7º; Recurso de don Segundo, motivos 7º, 8º y 9º; Recurso de don Mariano, motivo 14º; Recurso de don Severiano, motivo 3º; Recurso de don Benjamín, motivos 8º, 9º y 10º; Recurso de don Demetrio, motivo 4º; Recurso de doña Marcelina, motivos 8º y 9º; Recurso de don Domingo, motivo 1º; Recurso de don Virgilio, motivos 6º y 7º; Recurso de don Evelio, motivo I, apartados I, II y III; Recurso de don Amadeo, motivo 3º; Recurso de don Esteban, motivo 2º y Recurso de don Laureano, motivo 2º.

(ii) Considera que la aprobación de los Proyectos de Ley y la aprobación de las Modificaciones Presupuestarias son resoluciones administrativas en tanto actos reglados del procedimiento de elaboración de las leyes, que no están exentos de control jurídico-penal, sino que han sido dictados en un procedimiento minuciosamente regulado por el derecho administrativo y tienen naturaleza ejecutiva, al poner fin a las distintas fases del procedimiento de elaboración.

(iii) Afirma que el delito de prevaricación no se agota en la aprobación de los Proyectos de Ley de Presupuestos. Son también prevaricadoras los acuerdos previos de elevación, tanto del Consejero de Economía y Hacienda como de la Comisión General de Viceconsejeros, en tanto que incluían las ayudas sociolaborales indebidamente en la partida presupuestaria de "transferencias de financiación", con vulneración patente de un relevante cuerpo normativo que fue absolutamente desconocido, produciéndose como resultado material la elusión de todo procedimiento de control.

(iv) Lo mismo cabe decir de las modificaciones presupuestarias con el plus de arbitrariedad añadido en las realizadas en los ejercicios 2000 y 2001, ya que se trasvasaron fondos ya presupuestados de las partidas adecuadas a otras inadecuadas para la consecución del resultado materialmente injusto;

(v) Igualmente se considera constitutivo de delito de prevaricación la firma del Convenio Marco de 17/07/2001 ya que intervino como otorgante el Director General de Trabajo, que carecía manifiestamente de competencia y se otorgó sin el preceptivo informe de los Servicios Jurídicos del Instituto de Fomento de Empleo (IFA). El citado Convenio, junto con las transferencias de financiación, fueron los instrumentos utilizados para la concesión y entrega ilegal de las ayudas socio-laborales y sirvió para desvincular materialmente la concesión de las ayudas, que correspondía a la Consejería de Empleo, de su pago, que fue realizado por el IFA y luego por el organismo que le sustituyó,

IDEA. También integra el delito el otorgamiento de los convenios particulares, que constituyen el eslabón final de la cadena de actos prevaricadores.

18. Precisiones previas necesarias para realizar el juicio de subsunción típica

Antes de dar respuesta a las objeciones comunes o centrales planteadas en los distintos recursos conviene poner de relieve tres cuestiones previas.

(i) De un lado, tratándose de impugnaciones planteadas por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim deben ser respetuosas con el relato fáctico de la sentencia impugnada, de ahí que todas aquellas alegaciones que no respeten ese presupuesto están abocadas al fracaso.

Nuestro criterio es constante y firme sobre esta cuestión. Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del motivo casacional no puede salirse del contenido del hecho probado".

(ii) De otro lado, como pone de relieve de forma muy acertada el Ministerio Fiscal en su informe a los recursos, el juicio histórico de la sentencia no recoge unos hechos aislados sino una actuación muy compleja, integrada por un conjunto de decisiones, adoptadas por distintas autoridades administrativas, en un periodo de tiempo muy prolongado, pero dirigidas todas ellas a conseguir un único propósito, el otorgamiento de subvenciones excepcionales incumpliendo de forma absoluta los requisitos establecidos en la normativa sobre subvenciones, singularmente la ausencia de bases de convocatoria, la falta de publicidad y la falta de fiscalización previa, dando lugar a la arbitrariedad en la dotación de fondos y en su aplicación concreta. La sentencia ha excluido por razones formales la existencia de una organización criminal y ni siquiera ha afirmado la existencia de un acuerdo previo entre los distintos autores, pero ha declarado probado en distintos párrafos del juicio histórico que todos ellos actuaron con conocimiento de las ilegalidades y con conciencia de las consecuencias que se derivaban de su actuación.

La sentencia impugnada ha considerado prevaricadoras todas las resoluciones necesarias para que esta ilegal distribución de fondos pudiera llevarse a cabo.

En efecto, el tribunal de instancia responsabiliza penalmente a todas las autoridades que con sus decisiones, con su comportamiento activo, hicieron posible la distribución ilegal de subvenciones por importe de cerca de 700 millones de euros y durante un dilatado periodo de 10 años. Para que fuera posible semejante ilegalidad, con afectación de una cantidad ingente de fondos públicos, fue necesario adoptar a lo largo del tiempo distintas resoluciones, sin las cuales ni se habrían concedido las ayudas en los términos que en que lo fueron, ni se habría sometido a aprobación parlamentaria unos proyectos de ley que encubrían el mecanismo fraudulento utilizado para evitar los controles establecidos por el legislador.

(iii) Por último, resulta necesario hacer una tercera acotación. Apreciamos un cierto desorden tanto en la descripción de los hechos como en su subsunción normativa. En el plano fáctico se describen hechos tanto en el relato histórico como en la fundamentación jurídica y, de otro, en esta última se realiza el juicio de subsunción también de forma distinta según se tome en consideración los fundamentos dedicados a cada acusado o el fundamento dedicado singularmente a la calificación jurídico-penal de los hechos (FJ 45º), de ahí que nuestro análisis va a tomar como punto de partida, no el criterio del tribunal expresado en su fundamentación jurídica, sino la calificación que resulte procedente a partir del relato de hechos probados, lo que obliga a precisar qué resoluciones deben ser analizadas para llevar a cabo el juicio de subsunción normativa.

Pues bien, las resoluciones administrativas dictadas y declaradas como probadas en la sentencia son las siguientes:

- Elaboración y aprobación de los Presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22 E, introduciendo indebidamente la aplicación presupuestaria "transferencias al IFA en materia de relaciones laborales", habilitando anualmente mediante transferencias de financiación unas cuantías muy relevantes que se precisan en el relato fáctico.

- Aprobación de las modificaciones presupuestarias de fechas 28/07/2000, 07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 13/11/2001, 05/12/2001, 15/10/2002, 21/10/2002, 18/03/2004, 17/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007, 22/12/2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 01/12/2009.

- Otorgamiento del Convenio Marco de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) de 17/07/2001, suscrito por don Severiano, como Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía y don Mariano, como Presidente del IFA.

- Otorgamiento de los Convenios Particulares suscritos a partir de la firma del Convenio Marco, firmados hasta su cese por el acusado don Borja, como Director General de Trabajo y por el

IFA. En relación con este último, firmados por su Presidente hasta el 28/01/2003 y posteriormente por los Directores Generales de dicho instituto.

- Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27/05/2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del Consejo Rector del IFA.

- Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa PICKMAN SA, según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el Consejo Rector del IFA en su sesión de 02/03/2004.

- Concesión de las ayudas sociolaborales.

Realizadas las precisiones anteriores, corresponde, a continuación, determinar la concurrencia de los presupuestos típicos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, ya que en los distintos recursos se cuestiona la relevancia típica de los hechos enjuiciados.

19. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el delito de prevaricación administrativa: Consideraciones generales

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son: El servicio prioritario de los intereses generales; el sometimiento a la ley y al derecho y la objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines, conforme al artículo 108 de la Constitución (STS 149/2015, de 11 de marzo).

La sanción penal de la prevaricación tiende a garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo, 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo; 477/2018, de 17 de octubre). Con este delito no se pretende controlar la legalidad de la actuación de la Administración Pública, función que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino sancionar los supuestos más groseros en los que la actuación administrativa, además de ilegal, es injusta y arbitraria.

Del texto legal y de su interpretación jurisprudencial se desprende que el delito de prevaricación exige los siguientes presupuestos típicos:

(i) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo. El dictado de una resolución exige, en principio, una acción positiva, una resolución expresa, si bien esta Sala ha admitido la realización del delito en casos de comisión por omisión, cuando sea imperativo realizar la acción y la omisión tenga efectos equivalentes a la acción.

Por resolución se ha venido entendiendo, también como regla general, todo acto administrativo consistente en una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados.

(ii) Que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal. La contradicción con el derecho o ilegalidad puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la falta de respeto a las normas esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución por contravenir la legislación vigente o por constituir un supuesto de desviación de poder.

La STS. 259/2015, de 30 abril, recuerda cómo el Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (SSTS 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril, 674/1998 de 9 de junio y 1590/2003, de 22 de abril de 2004).

(iii) Se precisa que la resolución ocasione un resultado materialmente injusto.

(iv) Y la resolución debe dictarse con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Por tanto, no es suficiente la mera ilegalidad de la resolución, ya que el control de la legalidad, incluso en supuestos de nulidad, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. La intervención del derecho penal ha de quedar restringida a los supuestos más graves (SSTS 755/2007, de 25 de septiembre, y más recientemente, STS 871/2021, de 12 de noviembre, entre otras).

El delito de prevaricación administrativa se caracteriza, además, por las siguientes notas:

(i) Es un delito de infracción de deber que queda consumado, en la doble modalidad de acción u omisión, cuando la autoridad o el funcionario se apartan claramente de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad y por tanto, en arbitrariedad.

(ii) Es un delito especial propio en cuanto solamente puede ser cometido a título de autores por los funcionarios públicos (art. 24 CP). Los "extraneus", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el tipo, serán, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

(iii) Es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base.

(iv) Y es un delito de resultado, no de mera actividad, pero en el que la actividad coincide con el resultado. La STS de 8 de mayo de 2014 recuerda que no es preciso, "que la resolución injusta se ejecute y se materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración. De ahí que no sea fácil hallar en la práctica ni en la jurisprudencia casos concretos de tentativa, que solo podrían darse en supuestos extraordinarios en que la conducta típica de dictar la resolución se mostrara fragmentada en su perpetración".

Declara la STS 303/2013, de 26 de marzo, que "este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodio de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal, y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Descrita nuestra doctrina, en sus líneas más esenciales, en los apartados siguientes daremos contestación a las objeciones más relevantes planteadas sobre el juicio de tipicidad en relación con el delito de prevaricación administrativa.

20. Procedimiento prelegislativo: Determinación del elemento típico "asunto administrativo"

20.1 El artículo 404 CP describe el elemento objetivo del delito de prevaricación administrativa como el dictado de "una resolución arbitraria en asunto administrativo".

No ha habido controversia alguna en relación con la naturaleza administrativa de las resoluciones por las que se concedieron las ayudas. En cambio, en muchos de los recursos se sostiene que las resoluciones dictadas en los procesos de elaboración de los proyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias no se dictaron en un "asunto administrativo", por lo que no podrían ser constitutivas de un delito de prevaricación.

Según esta tesis, las decisiones adoptadas en esos procesos de elaboración normativa no serían más que resoluciones de mero trámite, sin valor autónomo y sin transcendencia frente a terceros, producidas dentro del proceso legislativo de elaboración de las leyes, que integraría tanto la fase de tramitación gubernativa, manifestación de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno, como la fase propiamente legislativa de tramitación parlamentaria.

En apoyo de estos argumentos se citan algunos precedentes jurisprudenciales.

Así, el Tribunal Constitucional en su STC 45/1990, de 15 de marzo, declaró que "no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 CE, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Tít. V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE".

Y en las más recientes sentencias números 1035/2016, 1036/2016, 1037/2016, 1038/2016 y 1039/2016, recaídas en relación con acuerdos del Consejo de Ministros sobre fijación de objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y límite de gastos no financieros, el alto tribunal denegó el amparo frente a las sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo que habían inadmitido tales recursos declarando que los acuerdos del Gobierno carecían de valor propio al estar subordinados a la posterior decisión parlamentaria. En uno de los párrafos más destacados de las sentencias aludidas se puede leer lo siguiente:

"Sostener la sustantividad del acuerdo del Consejo de Ministros en tanto implique reconocerle un valor propio, no subordinado a la decisión parlamentaria, supondría, por lo demás, desapoderar a las Cortes Generales de una facultad que constitucionalmente les corresponde en exclusiva. Y si se afirma la jurisdicción de la Sala para enjuiciar estos acuerdos, no habría argumentos serios para rechazarla respecto de otros actos del Consejo de Ministros, como sería el caso del que apruebe el proyecto de ley de presupuestos generales o cualquier otro proyecto de ley".

En esas mismas sentencias y en relación con un acuerdo del Consejo de Ministros (12/07/2013) por el que se fijaban los objetivos de déficit para el periodo 2013-2015, sin aprobación posterior por el Congreso de los Diputados, también se declaró la falta de jurisdicción, pero por motivos diferentes, por no ser un acto administrativo (falta de efectos ad extra-acto preparatorio)

"La constatación de su naturaleza de acto preparatorio de un acto parlamentario supone la inadmisibilidad del mismo en el presente recurso contencioso administrativo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 69.c) en relación con el 25.1 de la Ley Jurisdiccional".

En efecto, si bien este acuerdo del Consejo de Ministros de fijación de objetivos de déficit y deuda a las Comunidades Autónomas no puede considerarse propiamente como un acto de trámite en el sentido del artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción, dado que no se dicta en el marco de un procedimiento administrativo, sino que se

inserta en un procedimiento sui generis, análogo al presupuestario, destinado a que se pronuncien el Congreso y el Senado -en una decisión sobre cuya naturaleza ya nos hemos pronunciado en el anterior fundamento de derecho-, el acuerdo impugnado, como ya se ha expresado, carece de sustantividad propia y de eficacia jurídica fuera de sus efectos preparatorios de la decisión parlamentaria aprobando tales objetivos.

No es un acto, en efecto, que ponga fin a la vía administrativa, ni de manera definitiva ni por quedar comprendido en los actos de trámite de las categorías definidas por el citado artículo 25 de la Ley jurisdiccional (decidir el fondo del asunto, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos), puesto que el procedimiento en el que se inserta finaliza en un acto parlamentario. Por otra parte, el acto carece de efectos jurídicos ad extra del procedimiento contemplado en el artículo 15 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, por las razones expuestas, por lo que por sí mismo no podría afectar a derechos o intereses de terceros.

Así pues, un acuerdo del Consejo de Ministros de fijación de objetivos de déficit y deuda dictado en el marco del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2012, tanto si culmina en el acuerdo parlamentario que constituye el objetivo para el que nace y que constituye su proyección natural, como si queda ineficaz por no alcanzar dicho objetivo, queda fuera del alcance de nuestra jurisdicción. Sin embargo, en este último supuesto y al no haber recaído acto parlamentario, resulta procedente declarar la inadmisión por no tratarse de un acto impugnado al no quedar comprendido en los descritos en el artículo 25, más que por falta de jurisdicción, como sucede cuando el procedimiento culmina en una decisión"

Se cita en alguno de los recursos la STS 20/04/1993, Sala III, (Recurso 1861/1991) en la que se impugnó el proyecto de presupuestos generales de la Comunidad Valenciana de 1990, por omitir la previa reunión de la mesa de la función pública, pretendiéndose su inconstitucionalidad y solicitando su nulidad y el alto o tribunal desestimó el recurso argumentando que "se trata, por tanto, de revisar la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, lo que no es posible en este Orden jurisdiccional por constituir una actuación no regulada por el Derecho Administrativo, como acertadamente señala la sentencia apelada, y ello cualesquiera que sean los motivos en que se apoye la impugnación".

Y se hace mención, por último, del ATS de 28/02/2011 de esta Sala (recurso 20799/2010) sobre querrela por delito de prevaricación contra el Gobierno de Andalucía en relación con un plan de reordenación del sector público andaluz que finalmente fue aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2010, de 27 de julio, en el que se inadmitió la querrela, argumentando que "nos encontramos que la decisión cuestionada por los querellantes ha sido adoptada por el Parlamento andaluz, ya sea en Comisión Permanente o en el Pleno y desde ese momento pasa a ser un acto del legislativo, no administrativo, el presupuesto del delito de prevaricación "resolución administrativa" se desvanece al tratarse de un acto del legislativo, cuyos autores no son los querellados, Junta de Gobierno de la Comunidad, sino el Parlamento andaluz, que refrenden lo que hasta ese momento era un mero proyecto sin sustantividad ni eficacia, por lo que cualquier duda sobre si por estar o no comprendida entre las competencias atribuidas por la Constitución y su Estatuto de Autonomía, es o no constitucional, como dicen los propios querellantes en su escrito, "... al tratarse de normas "con rango de ley", se hurta su conocimiento al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y por ende, a los particulares, asociaciones y sindicatos, quedando reservado sin posible recurso a las personas e instituciones legitimadas para interponer el recurso de inconstitucionalidad".

Por tanto, de estas resoluciones podría inferirse que el acuerdo de aprobación de un proyecto de ley forma parte del proceso legislativo, no pone fin a la vía administrativa, no produce efectos ad extra y es un mero acto de trámite. Si esto es así para la resolución que pone fin al proceso legislativo, menor relevancia han de tener las resoluciones previas adoptadas por las distintas autoridades en el proceso prelegislativo.

20.2 Como premisa inicial debe desterrarse la idea de que cualquier acto vinculado con la actividad parlamentaria es inmune a la jurisdicción penal. El sentido de la autonomía parlamentaria es más limitado.

Con motivo de la condena a determinados miembros de la Mesa de un parlamento autonómico por desobedecer unas órdenes del Tribunal Constitucional, el máximo intérprete constitucional en la reciente Sentencia del Pleno, número 58/022, de 7 de abril, con abundante cita de precedentes, de ha declarado lo siguiente:

"En fin, como también se razonó en el ATC 180/2019, FJ 10), las admoniciones y los apercibimientos de eventuales responsabilidades que se dirigen a los miembros de la mesa del Parlamento de Cataluña en modo alguno atentan contra la autonomía parlamentaria y los derechos de los diputados del Parlamento de Cataluña. Son la consecuencia obligada de la sumisión a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluidas las Cámaras legislativas. No suponen por tanto en modo alguno una restricción ilegítima de la autonomía parlamentaria, ni atentan a la inviolabilidad de los parlamentarios ni comprometen el ejercicio del derecho de participación de los representantes políticos garantizado por el art. 23 CE), como este tribunal viene declarando en resoluciones precedentes (por todos, AATC 24/2017, de 14 de febrero, FJ 9; 123/2017, de 19 de septiembre, FJ 8, y 6/2018, de 30 de enero, FJ 6). Tampoco vulneran, por consiguiente, los derechos a la libertad ideológica, de expresión y de reunión de los diputados. De igual modo procede descartar la queja referida a que el ATC 180/201, al exigir a los miembros de la mesa del Parlamento de Cataluña, bajo apercibimiento de responsabilidad, que impidan o paralicen cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad acordada de

los concretos incisos de la resolución 534/XII, impone una inadmisibles censura del debate parlamentario, contraria al principio democrático, a la autonomía parlamentaria y a la propia configuración de la mesa de la Cámara, a la que se atribuiría un improcedente control de constitucionalidad de las iniciativas parlamentarias. Importa recordar una vez más, como ya se hizo en el propio ATC 180/2019, FJ 9, que 'la autonomía parlamentaria (art. 58 EAC) no puede en modo alguno servir de pretexto para que la Cámara autonómica se considere legitimada para atribuirse la potestad de vulnerar el orden constitucional (STC 259/2015, FJ 7), ni erigirse en excusa para soslayar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional (AATC 170/2016, FJ 6; 24/2017, FJ 8; 123/2017, FJ 8, y 124/2017, FJ 8)'. Por otra parte, como reiteradamente venimos declarando, el debido respeto a las resoluciones del Tribunal Constitucional y, en definitiva, a la Constitución, que incumbe a todos los ciudadanos y cualificadamente a los poderes públicos, veda que las mesas de las Cámaras admitan a trámite una iniciativa que de forma manifiesta incumpla el deber de acatar lo decidido por este Tribunal (por todas, SSTC 46/2018, de 26 de abril, FFJJ 5 y 6; 47/2018, de 26 de abril, FFJJ 5 y 6); 115/2019, de 16 de octubre, FFJJ 6 y 7 (EDJ 2019/714327), y 128/2019, de 11 de noviembre".

Esta Sala también ha precisado el contenido de la autonomía parlamentaria. En la STS 301/2021, de 8 de abril, también relacionado con un caso de desobediencia de los miembros de una mesa de un parlamento autonómico que desobedeció órdenes expresas del Tribunal Constitucional, se extendió sobre el origen y contenido de la inmunidad parlamentaria, señalando que esa autonomía no alcanza a la desobediencia a cumplir un mandato judicial.

La sentencia expone algunas consideraciones de utilidad para el caso que ahora nos ocupa. De un lado, distingue entre la actividad puramente parlamentaria y las actuaciones de la Mesa del Parlamento, que son actos gubernativos. De otro, que los actos parlamentarios no pueden dirigirse nunca al incumplimiento de la Ley.

Dice la sentencia:

" lo que se ha de determinar para la correcta delimitación del perfil de la prerrogativa de inviolabilidad, es la naturaleza misma del acto ejecutado, pero como en el caso enjuiciado, el objeto de decisión por los parlamentarios imputados se limitaba a la manera de dar cumplimiento a lo resuelto en una Sentencia firme, que afectaba a la disolución de un Grupo Parlamentario, tal comportamiento es claro que no consistía en un puro acto parlamentario de naturaleza política, sino un acto de ejecución de una sentencia firme, que requería la cooperación de los responsables de la Cámara para su ejecución, a los efectos dispuestos en el art 118 de la Constitución española, y en el art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"

Añade la citada resolución:

"No dar cumplimiento a un mandato judicial en ejecución de lo resuelto en una sentencia firme es, en definitiva, no aplicar la ley. Y es meritorio que los actos parlamentarios no pueden dirigirse al incumplimiento de la ley. Por ello, la imputación del acto en que consisten estas actuaciones, desde la perspectiva expuesta, es un acto de instrumentalidad parlamentaria, por su contenido y finalidad, pero no un acto de producción legislativa, ni de control del Gobierno. Correlativamente, el acuerdo que pueda adoptarse (para tratar de ejecutar lo resuelto) ni altera la composición de la Cámara ni afecta a su soberanía. No puede sostenerse, en consecuencia, que la prerrogativa de inviolabilidad parlamentaria se invoca para excluir la jurisdicción del Tribunal enjuiciador, por tratarse de la adopción de un acuerdo que no puede estar abarcado por la inviolabilidad parlamentaria, máxime si, como dice muy reiteradamente el Tribunal Constitucional, dicho acto ha de interpretarse restrictivamente para no extender el privilegio, dejando espacios de impunidad en donde carecen de cualquier sentido y finalidad. En definitiva, la histórica restricción del privilegio no puede ahora ser ampliada, para dar cobertura a un acto interno que ni afecta a la soberanía de la Cámara ni altera su configuración» (STS 1117/2006, 10 de noviembre)".

Si no puede predicarse la naturaleza estrictamente parlamentaria de un acto gubernativo de la Mesa de una cámara legislativa, difícilmente puede incluirse en esa categoría al trámite prelegislativo de un proyecto de ley por tres razones: No lo realiza el Parlamento sino el Gobierno, no tiene naturaleza política en lo que atañe al procedimiento de tramitación y a las reglas a que ha de ajustarse su elaboración y está sujeto al derecho administrativo.

20.3 El proceso prelegislativo de elaboración de un proyecto de ley no es un acto estrictamente parlamentario, según hemos razonado, pero tampoco forma parte en sentido estricto del proceso legislativo de elaboración de una ley.

El título V del Reglamento del Parlamento de Andalucía (artículo 108 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Andalucía), al igual que ocurre con el Reglamento del Congreso de los Diputados (artículos 109 y siguientes), establece como momento inicial del proceso legislativo la recepción de un proyecto de ley, junto con los documentos de necesario acompañamiento (exposición de motivos, memoria, antecedentes, etc.). Los trámites anteriores no forman parte de ese proceso en sentido estricto.

En nuestro caso y tratándose de una ley tan trascendental como la del presupuesto anual, con un componente técnico muy relevante, el proceso de elaboración estaba previsto en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía, y en la posterior ley, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010 de 2

de marzo. En ambas normas se regula con cierto detalle los trámites que habían de seguirse en la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos hasta la aprobación por el Consejo de Gobierno, siendo objeto, además, de un desarrollo reglamentario singular y detallado. Además, dada la especial naturaleza de toda ley presupuestaria, su contenido material en ciertos aspectos viene predefinido por otras leyes. Por lo tanto, estamos ante procesos regulados por el derecho administrativo.

A la vista de lo anterior surgen de inmediato las siguientes preguntas: ¿Las normas a que ha de ajustarse el procedimiento prelegislativo tienen algún valor? ¿Tiene sentido que la infracción de esas normas esté protegida por la inmunidad propia de los actos parlamentarios?

Es cierto que todo Parlamento goza de absoluta libertad, dentro de los límites constitucionales, para legislar, y también lo es que a todo Gobierno se le atribuye la iniciativa legislativa, que es uno de los mecanismos a través de los cuales ejerce su función de dirección política. Pero esta función viene precedida de un procedimiento previo que tiende a garantizar la calidad y legalidad del Proyecto de Ley. El Gobierno, en este caso el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, cuenta con información, tiempo, medios técnicos y órganos de control jurídico para hacer posible que el texto del Proyecto de Ley que se eleva finalmente al Parlamento se ajuste a la legalidad y cumpla con las directrices políticas y económicas establecidas por el propio Gobierno.

La diferente naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo nos resulta patente si se atiende a las distintas normas que lo regulan y al momento en el que las normas constitucionales o el Estatuto de Autonomía de Andalucía fijan el inicio del procedimiento legislativo, pero las sentencias a que hemos hecho referencia parecen ir en la dirección opuesta.

Sin embargo, entendemos que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han establecido su doctrina con el objetivo de determinar el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa. Carece de sentido que un proyecto de ley pueda ser impugnado de forma paralela a la ley que posteriormente lo apruebe y sería contrario a la facultad de iniciativa legislativa que corresponde a todo Gobierno y, sobre todo, al ámbito soberano del Parlamento, que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera limitar la facultad del Parlamento de examinar, enmendar y aprobar un proyecto de ley.

Pero la cuestión tiene otro enfoque cuando se trata de determinar qué deba entenderse por asunto administrativo a efectos penales. El Gobierno y la Administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable.

En la STS 259/2015, de 30 de abril, dijimos, con cita de otros precedentes (STS 941/2009, de 29 de septiembre) que por "asunto administrativo" no han de entenderse los "asuntos regidos por el derecho administrativo", sino "todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos" y entendemos que los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un Proyecto de Ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación.

21. Control de los actos de gobierno

21.1 Otro de los argumentos impugnativos para cuestionar la tipicidad de la conducta de los integrantes de la Junta de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía consiste en afirmar que las resoluciones por las que se acordó elevar los Proyectos de Ley al Parlamento o las que aprobaron las modificaciones legislativas son actos políticos inmunes a todo control jurisdiccional.

La idea de que determinadas actuaciones políticas de gobierno puedan quedar exentas de control jurisdiccional está en estrecha relación con el ejercicio democrático del poder y con la noción de Estado de Derecho, hasta el punto de que no faltan corrientes doctrinales que apuntan a la tesis de que no debiera haber actos exentos de la posibilidad de control jurisdiccional sobre la base de cuatro preceptos constitucionales: el artículo 1.1 CE que califica a España como un Estado de Derecho; el artículo 9.1 CE que dispone la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; el artículo 103 CE que atribuyen al poder judicial el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el artículo 24 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

El control de los actos del gobierno se ha ido ampliando progresivamente hasta el punto de que el concepto de acto político, incluso de acto de gobierno, está en franca decadencia y en la doctrina administrativista se utiliza la categoría más amplia de acto discrecional para establecer los límites del ámbito de actuación de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin necesidad de acudir a precedentes más remotos, en la Ley de la Jurisdicción Administrativa de 1956, que participaba de los valores propios del régimen autoritario entonces vigente, se excluía de control jurisdiccional a los actos políticos, precisando que tenían esa consideración "los que afectan a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado y mando y organización militar" sin perjuicio de las

indemnizaciones que fueren precedentes cuya determinación si corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa". En la Exposición de Motivos se justificaba esta posición distinguiendo claramente entre las funciones política y administrativa.

La entrada en vigor de la Constitución, acogiendo en plenitud los valores democráticos en el ejercicio del poder y configurando nuestro país como un Estado de Derecho, obligaba a una revisión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, reduciendo los ámbitos inmunes al control jurisdiccional, lo que tuvo lugar mediante la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En la Exposición de Motivos de la citada ley se justificaba el cambio legislativo haciendo referencia a la incompatibilidad del Estado de Derechos con ámbitos de inmunidad como el que se había construido a partir de la idea de acto político, del que se insiste en su decadencia y se modificó la norma que determinaba el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso- administrativa que, conforme al artículo 2.2 a) de la citada ley, habría de conocer de las cuestiones que se susciten en relación con "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran precedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos".

En relación con los elementos reglados, antes incluso de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, la Sala III del Tribunal Supremo dictó una sentencia paradigmática, sometiendo a control jurisdiccional una decisión netamente política, el nombramiento de Fiscal General del Estado, cuya propuesta corresponde constitucionalmente al Gobierno, conforme al artículo 124.4 CE. En la STS de 28/06/1994, se consideró que el requisito establecido en el artículo 29 del Estatuto del Ministerio Fiscal, para poder ser nombrado Fiscal General del Estado, referente a que debía "ser jurista español de reconocido prestigio y con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión", era un elemento reglado susceptible de control jurisdiccional, por venir impuesto por el Legislador y estar descrito con un lenguaje netamente jurídico-administrativo.

El control jurisdiccional de los actos de gobierno, por tanto, está plenamente asentado y, así, en la más reciente STS 920/2019, Sala III, de 26 de junio, se reitera que "para hablar de actos políticos de Gobierno - o de los Consejos de Gobierno- es necesaria no sólo su procedencia formal (que contempla el artículo 2 a) LJCA), sino también que tengan por contenido una determinación de la denominada "dirección política" del órgano que la emite que ostente total libertad en el fin, de forma que el contenido de esa decisión permita optar entre varias opciones y que todas ellas sean lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra, con la consecuencia de que el acto no será controlable judicialmente en sus elementos de fondo, pero sí en los elementos reglados que nuestra jurisprudencia ha denominado "judicialmente asequibles".

21.2 El problema, por tanto, estriba en determinar si las decisiones adoptadas en los procesos prelegislativos de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos o las adoptadas en los procesos de aprobación de las modificaciones presupuestarias son o no "actos de gobierno", caracterizados, según hemos expuesto antes, por la discrecionalidad propia del acto político.

La STC 45/1990 declaró que "no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 CE , está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Tít. V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE ".

A partir de este pronunciamiento, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional vienen considerando que el envío de un proyecto de ley al Parlamento es un acto de gobierno no fiscalizable por la jurisdicción contencioso- administrativa.

La Sala III del Tribunal Supremo ha sido constante en afirmar que la elevación de un proyecto de ley al Parlamento constituye el ejercicio de la iniciativa legislativa que, como función política, es inmune al control jurisdiccional incluso aunque su proceso de elaboración está reglado y sujeto a normas imperativas. Hay un buen número de pronunciamientos en esa dirección. Así, en la STS de 26/10/1999, resolutoria de un recurso interpuesto contra la impugnación del Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre creación del municipio de Los Alcáceres (Murcia), se declaró que se trataba de una decisión política inmune al control de la jurisdicción contencioso- administrativa,. Y esa doctrina ha sido ratificada recientemente en la STS de 21/12/2011, de 21 de diciembre, en la que se impugnó la inadmisión de un recurso contencioso administrativo interpuesto precisamente contra un acuerdo del Gobierno Vasco, aprobatorio del proyecto de ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En ambas resoluciones se afirmó la naturaleza política de las resoluciones y la imposibilidad de su impugnación ante la jurisdicción contencioso- administrativa con el siguiente argumentario:

"a) La iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras, amén de las prerrogativas que tienen las Asambleas de las Comunidades Autónomas para solicitar del Gobierno la adaptación de un proyecto de Ley o remitir a la mesa del congreso una proposición de Ley, no es susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa,

pues tal iniciativa no es el simple producto de un actuar de la Administración, sino del ejercicio de una funciones específicas que la Constitución encomienda al gobierno - entre otros-, en cuanto que, en el Consejo de Ministros concurre una doble naturaleza; ya que si bien y, por una parte, está integrado en la Administración Pública constituyendo su órgano superior, por otra, cuando realiza una actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la "iniciativa legislativa" en orden a la aprobación y remisión de las Cortes generales de un determinado proyecto de Ley, se trata de una actividad política que culmina en un acto de tal naturaleza no susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto a "sensu contrario" en los arts. 37 y 1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción y, asimismo, a tenor de lo establecido en el art. 2-b) de la misma (STS 25/10/90).

b) No toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art.97 del texto constitucional, está sujeta a Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos jurisdiccionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución (STC 15/05/90).

c) Estas ideas, formuladas en términos generales respecto de las relaciones entre Gobierno y Cortes, son también aplicables a las relaciones entre los ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas, ya que la solución contraria podría desnaturalizar el juego democrático entre aquellas instituciones (STC 29/11/90 y ATC 10/12/90).

d) No estamos en presencia de un acto de la Administración Pública, sujeto al derecho administrativo, cual exige el artículo primero de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que ésta pueda desarrollar su función fiscalizadora, sino que es objeto de impugnación jurisdiccional un acto del Gobierno, en cumplimiento de la potestad constitucional de iniciativa legislativa que le corresponde (art. 87.1 de la Constitución), diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios mecanismos de control; sin que, en consecuencia y por tanto, pueda ejercer esta Jurisdicción su función, ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios que esta Sala ha ponderado ante supuestos de distinta naturaleza y contenido al aquí enjuiciado (ATS de 3/12/98).

A la vista de los precedentes que acabamos de señalar no puede ocultarse que en el ámbito contencioso-administrativo se viene entendiendo que el envío de un proyecto de ley al Parlamento es la expresión de la voluntad política del gobierno y, como tal, es inmune al control jurisdiccional. No es posible fiscalizar la decisión de impulsar un determinado proyecto de ley y tampoco fiscalizar el proceso de elaboración y el contenido material de un proyecto de ley. El Gobierno establece las prioridades que tiene por conveniente y decide su remisión con criterios de discrecionalidad y oportunidad sobre los que nada tiene que decir la jurisdicción.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que la elevación de un proyecto de ley al Parlamento viene precedida de un procedimiento prelegislativo, regulado por normas de derecho administrativo, lo que permite sostener que la decisión por la que se aprueba un proyecto de ley y se remite al Parlamento tiene una doble naturaleza: Es una decisión política pero, a la vez, es una decisión que culmina el proceso prelegislativo.

En esa dirección es necesario citar de nuevo la STS de 21/12/2011, de 21 de diciembre, en la que parece distinguirse entre la decisión de remisión del proyecto de ley y los trámites precedentes. Respecto de estos últimos, se dice en la sentencia que " diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios mecanismos de control..."

No faltan posiciones doctrinales que consideran que las resoluciones adoptadas en la fase prelegislativa podrían ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, posiciones que no parecen tener acogida alguna por la doctrina del Tribunal Supremo, según acabamos de exponer. Y existen razones de relevancia para ello. No tiene sentido admitir un recurso contra un proyecto de ley que no es aún norma y que puede sufrir modificaciones o incluso no ser aprobado en su tramitación parlamentaria. Y no es admisible tampoco cercenar las facultades del Gobierno en el ejercicio de la iniciativa legislativa sometiendo al Parlamento a tuteladas innecesarias, cuando el órgano legislativo puede modificar el proyecto de ley y cuando se disponen de instrumentos jurídicos que pueden corregir las ilegalidades que se adviertan en la ley finalmente aprobada.

Ahora bien, lo que se debe determinar en este caso no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 CP, que es algo sustancialmente diferente.

Hemos razonado por qué entendemos que el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo y en ese procedimiento se dictan algunas resoluciones que son indispensables para que tenga lugar la remisión del anteproyecto de ley al Parlamento y que deben ajustarse a lo establecido en las leyes.

Puede distinguirse, por tanto, entre la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno así como el contenido del proyecto normativo, en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad y discrecionalidad, que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional, y las distintas decisiones que se

adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley) que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Estas últimas son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción, Carecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley.

En el caso de una ley de presupuestos esta distinción es especialmente relevante. Una ley de esa naturaleza tiene un doble contenido: De un lado, la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, que es una decisión de naturaleza política. De otro, el procedimiento de elaboración y los criterios financieros que desarrollan y aclaran los estados cifrados, que deben sujetarse a las normas de naturaleza procedimental y financieras de obligado cumplimiento. Lo mismo puede predicarse del proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria.

Por tanto, las resoluciones dictadas relativas a este segundo contenido no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino "resoluciones en asunto administrativo", a los efectos del artículo 404 del Código Penal.

22. Concepto de "resolución en asunto administrativo: Doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo

Dicho lo anterior, no toda resolución en asunto administrativo es típica a efectos del delito de prevaricación.

De forma constante esta Sala ha venido reiterado que a efectos del delito de prevaricación administrativa, "por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias" (SSTS 597/2014, de 30 de julio, 787/2013, de 23 de octubre y 311/2019, de 14 de junio, entre otras muchas).

En esa misma línea la STS 359/2019, de 15 de julio, con cita de otra anterior (627/2006), proclama lo siguiente:

"por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ". En este artículo se hace referencia a la resolución diciendo que "la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo". Como se recuerda en la STS nº 309/2012, de 12 de abril , " lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración".

Ahora bien, con el criterio jurisprudencial expuesto, que nos sirve de punto de partida para la exégesis del actual artículo 404 CP, no podemos dar por zanjado el problema de determinar qué ha de entenderse por "resolución en asunto administrativo" y ello porque el tipo penal describe el elemento objetivo sin acudir a conceptos propios del derecho administrativo, tales como "resolución administrativa", "resolución susceptible de control a través de la jurisdicción contencioso- administrativa", "resolución que pone término al proceso administrativo", "procedimiento administrativo" u otros que podrían permitir perfilar con mayor precisión la delimitación del tipo objetivo del delito tipificado en el artículo 404 CP.

Por tal motivo se hace necesario que la jurisdicción penal aborde el entendimiento del precepto con autonomía y así lo hemos proclamado en reiteradas resoluciones (SSTS 941/2009, de 29 de septiembre), y en el ejercicio de esa función nomofiláctica conviene hacer algunas precisiones que se han ido desgranando en distintos pronunciamientos de esta Sala a lo largo de los últimos años.

(i) No puede identificarse la "resolución en asunto administrativo", con "resolución administrativa", término que tiene un significado preciso en el ámbito administrativo y que no fue utilizado por el Legislador (artículo 88 y concordantes de la 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común). La resolución administrativa es una especie del acto administrativo, mientras que la resolución en asunto administrativo es más genérica e incluye todo acto decisorio sobre el fondo del asunto, dictado en asunto administrativo, lo que permitiría incluir, por ejemplo, declaraciones de voluntad bilaterales como los contratos administrativos.

En esa dirección, la STS 277/2018, de 8 de junio, argumenta lo siguiente:

"La doctrina científica más reciente viene dando un paso más allá en el concepto de lo que se entiende por "resolución" en el contexto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP , para entender que el delito de

prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que, cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo . (...)

(ii) El presupuesto de que la resolución tenga contenido decisorio, no exige que ponga fin a la vía administrativa ni que concluya el procedimiento, por lo que ha de entenderse como resolución no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento. Por otra parte, para la consumación del delito no es necesario que se trate de una resolución firme, siendo irrelevante que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico.

(iii) Esta Sala ha extendido el concepto de resolución a ciertos contratos otorgados en ejecución de una resolución administrativa. En la citada STS 277/2018, de 8 de junio, en relación con un contrato otorgado con posterioridad y en el que se alteraba lo establecido en la resolución administrativa previa, se estimó que existía un nexo indisoluble entre la resolución y el contrato de forma que el otorgamiento de éste constituía la consumación del delito de prevaricación. Se puede leer en la sentencia lo siguiente:

"...esta alteración es "vehicular" de la resolución de adjudicación y viene a formar parte de ella, por cuanto viene a constituir un nexo indisoluble de la resolución, de tal manera que la arbitrariedad se consuma con la redacción del contrato alterando el contenido del pliego de condiciones que era la base, también, de la resolución en cuanto a los requisitos a cumplir con la empresa adjudicataria, pero que luego se difuminan de forma notable y grosera al modificar de forma radical un elemento tan sustancial en el contrato, como lo es la fecha del inicio de la obligación de pago retrasada, nada menos, que al inicio de la explotación de la concesión".

Y otro supuesto similar se enjuició en la STS 149/2015 de 11 de marzo, en la que se consideró que el delito de prevaricación era producto de una acción compleja en la que la resolución administrativa constituía el soporte previo de la acción y el contrato posterior otorgado en su ejecución constituía la materialización de lo dispuesto en la resolución. En la sentencia se afirma:

"como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado "... En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre , se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero"

La extensión de la categoría de resolución en asunto administrativo a los contratos dictados en ejecución de una resolución administrativa previa se reitera en la STS 359/2019, de 15 de julio y en la más reciente STS 520/2021, de 16 de junio.

(iv) En la STS 359/2019, de 15 de julio, se recuerda que excepcionalmente también pueden tener la consideración de resolución a efectos penales los informes vinculantes. Dice la sentencia:

"En cuanto a los informes, el CP prevé expresamente la sanción de su autor en el artículo 320 , pero no en el artículo 404, que considera autor solamente a quien dicta la resolución. Aunque excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta, en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución, entendida ésta, como dijimos más arriba como una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general , o, como resulta de la ley administrativa, antes citada, como un acto que pone fin al procedimiento administrativo, " decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquéllas otras derivadas del mismo ". No es posible, pues, considerar que un informe no vinculante es equiparable a una resolución".

Esta Sala, en la STS163/2019, de 26 de marzo, ha considerado como constitutivos de prevaricación la realización de actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor, mediante la formulación de proposiciones contrarias a la ley o informes que no responden a la verdad cuando se hace a sabiendas de que el órgano decisor aprobará la propuesta .

(v) Precisamente en relación con los actos de trámite que, como se ha expuesto, quedarían extra muros del concepto de "resolución" debe advertirse que es una categoría susceptible de matizaciones por cuanto la propia Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 112 equipara a efectos de recursos administrativos las resoluciones y los actos de trámite, siempre que estos últimos "deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".

Por tanto, la propia Ley 39/2015 distingue entre los distintos actos de trámite y su relevancia y en esa misma dirección esta Sala en la STS163/2019, de 26 de marzo, ha declarado que constituye resolución a efectos penales los actos decisorios del procedimiento siempre que constituyan un eslabón necesario en la cadena instrumental que determina la resolución final, doctrina de especial relevancia en decisiones administrativas adoptadas en procesos de decisión complejos.

Declara la citada sentencia:

"en el iter que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el delito de prevaricación. Y ello, en base a la "eficacia determinante" del acto o informe desplegado, que coaduya a la decisión final que se dicta "a sabiendas de su injusticia. De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP, de tal manera que suponen, y podrían calificarse como "eslabones de relevancia" en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, "decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta" (FJ 18º) "...se ha explicado con detalle anteriormente el alcance del concepto "resolución" en las operaciones desplegadas por los intervinientes

entes como autores y como cooperadores necesarios por su condición de extraneus. Y los actos desplegados por los autores del delito del art.404 CP no son meros "actos de trámite", sino actos concluyentes y relevantes para ser considerados eslabones necesarios en la cadena instrumental para la decisión adoptada por el Pleno del Ayuntamiento que conllevó la aprobación y firma del Convenio de adquisición de los terrenos. Hemos explicado con detalle estas actuaciones de los autores directos y en las que se integran los propietarios de los terrenos como recurrentes, si bien no en su condición de inductores, sino de cooperadores necesarios, con los efectos penológicos que se citan más tarde (FJ 41º).

(vi) Incluso hemos llegado a afirmar que toda la tramitación de un expediente puede ser prevaricadora cuando el procedimiento ha sido incoado para delinquir, en cuyo caso no todas las decisiones adoptadas durante su desarrollo pueden ser consideradas actos de trámite, debiéndose discriminar en cada caso si las distintas resoluciones adoptadas durante ese desarrollo tienen o no contenido decisorio.

Así, en la SSTS 1051/2013 de 26 de septiembre, declaramos lo siguiente:

"Toda la tramitación del expediente era prevaricadora, porque el expediente fue incoado para delinquir. Por eso, en este contexto, referirse a la corrección del expediente administrativo, que en condiciones de legalidad ha de estar orientado al cumplimiento de los fines legítimos de la Administración y que en el presente caso se incoó para defraudar, es inaceptable. En ese expediente, como señala la sentencia, la acusada tuvo además una intervención decisiva en varios momentos diferentes. Incluido el momento del cierre, constituido por el Decreto de abono a Video U de las subvenciones concedidas. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el thema decidendi. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice."

En conclusión, los pronunciamientos de esta Sala permiten sostener que el concepto de resolución al que alude el artículo 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley.

Y esa extensión del concepto de resolución a efectos penales tiene su justificación en dos factores:

De un lado, esta Sala ha puesto de relieve en múltiples ocasiones que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero).

El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria

cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, ya que en tales casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre).

Y, de otro lado, puede ocurrir que la acción prevaricadora se instrumente a través de acciones complejas que se desarrollen mediante un conjunto de decisiones y que todas ellas sean determinantes del resultado final.

Pues bien, en el presente caso la sentencia impugnada ha considerado resoluciones constitutivas de delito de prevaricación todas las resoluciones necesarias para que esta ilegal distribución de fondos pudiera llevarse a cabo, a saber: La aprobación de los Proyectos de Ley de Presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la aprobación de los proyectos de presupuestos por el Consejero de Hacienda y por la Comisión General de Viceconsejeros; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del Consejero, Viceconsejero y Secretario General Técnico; la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias; la concesión de las subvenciones y los Convenios suscritos para proceder al pago de las subvenciones, tanto el Convenio Marco de 17/07/2001, como los distintos Convenios Particulares.

Dijimos al principio de este capítulo que con la prevaricación se castiga la desviación de poder y decimos al final que la prevaricación puede, en ocasiones, presentarse mediante una acción compleja. En este caso la prevaricación declarada en la sentencia de instancia no ha sido simplemente la adopción de unas resoluciones contrarias a derecho en los trámites de elaboración y aprobación de las normas presupuestarias. Si la actuación de los acusados se hubiera limitado a esa conducta, nada tendría que decir la jurisdicción penal. Pero en este caso se añade el hecho de que estas decisiones se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el cumplimiento de las exigencias de las normas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía. En eso radica la desviación de poder y la relevancia penal de la conducta enjuiciada. La finalidad perseguida es determinante para apreciar la arbitrariedad de las resoluciones dictadas, para valorar la actuación consciente seguida por los autores y para valorar la relevancia típica de las decisiones adoptadas por los distintos acusados. Todos ellos adoptaron, en su ámbito administrativo de decisión, resoluciones necesarias para que el efecto finalmente pretendido se pudiera producir.

Analizamos, a continuación, cada una de estas resoluciones.

23. Resoluciones del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, aprobatorias de los Proyectos de Ley de Presupuestos

23.1 La sentencia de instancia estima que la aprobación del Proyecto de ley de presupuestos es una resolución administrativa a los efectos del artículo 404 CP.

Afirma la sentencia (págs. 1688-1699) que:

"Ninguna duda cabe de que la decisión del Consejo de Gobierno de aprobar el Proyecto de Presupuestos y su remisión al Parlamento, constituye una resolución a los efectos del delito de prevaricación. Pues, constituye un acto decisorio adoptado sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo. Este carácter ejecutivo hay que entenderlo en el contexto del expediente administrativo en el que se adopta dicha decisión. Esta decisión tiene carácter ejecutivo, por cuanto pone fin al procedimiento de elaboración del Proyecto de Presupuesto y acuerda su remisión al Parlamento. Sin dicha decisión, sería imposible que el Parlamento pudiera aprobar el Presupuesto. Por consiguiente, no cabe confundir el carácter ejecutivo del Presupuesto, una vez aprobado por el Parlamento, con el carácter ejecutivo de la decisión del Consejo de Gobierno aprobando el Proyecto de Presupuesto, como decisión que pone fin al procedimiento administrativo de elaboración del mismo".

La remisión de un Proyecto de ley de Presupuestos al Parlamento Andaluz va precedida de un extenso y detallado expediente administrativo, compuesto, a su vez, de distintos expedientes, en los que, conforme a lo previsto en las leyes, se van produciendo distintas resoluciones.

En la sentencia de instancia se hace una extensa referencia al procedimiento prelegislativo que precede a la remisión al Parlamento del Proyecto de Ley (FJ 15ª, páginas 525 y siguientes y FJ 45ª, 1681 y siguientes).

De conformidad con lo establecido en el Estatuto de Autonomía (artículo 63 del Estatuto de 1981 y artículo 190 del Estatuto de 2007) la elaboración y aplicación o ejecución del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía corresponde al Consejo de Gobierno que debe proceder en la forma prevista en la Ley General de la Hacienda Pública que dedica todo un título de su articulado a regular el contenido y procedimiento de elaboración del Presupuesto (Título II de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía y 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) .

Conviene destacar que el principio de legalidad está en la base del cumplimiento de la gestión económica de la Junta de Andalucía, incluida la presupuestaria, y así lo proclamaba el artículo 3.1 de la citada Ley 5/1983, de 19 de julio, en el que se dispone:

"La administración de la Hacienda de la Comunidad Autónoma cumplirá sus obligaciones económicas y las de sus organismos e institucionales mediante la gestión y aplicación de su haber, con respeto absoluto a los principios de legalidad y eficacia, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico y a la ordenación de lo que en materia de política económica y financiera sea de la competencia de la comunidad".

El procedimiento de elaboración tiene una primera fase en la que los órganos superiores de la Junta y de las distintas Consejerías remiten los respectivos anteproyectos de estados de gastos y los anteproyectos de estados de ingresos y gastos, recursos y dotaciones de los organismos, instituciones y empresas. Así, el artículo 39.5 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma disponía que corresponde a cada consejero "formular el anteproyecto de su Consejería" (En igual sentido artículo 26.1 g) de la posterior Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía).

El artículo 34 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, añadía que estos anteproyectos debían "ajustarse a las leyes que sean de aplicación y a las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda". También señalaba el artículo 33 de la citada ley que "la estructura del presupuesto se determinará por la Consejería de Hacienda, teniendo en cuenta la organización de la Junta y de sus organismos, instituciones y empresas, la naturaleza económica de los ingresos y de los gastos, las finalidades y objeto que con estos últimos se propongan conseguir y los programas de inversiones previstos en los correspondientes planes económicos". A tal fin la Consejería de Hacienda, en desarrollo de la Ley General de la Hacienda Pública, dictaba anualmente órdenes en las que se establecía con detalle las normas que habían de seguirse por las Consejerías para la elaboración de sus correspondientes Anteproyectos (Así, en la Orden de 22/05/1998 se estableció la clasificación presupuestaria aplicable a los presupuestos de 1999 a 2003 y la Orden de 04/06/2003 la clasificación presupuestaria aplicable a los presupuestos de 2004 a 2012).

Por lo tanto, el anteproyecto de presupuesto de cada consejería debe confeccionarse, de acuerdo con las leyes que sean aplicables, con las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno y por las órdenes aprobadas por la Consejería de Hacienda.

La segunda fase se integra por las actuaciones realizadas a través de la Dirección General de Presupuestos para elaborar el anteproyecto, que culmina con la elaboración definitiva que es competencia del Consejero de Hacienda.

Conforme a los Decretos que han regulado la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda, la Dirección General de Presupuestos era la competente para el estudio y elaboración del Presupuesto y para la obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes necesarios para la elaboración de los presupuestos (Decreto 137/2000, de 16 de mayo; 239/2004, de 18 de mayo y 116/2008, de 29 de abril).

En esta segunda fase, una vez elaborados los programas por los centros directivos conforme a las instrucciones previamente aprobadas por la Consejería de Hacienda, se procedía al análisis de tales programas con la intervención de grupos de trabajo formados por responsables del máximo nivel de la Consejería de Hacienda y de cada una de las distintas Consejerías, otorgando amplias competencias a la Dirección General de Presupuestos para llevar a cabo esa elaboración.

Del conjunto de normas aplicables se puede concluir, de un lado, que el proceso de elaboración estaba minuciosamente regulado en la Ley y en las normas reglamentarias de desarrollo y, de otro, que la intervención de la Consejería de Hacienda a través de la Dirección General de Presupuestos, no consistía en una mera agregación u ordenación de los trabajos presupuestarios de la distintas consejerías, sino también una función de análisis y control, ya que podía introducir modificaciones y dictar instrucciones.

Esta segunda fase culminaba con la elaboración del Anteproyecto de Ley de Presupuesto, para su posterior elevación al Consejo de Gobierno, que correspondía al Consejero de Hacienda. Así lo disponía expresamente el artículo 34.4ª de la Ley 5/1983, de 19 de julio, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Con base en los referidos anteproyectos de gastos, a las estimaciones de ingresos y a la previsible economía durante el ejercicio presupuestario siguiente, la Consejería de Hacienda, previo estudio y deliberación en la Comisión Delegada de Planificación y Asuntos Económicos del Anteproyecto de Ley del Presupuesto, someterá el mismo al Acuerdo del Consejo de Gobierno".

En esa misma dirección el artículo 9 b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, disponía que corresponde al Consejero de Hacienda la competencia para "elaborar y someter el acuerdo del Consejo de Gobierno el Anteproyecto de Ley del Presupuesto".

La tercera fase venía determinada por el estudio y aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Antes de esa decisión final el Proyecto de la Ley de Presupuestos debía pasar el filtro previo de la Comisión General de Viceconsejeros, que es un órgano permanente de coordinación general que tiene como competencia "la preparación de los asuntos que hayan de ser sometidos a la consideración del Consejo de Gobierno".

23.2 El Consejo de Gobierno adopta dos decisiones distintas: La aprobación del Anteproyecto de Ley y su remisión al Parlamento.

El artículo 35 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, dispone que " el proyecto de ley del presupuesto y la documentación anexa se remitirá al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda y aprobación", pero esa norma debe interpretarse a la luz de otra norma más general, aplicable a todos los Proyectos de Ley, la contenida en el artículo 26.1 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, en el que se atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para "aprobar los anteproyectos de Ley, autorizar su remisión al Parlamento y acordar, en su caso, su retirada" . Idéntica redacción tiene el artículo 27.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que derogó el primero de los preceptos.

Este último precepto no hace sino trasponer el esquema constitucional en el que corresponde al Gobierno la iniciativa legislativa (artículo 88 CE). Como bien puede comprenderse, el Gobierno, ya sea nacional o autonómico, no remite al Parlamento lo que diseñan o aprueban los órganos inferiores, sino que delibera y decide si lo que éstos han elaborado merece ser elevado a la instancia legislativa, lo que obliga a analizar si el proyecto de ley es respetuoso con las leyes y también con sus propias directrices políticas. La aprobación del proyecto de ley por el Gobierno no es, por tanto, un acto de trámite.

Además, y esto es muy relevante para el presente caso, la elaboración del anteproyecto de ley de presupuesto tiene un contenido esencial y limitado, definido constitucionalmente, que impone la inexcusable obligación de respetar las leyes que sean de aplicación. Dicho de otro modo, las clasificaciones presupuestarias no pueden hacerse de modo arbitrario sino que deben respetar los criterios establecidos legal y reglamentariamente y la ley de presupuestos no pueden modificar la naturaleza de los gastos y la regulación que éstos tengan en otras leyes, salvo que las deroguen expresamente y siempre que tal derogación sea factible.

En la STC 238/2007, de 21 de noviembre, se proclama que

"...lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE"

Y en esa misma sentencia se precisa el objeto de la toda ley presupuestaria.

"Estamos ante una ley que tiene un doble contenido: un contenido esencial, mínimo y necesario, constituido tanto por la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico, como por las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados, y un contenido eventual o disponible, que se concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto (por todas, STC 109/2001, de 26 de abril , FJ 5). Sólo entonces salvarán su legitimidad constitucional aquellas disposiciones que se integren en el contenido eventual de la Ley de presupuestos con las que guarde la necesaria conexión económica -relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria -para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto- (SSTC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4 ; y 109/2001, de 26 de abril , FJ 5), y ello, sin perjuicio de que "determinadas regulaciones llevadas a cabo en la Ley de presupuestos encuentren su sede normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que disciplinan los regímenes jurídicos a los que se refieren" (SSTC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6 ; y 109/2001, de 26 de abril , FJ 6)".

23.3 En el presente caso ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones ni tampoco el régimen jurídico-presupuestario aplicable a las transferencias de financiación. Sin embargo, los distintos proyectos de ley, con la finalidad última de eludir los controles legales y los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a las subvenciones, incluyeron a sabiendas una clasificación presupuestaria contraria a derecho, incorporando en cada anteproyecto una documentación que no era suficientemente explicativa del destino que iba a darse a esos fondos.

Por tanto y como conclusión, la decisión final del gobierno autonómico de elevar o no el proyecto de ley al Parlamento es una decisión política pero la aprobación del proyecto de ley es una resolución que culmina el procedimiento prelegislativo y es el filtro previsto por el legislador para que ese proyecto sea respetuoso con la legalidad tanto en los aspectos procedimentales como en su contenido.

El hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad.

Las defensas discrepan de este planteamiento afirmando que las decisiones adoptadas en el procedimiento prelegislativo carecen de efectos jurídicos y de autonomía funcional, en el sentido de que son meros actos de trámite en cuanto quien examina, enmienda y aprueba el texto presentado es el Parlamento. Aunque hubiera ilegalidades en los anteproyectos, la aprobación final y la producción de efectos jurídicos no dependía de las autoridades gubernativas sino de la aprobación final del Parlamento.

No nos identificamos con ese planteamiento. No es admisible calificar el procedimiento prelegislativo como un conjunto de simples "actos de trámite", sin relevancia o carentes de efecto alguno y que lo que finalmente se aprueba por el gobierno autonómico es un documento sin valor jurídico alguno y sin efectos.

Algunas de los actos de ese procedimiento tienen contenido decisorio en la medida en que las autoridades administrativas al aprobar el proyecto en cada una de sus fases debían examinarlo y comprobar su legalidad. Esas autoridades tenían la potestad de rechazar el proyecto de ley o de modificarlo para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumpliera con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido. Esas autoridades aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el Legislador, y lo consiguieron.

Y precisamente la eliminación de esos controles, asociada a la indebida clasificación presupuestaria aplicada a las subvenciones, es lo que permite afirmar que las distintas resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo no eran actos de trámite carentes de trascendencia alguna.

A este respecto conviene traer a colación la STS 743/2013, de 11 de octubre, entre otras muchas, que recuerda lo siguiente:

"El procedimiento administrativo, "por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución".

En nuestro caso, los acuerdos del Consejo de Gobierno que pusieron fin al proceso administrativo y que produjeron como efecto la remisión del Proyecto al Parlamento con un contenido ilegal, directamente dirigido a eludir los controles de todo tipo existentes en la concesión de subvenciones, constituyen resoluciones arbitrarias a los efectos del artículo 404 CP.

24. Resoluciones del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, aprobatorias de las modificaciones presupuestarias

24.1 Los recursos cuestionan que las 13 modificaciones presupuestarias aprobadas durante el periodo de tiempo analizado en la sentencia puedan tener la consideración de "resolución en asunto administrativo" a efectos penales por los siguientes motivos:

(i) Las modificaciones presupuestarias modifican el crédito presupuestario al que afectan y en la medida que en materia presupuestaria existe la reserva de ley, la modificación, aunque revista la forma de Decreto, es una norma con rango o fuerza de ley, por lo que cuando el Gobierno aprueba una modificación presupuestaria no realiza una actuación que pueda enmarcarse en la potestad reglamentaria sino una acción de gobierno, excluida del control jurisdiccional. El rango normativo de la modificación presupuestaria es el propio de una ley y en apoyo de esta tesis se cita la doctrina del Tribunal Constitucional recaída en la sentencia del Pleno número 83/2016, relativa a la declaración de estado de alarma. Se sostiene, al igual que en el caso de los proyectos de ley, que se trata de actos de mero trámite, sin trascendencia alguna ad extra, por lo que no cumplen con las exigencias típicas del artículo 404 CP.

(ii) Todas las modificaciones aprobadas fueron tramitadas con arreglo a la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía y contaron con los documentos, memorias e informes preceptivos (Dirección General de Presupuestos y Comisión General de Viceconsejeros); que contaron también con el informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía. En relación con este informe se alega que su objeto no sólo era analizar la adecuación del crédito presupuestario a la legislación, sino tener en cuenta además la finalidad del programa presupuestario.

(iii) Todas las modificaciones presupuestarias fueron avaladas por el Parlamento, que tuvo conocimiento de las mismas a través de la información mensual o trimestral que se remitía al órgano legislativo y mediante la rendición anual de la Cuenta General, en la que el Parlamento aprobaba la ejecución del gasto, incluido el correspondiente a las modificaciones presupuestarias. Se enfatiza que la Cuenta General era elaborada por la Intervención General y aprobada por la Cámara de Cuentas, que nunca puso reparo a las modificaciones. También fueron remitidas a la Oficina de Control Presupuestario del Parlamento de Andalucía.

(iv) La modificación presupuestaria es una modificación contable que no altera los derechos de los ciudadanos, ni el importe de los caudales públicos, ni resuelve nada. Es una autorización de gasto, pero no afecta al gasto efectivo, ya que para que éste pueda realizarse se requiere de otro procedimiento, por lo que no son resoluciones. La irregularidad, en su caso, estaría, no en la habilitación del gasto, sino en su ejecución.

24.2 Tal y como con acierto se sostiene en el fundamento jurídico décimo séptimo de la sentencia de primera instancia, la misma operativa que se siguió para la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos se siguió para la aprobación de las trece modificaciones presupuestarias realizadas en el periodo 2000 a 2009. En ambos casos no se observaron las normas exigibles al establecerse una aplicación presupuestaria de destino inadecuada para la concesión de subvenciones. Además, en el caso de las modificaciones presupuestarias y con el fin de justificar la recepción de las transferencias en la necesidad de equilibrio de las cuentas de la empresa pública se procedió a un aumento ficticio de gastos. Ya hemos señalado las consecuencias finales que tuvo esta forma de proceder: la concesión de las subvenciones sin sujetarse a sus normas reguladoras y la ausencia de todo control.

El hecho de que estas modificaciones presupuestarias fueron comunicadas posteriormente al Parlamento o incluidas en la cuenta general no es óbice para estimar que las resoluciones dictadas en el trámite de elaboración y aprobación de tales modificaciones sean actos de trámite, carentes de efectos ad extra, y no merezcan la consideración de resolución a los efectos del artículo 404 CP.

En este punto damos por reproducidos los argumentos utilizados en el apartado relativo a la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos. Las resoluciones fundamentales adoptadas en el proceso de elaboración y aprobación constituyen eslabones necesarios sin los cuales la aprobación presupuestaria no habría sido posible. No son meros actos de trámite, sino resoluciones necesarias en un proceso escalonado compuesto de distintas decisiones sin las cuales la aprobación final no sería posible.

Los trámites fundamentales de toda modificación presupuestaria son: Elaboración de una memoria por parte del Director General de Trabajo; informe del Secretario Técnico de la Consejería; elevación por la Consejería de Empleo a la Dirección General de Presupuestos; Informe de la Intervención y, finalmente, aprobación, en función de su cuantía, bien por el Consejero de Economía y Hacienda, bien por el Consejo de Gobierno, en este último caso, tras el previo paso por la Comisión General de Viceconsejeros.

Pero la sentencia identifica como eslabones fundamentales o necesarios únicamente el acuerdo de elevación de la propuesta, que pone fin al proceso de elaboración, el acuerdo de la Comisión General de Viceconsejeros, previa deliberación y estudio de la propuesta elevada y, por último, la aprobación de la modificación presupuestaria bien por el Consejero de Economía y Hacienda, bien por el Consejo de Gobierno.

Frente a la alegación de que las modificaciones presupuestarias no se adoptaron en el ejercicio de la potestad reglamentaria sino como expresión de la acción política inmune al control jurisdiccional y que esas modificaciones presupuestarias no son una norma reglamentaria sino una norma con fuerza de ley, debemos insistir en que la decisión aprobatoria fue adoptada, bien por el Consejero de Hacienda, bien por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y no por el Parlamento, y estaba sujeta a unas exigencias procedimentales y también materiales y estas últimas fueron incumplidas de forma dolosa con la finalidad última de eliminar los controles administrativos en la concesión de las subvenciones para actuar libérrimamente. La decisión aprobatoria culminaba el proceso de elaboración de la modificación presupuestaria y habilitaba al Gobierno para llevar a cabo las transferencias de fondos. La decisión aprobatoria venía precedida de un procedimiento de elaboración reglado, regido por normas de derecho administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política, por lo que es una resolución a los efectos del artículo 404 del Código Penal.

En su informe de alegaciones destaca el Ministerio Público, con toda razón que no había razón alguna para tramitar y aprobar las modificaciones presupuestarias como transferencias de financiación porque los créditos habilitados por cada una de ellas no iban destinados a cubrir el déficit financiero de la cuenta de explotación de IFA/IDEA, sino a habilitar fondos para el pago de las subvenciones que ordenaba la Consejería de Empleo y ya hemos explicado que el cambio de clasificación presupuestaria hizo posible la distribución de subvenciones sin control alguno, con incumplimiento absoluto del procedimiento establecido para la concesión de subvenciones.

En relación con los informes de la Intervención resulta obligado señalar que no son informes vinculantes, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, y no excusan a la Dirección General de Presupuestos de comprobar su legalidad y su pleno ajuste con la normativa presupuestaria.

En efecto, conforme al artículo 33.1 de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía: " La estructura del presupuesto se determinará por la Consejería de Hacienda teniendo en cuenta la organización de la Junta y de sus organismos, instituciones y empresas, la naturaleza económica de los ingresos y de los gastos, las finalidades y objetivos que con estos últimos se propongan conseguir y los programas de inversiones previstos en los correspondientes planes económicos".

En los cuatro Decretos por los que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda, durante el periodo objeto de enjuiciamiento (Decreto 137/2000, de 16 de mayo, Decreto 239/2004, de 18 de mayo, Decreto 116/2008, de 29 de abril, por los que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda), se establece que es la Dirección General de Presupuestos el Órgano Directivo a cuyo cargo están las competencias que atribuye la normativa vigente a la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria.

Y, por último, en el artículo 39 de la Ley General de Hacienda Pública se establece la especialidad cualitativa y cuantitativa de los créditos presupuestarios, que deben destinarse a la finalidad específica para la que han sido autorizados y tienen carácter limitativo y vinculante de acuerdo con su clasificación orgánica, por programas y económica a nivel de artículo.

La sentencia en su fundamento jurídico 42 describe con detalle y acierto las competencias de la Intervención en la tramitación de las modificaciones presupuestarias y si bien es cierto que conforme artículo 20 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, " Cuando el expediente de modificación presupuestaria no se ajuste o contravenga lo establecido en la Ley General de Hacienda Pública o en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, el Interventor correspondiente recabará del órgano proponente que se subsanen los defectos observados, o devolverá el expediente para que se amplíe su instrucción en los extremos deficientes", también lo es que ese mismo Reglamento, regula esta materia en los artículos 19 a 22, en una sección propia relativa a los ingresos, distinta de la correspondiente a los gastos y obligaciones, lo que evidencia un distinto contenido en las funciones de intervención. Y esa diferencia dio lugar a que el informe de intervención no tuviera como contenido específico el control la comprobación del ajuste de la modificación presupuestaria con la partida de destino sino la comprobación de otra serie de requisitos y trámites que se detallan en la Guía de Fiscalización de las modificaciones presupuestarias (PPRI, Tomo 172, Folios 64003 y ss.), a saber:

- Que consten en el expediente los documentos que señala la propia Guía, es decir, propuesta del documento contable que corresponda, solicitud de la modificación, memoria, e informes preceptivos.

La descripción en la Memoria de la incidencia de la propuesta de modificación en la consecución de los objetivos del Programa. - La perfecta correspondencia entre las aplicaciones presupuestarias afectadas, descritas en la solicitud, el documento en el que se autorizará la modificación y las que aparecen en la propuesta de documento contable, y - La competencia del órgano que aprobará la modificación presupuestaria.

En definitiva, no correspondía, expresamente, a la Intervención la comprobación del ajuste de la partida presupuestaria de destino, labor que competía a la Dirección General de Presupuestos, de acuerdo con las previsiones de la normativa presupuestaria.

El hecho de que las modificaciones presupuestarias, una vez aprobadas, fueran comunicadas al Parlamento o se incluyeran en la cuenta general, no presupone que se diera cumplida cuenta al órgano legislativo del destino a que iban a aplicarse esos créditos así como la legalidad de su presupuestación. A ese respecto la sentencia precisa que la documentación que se remitía no permitía conocer a partir de su contenido el incremento indebido de las transferencias de financiación. El fundamento decimosexto de la sentencia (páginas 570-580) se refiere a esta cuestión en los siguientes términos:

"A la vista del examen de los expedientes de modificación presupuestaria, realizado por los peritos de la IGAE, hemos de concluir: 1. Que en los mismos se utiliza, igualmente, una terminología imprecisa y ambigua, no señalando quién era el órgano concedente de las subvenciones.

2. Aunque en alguna ocasión dichos documentos mencionan la existencia del Convenio Marco suscrito entre la Consejería de Empleo y el IFA, en ningún momento lo describen, ni ofrecen detalles sobre el mismo, siquiera mínimamente, sobre su objeto, contenido, vigencia, ni lo que es más importante, los verdaderos efectos presupuestarios que su aplicación producían.

3. No se indicaba que IFA-IDEA sería un mero pagador de subvenciones, por cuenta de la Consejería de Empleo, la cual se reservaba la competencia para su concesión.

4. Es más, determinados expedientes de modificación presupuestaria antes transcritos, muestran, contrariamente a la realidad, que era IFA-IDEA el que concedía y pagaba las subvenciones, lo que le origina un aumento de gastos, inexistentes en la realidad, que obligaban a consignar una transferencia de financiación a su favor con la que cubrir las pérdidas, igualmente inexistentes, que con los supuestos gastos se generaba.

5. Además, indicaban expresamente, que se modifica el Presupuesto y el PAIF de IFA-IDEA, lo cual tampoco era cierto, ya que el dinero que procedía de la transferencia de financiación, sólo se destina a pagos por cuenta de la Consejería, lo cual no supone, en ningún caso, como hemos expuesto, ni un ingreso, ni un gasto para IFA-IDEA".

En consecuencia y al igual que ocurre con las resoluciones dictadas en el proceso de elaboración y aprobación de un proyecto de ley de presupuestos, las resoluciones indicadas cumplen con la exigencia de tipicidad del artículo 404 CP.

25. Resoluciones aprobatorias de los proyectos de presupuestos por el/la Consejero/a de Hacienda
En la sentencia impugnada se añade lo siguiente (págs. 1688-1699):

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

Ya hemos dejado constancia de la relevancia que en la tramitación de los proyectos de ley de presupuestos tenía la Consejería de Hacienda, a través de la Dirección General de Presupuestos, y hemos señalado someramente los trámites que habían de seguirse hasta la aprobación del proyecto por parte del Consejero de Hacienda.

Una vez remitidos los programas elaborados por los centros directivos, que habían de elaborarse siguiendo las instrucciones de la Consejería de Hacienda y con sujeción al principio de legalidad, se reunían los grupos de trabajo formados por responsables del más alto nivel, tanto de la Consejería de Hacienda como de cada una de las Consejerías, y se procedía a la elaboración del proyecto de presupuesto.

La actuación administrativa, que culminaba con la aprobación del proyecto por el/la Consejero/a de Hacienda, para su remisión al Consejo de Gobierno, no era una mera agregación u ordenación de las cifras que remitía cada consejería sino una actuación de análisis y control, ya que en esta fase del procedimiento se podían establecer las modificaciones que fueran precisas no sólo para ajustar el proyecto a la legalidad sino para acomodarlo a las instrucciones políticas del gobierno. Por lo tanto, no cabe duda que la aprobación del proyecto por parte de la consejería era un hito fundamental en la tramitación del procedimiento prelegislativo de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos.

Según hemos precisado anteriormente la elaboración del Anteproyecto de Ley de Presupuesto, para su posterior elevación al Consejo de Gobierno, era competencia del Consejero de Hacienda, conforme a lo dispuesto en los artículos 9 b) y 34.4ª de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por tanto, la resolución aprobatoria es un trámite esencial del procedimiento y es resolución a los efectos del artículo 404 del Código Penal.

26. Resoluciones adoptadas por la Comisión General de Viceconsejeros

En el fundamento jurídico cuadragésimo quinto (páginas 1696-1696) la sentencia de instancia identifica como resoluciones a efectos del delito de prevaricación los acuerdos aprobatorios de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía o de los consejeros de Economía y Hacienda, sino también los adoptados por la Comisión General de Viceconsejeros, por lo que, previo estudio y aprobación, se elevaban los proyectos normativos al Consejo de Gobierno. Entiende la sentencia que "estos actos relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito".

Frente a este planteamiento diversos recursos cuestionan la subsunción típica que realiza la sentencia de instancia. Se alega que la sentencia justifica su decisión en el contenido de una Instrucción, pero omite clamorosamente la norma reguladora del trámite en el que intervenía la citada Comisión General, el artículo 33 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Con apoyo en el citado precepto se sostiene que la Comisión General de Viceconsejeros se limitaba a preparar y elevar los asuntos que habían de ser debatidos por el Consejo de Gobierno y que esa actuación no cumplía con las exigencias típicas establecidas por la doctrina de esta Sala en la interpretación del concepto "resolución en asunto administrativo", incluido como elemento típico del artículo 404 CP. Se alega que el acuerdo de elevación al Consejo de Gobierno no tenía carácter decisorio, ya que a lo sumo se incorporaban "observaciones"; no resolvía sobre el fondo del asunto regulado en los proyectos normativos porque no informaban sobre la forma que se distribuían los fondos públicos; carecían de fuerza ejecutiva hasta el punto de que el paso por la Comisión General ni siquiera estaba previsto en el artículo 34 de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de Andalucía, vigente en aquel momento y, por último, no eran relevantes para la decisión final del Consejo de Gobierno.

Idénticos argumentos se hacen respecto de la intervención de la Comisión General en la tramitación de las modificaciones presupuestarias: El acuerdo de la Comisión General no incorporaba informe alguno, no estaba previsto en la norma reguladora de la elaboración de la ley de Presupuestos y no era ni relevante, ni concluyente.

En la argumentación jurídica de la sentencia impugnada se detalla el contenido de la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros en el fundamento jurídico 4º, apartado 12º (cronología de los hechos, páginas 256- 258), que se reitera en parte en el fundamento jurídico 37º, con ocasión de la contestación dada al recurso interpuesto por don Virgilio.

Se describe la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros en los siguientes términos:

"Ya hemos mencionado anteriormente la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros de la Junta de Andalucía, regulada por Decreto 155/1988 de 19 de abril, modificado por Decreto 236/2008 de 6 de mayo. El llamado "consejo" es un órgano permanente de coordinación general de las distintas consejerías y de preparación de los acuerdos que hayan de ser sometidos al Consejo de Gobierno. La preside el Consejero de la presidencia, y forman parte de ella todos los viceconsejeros de cada una de las consejerías, y, por tanto, estaban presentes los viceconsejeros de economía y hacienda, de empleo y de innovación. Formaba parte también de la Comisión, el Jefe del Gabinete Jurídico, con voz, pero sin voto. En el acto del juicio se exhibió el documento obrante en el PSEP\TOMO - 2\TOMO 2, páginas 415 y siguientes, consistente en "INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE ASUNTOS DEL CONSEJO DE GOBIERNO Y DE LA COMISIÓN GENERAL DE VICECONSEJEROS (14 DE JUNIO DE 2.000)." Documento procedente, según su encabezamiento de la "CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA", "Secretaría General Técnica". En el que se indica:

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

a) Informar favorablemente para elevación al Consejo de Gobierno en "INDICE VERDE", aquellos asuntos suficientemente debatidos, con expedientes completos, pendientes únicamente de su aprobación por el Consejo de Gobierno.

b) Elevar a Consejo de Gobierno en "INDICE ROJO" aquellos asuntos, en los que, habiendo acuerdo básico, existan propuestas alternativas puntuales, así como los asuntos de singular trascendencia y los anteproyectos de ley.» Todos los expedientes de modificación presupuestaria que tuvieran que ser aprobados por el Consejo de Gobierno pasaban antes por la Comisión General de Viceconsejeros. Y según las citadas "INSTRUCCIONES", las modificaciones presupuestarias que llegaban en "índice verde" al Consejo de Gobierno, eran aquéllas en las que no sólo el expediente estaba completo, sino que habían sido suficientemente debatidas en dicha Comisión General de Viceconsejeros.

Así, en las sesiones de 11 de abril de 2000, de 26 de julio de 2000, de 12 de septiembre de 2001, y de 7 noviembre del 2001, pasaron por dicha Comisión los expedientes de modificación presupuestaria finalmente aprobados por el Consejo de Gobierno.

En esas mismas fechas, la Comisión General de Viceconsejeros también debatió sobre el proyecto de Decreto, por el que la Consejería de Empleo quería implementar un procedimiento para la concesión de ayudas sociolaborales. Como ya hemos señalado, el proyecto, incorporado en el orden del día de tres sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, de fechas 13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001, presididas por el acusado Demetrio, en su calidad de Consejero de la Presidencia, no llegó a ser elevado para su aprobación por el Consejo de Gobierno".

Ninguna crítica puede hacerse del análisis jurídico de la sentencia porque no citara el artículo 33 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, dado que ese precepto se limitaba a autorizar al Consejo de Gobierno la creación de la Comisión General de Viceconsejeros y no determinaba el contenido funcional de dicha Comisión.

Partiendo de esa previsión legal vio la luz el Decreto 155/1988, de 19 de abril, (modificado posteriormente por el Decreto 236/2008, de 6 de mayo), por el que se establecieron las normas reguladoras de determinados órganos colegiados de la Junta de Andalucía. En dicho Decreto se creó la comisión General de Viceconsejeros, disponiendo en su artículo 1º que "La Comisión General de Viceconsejeros es el órgano permanente de coordinación general, encargado de la preparación de los asuntos que hayan de ser sometidos a la consideración del Consejo de Gobierno". En el artículo 2º se disponía que "No podrá ser tratado ni objeto de acuerdo por parte del Consejo de Gobierno, Comisiones Delegadas y Comisión General de Viceconsejeros, ningún asunto que no figure incluido en el Orden del Día, salvo que sea apreciada la urgencia por mayoría absoluta del número legal de miembros del órgano".

Por tanto, no es cierto que el trámite de paso previo por la Comisión General de Viceconsejeros no estuviera previsto normativamente, ya que en el Decreto referido se disponía que era esa Comisión la que fijaba el orden del día del Consejo de Gobierno y preparar todos los asuntos antes de incluirlos en el orden del día.

En la forma de trabajo de esa Comisión se distinguía entre asuntos con índice verde, que debían ser "informados" y asuntos con índice rojo que debían ser "elevados". En todo caso debían ser examinados, hasta el punto de que en las actas correspondientes se incluía como cometido de la Comisión General hacer "observaciones". Además, los asuntos podían ser rechazados, es decir, no incluidos en orden del día por distintas razones entre las que no cabe excluir la existencia de deficiencias técnicas, divergencias de criterio o ilegalidades palmarias. Así ocurrió, por ejemplo, los proyectos de Orden y Decreto que se elaboraron por la Consejería de Empleo en los años 2000 y 2004 para regular las ayudas sociolaborales. Y ello es así, si se atiende a las funciones atribuidas legalmente a los Viceconsejeros que tienen un elevado contenido jurídico.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 6/1983, de 21 de Julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a los Viceconsejeros se les atribuyó las competencias que a nivel estatal tenían los subsecretarios y en el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a estos últimos se les atribuía, entre otras, las siguientes competencias:

"e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus Organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.

g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden, y en particular en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. En los mismos términos del párrafo anterior, informar las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda. A tales efectos, será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio, y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.

h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él".

Desde la perspectiva con la que venimos contemplando el elemento típico de "resolución en asunto administrativo", entendido como eslabón necesario y como filtro establecido en la ley para llegar al trámite final de

aprobación, no ofrece duda que los acuerdos de la Comisión General de Viceconsejeros cumplen con esas exigencias. En esa Comisión y debido a las funciones propias de quienes lo componían los proyectos normativos debían ser examinados antes de su elevación al Consejo de Gobierno y podían ser rechazados y no incluidos en el orden del día de dicho Consejo, lo que evidencia la relevancia de ese filtro necesario.

27. Resoluciones adoptadas por el Director General de Presupuestos

Resumiendo el contenido del relato fáctico de la sentencia impugnada, se declara probado que el Director General de Presupuestos informó favorablemente las distintas modificaciones presupuestarias que se aprobaron desde el año 2000 hasta al año 2008 e intervino, en el ejercicio de sus competencias, en la elaboración, tramitación y aprobación de los distintos proyectos de presupuestos desde 2002 hasta 2008, conociendo las deficiencias e irregularidades que se estaban produciendo en la concesión de las ayudas sociolaborales y con la finalidad de que el Director General de Trabajo dispusiera libremente de las cantidades presupuestadas, sin sujeción a fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en concreto, el expediente aplicable a las subvenciones excepcionales.

Las competencias del Director General de Presupuestos estaban determinadas en lo sustancial por el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda. Dicho Decreto fue modificado por el Decreto 239/2004, de 18 de mayo, que en lo que aquí concierne no introdujo más modificación que señalar que el Director General del Presupuestos estaba bajo la dependencia directa del Viceconsejero de Hacienda. Las competencias en materia presupuestaria eran las siguientes:

"Artículo 10. Dirección General de Presupuestos.

La Dirección General de Presupuestos es el Órgano Directivo a cuyo cargo están las competencias que atribuye la normativa vigente a la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria. Estas competencias son fundamentalmente las siguientes: Estudio y elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos de ingresos y gastos y coordinación de los distintos Centros Directivos que intervienen en su elaboración; la obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes para la elaboración y seguimiento de los estados de gastos e ingresos, proyectos de inversión y beneficios fiscales; análisis de los costes y resultados y de criterios aplicables para el cálculo de la rentabilidad y eficacia de los gastos presupuestarios; informar las memorias económicas que preceptivamente deban acompañar los proyectos de disposiciones; la tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria y las incidencias que surjan en la ejecución del Presupuesto, y el estudio y valoración económica de las retribuciones del personal al servicio de la Administración Autonómica.

Asimismo, le corresponden las relaciones con la Administración del Estado en orden a la elaboración del Anteproyecto de gastos e ingresos, y las relaciones con la Consejería de Justicia y Administración Pública en orden a la política presupuestaria a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración Autonómica".

La resolución impugnada estima que la participación del Director General de Presupuestos es determinante por cuanto sus funciones pueden resumirse en los siguientes cometidos:

"1. Estudio y elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos de ingresos y gastos, y coordinación de los distintos Centros Directivos que intervienen en su elaboración.

2. Obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes para la elaboración y seguimiento de los estados de gastos e ingresos.

3. Tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria y las incidencias que surjan en la ejecución del Presupuesto".

En el acto del juicio se alegó que ninguna de las autoridades que intervenían en el proceso de elaboración del presupuesto adoptaron ninguna clase de resoluciones en sentido jurídico y la sentencia de instancia contestó a esta objeción argumentando que de acuerdo con las normas aplicables correspondía a la Dirección General de Presupuestos la elaboración del estado de gastos del presupuesto y su elevación a la Consejería de Economía, añadiendo lo siguiente:

"mal puede negarse la capacidad resolutoria, cuando normativamente le viene atribuida la elaboración de los estados de gastos del Anteproyecto de Presupuesto, que ha de "elevar" a la Consejera de Economía y Hacienda"... "Cuando el Director General de Presupuestos acuerda "elevar", está resolviendo en vía administrativa una fase del proceso de presupuestación. Que no es un acto de mero trámite, sino que tiene sustantividad propia, al ser esencial y necesario. Se trata, nada más, ni nada menos, que la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto. Cuando el Director General de Presupuestos acuerda elevar a la Consejera de Economía y Hacienda el Anteproyecto de Presupuesto".

Nos identificamos con ese planteamiento. También en este caso el impulso del Director General de Presupuestos mediante su relevante intervención tanto en la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos como en la aprobación de las modificaciones presupuestarias se constituye en un eslabón necesario y un filtro de singular relieve establecido en la ley para llegar al trámite final de aprobación.

El Director General de Presupuestos tenía una función especialmente relevante en la elaboración del proyecto de presupuestos dado que era precisamente ese órgano directivo el que tenía la función de estudiar todas las propuestas y elaborar los estados de ingresos y gastos a partir de la información que le suministraban los distintos órganos directivos y debía también informar las modificaciones presupuestarias.

No vamos a reiterar las normas por las que se rige el procedimiento presupuestario y las normas a las que ha de ajustarse su contenido. Se trata de una ley singular no sólo porque tiene una tramitación especial y muy minuciosa, sino porque tiene un contenido legalmente definido y delimitado, de forma que las distintas partidas presupuestarias deben realizarse de acuerdo con las leyes que regulen el ingreso o gasto correspondiente, salvo derogación en la propia ley presupuestaria, siempre que ello sea factible.

Ya hemos puesto de relevancia la sujeción de la administración al principio de legalidad en la elaboración de los presupuestos (artículo 3.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio) y también hemos recordado que la ley presupuestaria no puede derogar cualquier ley. Para derogar el régimen jurídico extrapresupuestario no basta con incluir en un presupuesto un criterio de presupuestación que lo contradiga, sino que es preciso previamente modificar la ley. Ahora bien, precisamente por su delimitado contenido una ley de presupuestos, y así lo hemos recordado en el fundamento jurídico vigésimo tercero, no puede derogar cualquier ley, sino sólo aquéllas que guarden conexión económica -relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria -para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto- SSTC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4 ; y 109/2001, de 26 de abril , FJ 5)".

Y en esta función de salvaguarda del ordenamiento jurídico el Director General de Presupuestos tiene una función destacada. No se limita a compilar la que cada órgano directivo le presente, sino que lo ordena, lo evalúa, lo estudia y procede a la elaboración de los estados de ingresos y gastos para su posterior aprobación por las demás autoridades de rango jerárquico superior, en el ejercicio de las amplísimas y específicas competencias que le corresponden de conformidad con el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo y del Decreto 239/2004, de 18 de mayo, que sustituyó al anterior con similar contenido.

No cabe duda que tanto el acuerdo de elevación del proyecto de presupuestos al Consejero de Hacienda, incorporando el indebido criterio de presupuestación, con la finalidad de conceder las ayudas sociolaborales al margen del procedimiento establecido en la ley, como las memorias favorables a los proyectos de modificaciones presupuestarias, que incluían también ese criterio de presupuestación indebido con idéntica finalidad, constituyen resolución a los efectos del artículo 404 CP.

28. Resoluciones adoptadas por los Secretarios General Técnicos de las Consejerías de Empleo e Innovación

La sentencia de instancia ha condenado a los tres Secretarios Generales Técnicos de la Consejería de Empleo y de Innovación, que ejercieron su cargo durante el periodo de concesión de ayudas sociolaborales a que se refiere este proceso (2000-2009), don Patricio y doña Penélope.

Los tres han recurrido el pronunciamiento de la sentencia y en sus recursos el eje de su impugnación lo sitúan en que no dictaron ninguna resolución que pueda cumplir con las exigencias típicas establecidas por la doctrina de esta Sala.

Procedemos a analizar la queja delimitando previamente el ámbito de nuestro análisis. En nuestra contestación dejaremos al margen otros motivos de impugnación que guardan estrecha relación con este argumento impugnativo, tales como la falta de claridad de la sentencia, su falta de motivación o las discrepancias sobre la suficiencia o valoración de la prueba o el conocimiento que tenían de las irregularidades cometidas en la concesión de las ayudas en orden a la valoración de la arbitrariedad de las resoluciones o de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto. Centraremos nuestro análisis exclusivamente en determinar si los Secretarios Generales Técnicos dictaron resoluciones decisorias en los términos que venimos analizando en los anteriores fundamentos jurídicos.

Y para desentrañar esta cuestión, conforme a las exigencias del artículo 849.1 de la LECrim, resulta obligado referir los hechos que la sentencia declara probados.

Respecto de don Darío:

- Intervino en la elaboración y aprobación de las modificaciones presupuestarias de 18/04/2000, 09/12/2004, 07/12/2005, 07/11/2006 y 27/11/2007.

- Intervino en la tramitación de una Orden que tenía por objeto regular el pago de las ayudas, de similar contenido al proyecto de Decreto de 2000.

- Intervino en la tramitación del proyecto de presupuestos para el año 2005, 2006, 2007, 2008, sin modificar el criterio de presupuestación seguido en ejercicios anteriores;

Respecto de doña Penélope:

- El 22/12/2008 el Consejo de Gobierno, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, de los cuales formaba parte la acusada desde el 03/05/2008, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 1.253.853,89 euros.

- En el ejercicio de sus competencias como Secretaria General Técnico de la Consejería de Empleo participó en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto de presupuesto de 2009.

- Aunque no se la menciona expresamente también se puede deducir su participación en la modificación presupuestaria de 22/12/2008, por importe de 6.011.836,20 € y de 1/12/2009 por importe de 300.000 €.

- Se declara en los fundamentos jurídicos, dentro del apartado de "cronología de los hechos" que la Sra. Penélope junto a otros "no iniciaron procedimiento alguno que permitiese el retorno debido de los mismos (fondos) a la Junta de Andalucía".

Respecto del otro Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, don Patricio, los hechos probados de la sentencia impugnada le atribuyen las siguientes actuaciones:

- Proposición, tramitación y aprobación de las modificaciones presupuestarias de 18/04/2000 y de marzo de 2004, suscribiendo en esta última la memoria justificativa. Se le atribuye la participación en la proposición de las modificaciones presupuestarias en su condición de órgano gestor de la Consejería de Empleo.

- Intervención en la tramitación de un proyecto de Orden ministerial durante 2004, relativa al procedimiento de concesión de las ayudas laborales. Resulta incuestionable que la participación en la elaboración de una norma reglamentaria que no llega a ser aprobada no puede en modo alguno calificarse de resolución a efectos penales. Es un simple proyecto carente de eficacia alguno y, además, tampoco se precisa la concreta intervención del Patricio en los trabajos de elaboración de la norma.

- Intervención en la tramitación y aprobación de los anteproyectos de presupuestos de 2005, 2006, 2007 y 2008.

- Intervención en la propuesta de diversas modificaciones presupuestarias en el periodo comprendido entre 2005 y 2008.

- Se declara en los fundamentos jurídicos, dentro del apartado de "cronología de los hechos" que la recurrente junto a otros "no iniciaron procedimiento alguno que permitiese el retorno debido de los mismos (fondos) a la Junta de Andalucía

En la fundamentación jurídica se concreta algo más la intervención de los Secretarios Generales Técnicos precisando los siguientes datos:

(i) Entre sus competencias tenían atribuido el impulso y ejecución de la actividad presupuestaria y la gestión del gasto, coordinando, a estos efectos, a las distintas agencias y entidades dependientes de la Consejería; la elaboración del anteproyecto del presupuesto de la Consejería, así como el seguimiento de la ejecución del mismo (artículo 42 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía y artículo 5 del Decreto 203/2004, de 11 de mayo sobre estructura de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo) y venían obligados a dar cumplimiento a lo dispuesto en las normas reglamentarias establecidas por la Consejería de Economía y Hacienda, entre ellas, la Orden de 04/06/2003, aplicable a los presupuestos de 2004 a 2012.

(ii) Eran las personas que relacionaban a la Consejería de Empleo con la Dirección General de Presupuestos lo que explica su firma en los oficios de remisión de los expedientes para llevar a efecto las modificaciones presupuestarias y también firmaron las Memorias que se acompañaban en dichos expedientes.

(iii) Participaban en los grupos de trabajo de alto nivel formados entre la Consejería de Empleo /Innovación y la Consejería de Hacienda. Se destaca que dentro de las funciones de estos grupos estaba la de " evaluar la ejecución del programa en el ejercicio anterior y la previsión del vigente, analizando el grado de cumplimiento de los objetivos y las causas de las desviaciones que, en su caso, se hubieren producido" de lo que deduce la sentencia que es

impensable suponer que en estas reuniones no estuviera sobre la mesa el déficit del IFA/IDEA y el origen del mismo.

(iv) Intervinieron en la tramitación de los expedientes de gasto de transferencias de financiación a IFA/IDEA, autorizando los documentos contables AD, o las propuestas de los documentos contables OP, conforme al calendario de pago a IDEA, aprobado por la Dirección General de Tesorería, a propuesta de la Consejería de Empleo.

(v) Remitía a la Dirección General de Presupuestos la "MEMORIA SOBRE EFECTOS BORRADOR DE P.A.I.F., de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía", en relación a la Transferencia de Créditos, con motivo de cada modificación presupuestaria (en el caso de Patricio).

La sentencia de instancia dedicó su fundamento jurídico cuadragésimo quinto a argumentar la subsunción típica de los hechos en el delito de prevaricación administrativa y expuso las razones por las que entendía que los acuerdos aprobatorios del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de los proyectos de ley de presupuestos y los acuerdos aprobatorios de las distintas modificaciones presupuestarias, bien por el Consejo de Gobierno, bien del Consejero de Economía y Hacienda (en función de la cuantía) eran resoluciones, a efecto del artículo 404 CP. También consideró resoluciones, otras decisiones que se estimaron eslabones necesarios para la adopción del acuerdo final de aprobación tales como los acuerdos previos de elevación de los anteproyectos de ley o de las modificaciones presupuestarias, bien del Director General de Presupuestos, bien del Consejero de Economía y

Hacienda, así como los acuerdos de elevación adoptados por la Comisión General de Viceconsejeros. Sin embargo, no se hace mención alguna de las decisiones adoptadas en esos procesos por parte de los Secretarios Generales Técnicos.

En los fundamentos jurídicos en los que se desarrolla con detalle la participación de estos altos cargos (FJ 25º, páginas 726-815 y FJ 30º, páginas 1018-1048) se describe con más precisión su competencia y su intervención, pero tampoco se argumenta específicamente si sus actos pueden ser calificados de resolución a efectos del artículo 404 CP.

Pues bien, las normas que regulan las competencias de estos altos cargos establecen que tienen como una de sus funciones la elaboración de los presupuestos de la Consejería y la sentencia declara probado que intervinieron en esa elaboración pero no declara que en el ejercicio de esa función tuvieran que dictar resolución alguna.

Se precisa el dictado de resoluciones determinantes y ese requisito de tipicidad no se puede entender concurrente por el solo hecho de intervenir en el proceso de tramitación o conformación del presupuesto. La participación puede consistir en la adopción de actos de mera tramitación, en operaciones materiales de recopilación y ordenación, en contribuciones de coordinación o estudio y ninguna de esas actuaciones puede dar lugar a la comisión de un delito de prevaricación, por más que quien realice esas contribuciones sea consciente de que el desarrollo normativo que se esté proyectando contenga ilegalidades manifiestas. A lo sumo podría atribuírseles su participación como cooperadores necesarios, siempre que esa contribución hubiera sido esencial, pero tampoco la sentencia justifica y argumenta esa circunstancia.

Por tanto, ni consta, ni la sentencia precisa que estos acusados dictaran resoluciones definitivas en el proceso de elaboración de las normas presupuestarias, y, desde luego, no son resoluciones a efectos penales la coordinación de los centros directivos, la ordenación de la documentación, la participación en los grupos de trabajo o la firma del oficio de remisión en el proceso prelegislativo de elaboración de los proyectos de ley de presupuestos.

Lo mismo puede afirmarse respecto de las modificaciones presupuestarias. En estas propuestas normativas los Secretarios Generales

Técnicos firmaban las Memorias que en cada caso habían de acompañarse para justificar la propuesta de modificación presupuestaria. Pero la Memoria ni es un acto autorizante ni un documento vinculante, sino que es un informe que concurre con otros para la formación del expediente administrativo.

No puede atribuirse a los Secretarios Generales Técnicos el dictado de resolución alguna que pusiera fin a una etapa del proceso legislativo o que fuera determinante en el proceso de su aprobación. El hecho de que las normas que delimitan su competencia establezcan como función propia la elaboración de los presupuestos no supone que en su ejercicio deban dictarse resoluciones que sean determinantes en el proceso de su aprobación.

En consecuencia, los hechos atribuidos a los dos Secretarios Generales Técnicos no son constitutivos de delito de prevaricación por ausencia de los elementos típicos que conforman dicha figura delictiva y, por lo mismo, procede su libre absolución, sin que sea necesario dar respuesta a los demás motivos de casación formulados en estos recursos.

29. Resoluciones adoptadas por la Consejería de Empleo: La aprobación de los estados de gastos de la Consejería de Empleo, el Convenio Marco de 7 de julio de 2001 y los Convenios Particulares

Uno de los eslabones necesarios para la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos era la previa aprobación por los responsables de la Consejería de Empleo de los estados de gastos relativos al programa 31L.

Así lo declara probado la sentencia en relación con el ejercicio presupuestario de 2002, reiterando similar afirmación fáctica para los ejercicios presupuestarios posteriores:

"Los acusados, en el ejercicio de sus respectivas competencias, como Consejero, Viceconsejero, Director General de Trabajo y Secretario General Técnico, respectivamente, Severiano,

Mariano, Borja y Patricio, como responsables de la Consejería de Empleo, elaboraron los correspondientes estados de gastos relativos al programa 31 L, conforme al procedimiento de elaboración establecido en la Orden que dictó la Consejera de Economía y Hacienda. Anualmente esta Consejería dicta una orden de elaboración del presupuesto de la Comunidad Autónoma, que posee un contenido técnico similar, definiendo los criterios de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar (orgánica, económica y de programas), el calendario de actuaciones, y el procedimiento detallado de elaboración del anteproyecto y del proyecto de presupuesto, tanto de la Consejerías, como de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía, como es el caso del IFA.

En definitiva, los responsables de la Consejería de Empleo, plantean en la propuesta de anteproyecto de presupuesto, la utilización de la aplicación presupuestaria 440.00, en contra de la clasificación económica del gasto establecida en la citada Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, que elabora el anteproyecto de presupuesto, que la recoge, y los acusados, Florentino, Presidente de la Junta de Andalucía, Demetrio, Consejero de Presidencia, Emilia, Consejera de Economía y Hacienda, y Severiano, Consejero de Empleo, como miembros del Consejo de Gobierno, la aprueban. Y todo ello, con conocimiento de los incumplimientos de su utilización, y con la finalidad que ya ha sido descrita para las modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 y 2001".

La ejecución del gasto correspondiente a las partidas aprobadas como transferencias de financiación se articuló a través de un Convenio Marco que fue, por tanto, otro de los instrumentos necesarios para articular la gestión de las ayudas y dar apariencia de legalidad a la estrategia seguida en el pago de las mismas.

En virtud del convenio marco se concretaba que el Instituto de Fomento Andalucía iba a pagar las ayudas sociolaborales y a empresas, que concediera la Consejería de Empleo, a través de la Dirección General de Trabajo, estableciéndose que el Instituto prestaría asistencia técnica permanente, recogiendo igualmente que en el desarrollo de este convenio se suscribirían convenios particulares entre el Director General de Trabajo y el presidente del Instituto, que concretarían cada una de las ayudas. En estos convenios particulares se recogería el objeto y alcance, la estimación económica de la cuantía, la consignación presupuestaria a cuyo cargo habría de realizarse la transferencia de fondos al Instituto, el plazo máximo de ejecución, y la composición, en su caso, de la Comisión de Seguimiento de la asistencia técnica encargada.

El Convenio se hizo en base a una delegación de funciones que no reunía los requisitos establecidos en las leyes; no fue objeto del preceptivo informe por los servicios jurídicos de la Junta de Andalucía, conforme a lo establecido en el artículo 78.2 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de organización y funciones del Gabinete Jurídicos de la Junta de Andalucía y tampoco fue objeto de informe de los servicios jurídicos del IFA. Y, sobre todo, el Convenio Marco establecía un procedimiento de pago de las ayudas sociolaborales que se servía de los fondos recibidos por el IFA a través de un instrumento presupuestario inadecuado (las transferencias de financiación) propiciando la falta de control de las ayudas, dado que quien las concedía libérrimamente era la Dirección General de Trabajo, sin la previa tramitación de los correspondientes expedientes de concesión de subvenciones.

Los convenios particulares eran el instrumento ejecutivo para el pago de las ayudas a cada empresa y se otorgaron para dar apariencia de legalidad a la actuación del IFA/IDEA. De singular relieve es la cláusula en la que se exponía que "La documentación acreditativa obra en poder de esta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social que es conforme con la misma" y como señala la sentencia de instancia semejante esa cláusula contractual pretendía otorgar "apariencia de legalidad a un procedimiento en el que se había prescindido absolutamente de los trámites legalmente exigibles, incluida su fiscalización previa por el Interventor de la Consejería de Empleo".

Tanto el Convenio Marco como los Convenios Particulares pueden ser considerados resolución administrativa en su condición de instrumentos diseñados para la ejecución de la conducta prevaricadora. En anteriores fundamentos jurídicos hemos hecho referencia a la doctrina de esta Sala sobre el concepto de resolución a los efectos del artículo 404 CP, que incluye los contratos otorgados para la consumación del delito, tanto en el supuesto de que el contrato o convenio se otorgue para modificar una resolución legal y conseguir el fin ilegal pretendido, como cuando el contrato constituye la materialización de lo dispuesto en la resolución y sirve de soporte para su ejecución (SSTS 149/2015 de 11 de marzo, 359/2019, de 15 de julio y STS 520/2021, de 16 de junio).

En este caso tanto el Convenio Marco como los Convenios Particulares se instrumentaron para ejecutar la concesión ilegal de ayudas sociolaborales y la sentencia de instancia lo expone con claridad en su fundamento jurídico cuadragésimo quinto (página 1704). Dice la sentencia:

"Con el Convenio Marco, los convenios particulares suscritos al amparo del mismo, junto con el uso indebido de las transferencias de financiación en las modificaciones presupuestarias y en los proyectos de presupuestos, se produjo un resultado materialmente injusto, cual fue, eludir la fiscalización de la concesión de las ayudas, sin ni siquiera tener que tramitar expediente alguno para la concesión de las mismas. Es más, los expedientes de concesión de subvenciones sociolaborales nunca se tramitaron, ni pudieron tramitarse ante la Intervención de la Consejería de Empleo, ya que la misma no disponía de crédito presupuestario alguno al que imputarlos, lo cual imposibilitaba la iniciación del expediente, como ya hemos expuesto, y a lo que nos remitimos para evitar reiteraciones. Haciendo efectiva, de esta forma, la voluntad particular de los acusados que participaron, con el conocimiento de actuar en contra del Derecho. Con plena conciencia de que resolvían al margen del ordenamiento jurídico, y de que ocasionaban un resultado materialmente injusto, actuando de tal modo, porque se quería ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea, concurriendo los elementos propios del dolo exigido en el artículo 404 del Código Penal".

30. Análisis de la arbitrariedad de las resoluciones como elemento típico del delito de prevaricación administrativa

El correcto entendimiento del delito de prevaricación administrativa sólo puede realizarse, como ha señalado la doctrina científica, desde una concepción democrática del poder público. La corrupción política y administrativa y la desviación de poder son incompatibles con un estado democrático de derecho, en el que han de prevalecer principios como la igualdad ante la ley, el control del poder público, la imparcialidad y la corrección en la actuación administrativa. Sin embargo, la respuesta penal no está justificada en todos los casos. Es excepcional. Por exigencias del principio de intervención mínima la sanción penal está reservada para los supuestos de infracción más grave de las reglas básicas reguladoras de la administración pública, ya que el control ordinario de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para que una resolución en asunto administrativo pueda ser constitutiva de un delito de prevaricación se precisa que sea arbitraria y haya sido dictada a sabiendas de su injusticia. La injusticia y la arbitrariedad son los dos atributos que definen la prevaricación. Sobre ambos presupuestos la doctrina ha formulado distintas posiciones. Unos entienden que son términos equivalentes y otros consideran que la injusticia es la contrariedad con el derecho y la arbitrariedad añade un plus consistente en que esa ilegalidad sea clamorosa. También hay quienes entienden, apoyándose en la literalidad del precepto, que la injusticia es un atributo predicable del comportamiento del sujeto activo y la arbitrariedad el atributo de la resolución.

Más allá de polémicas doctrinales, la doctrina reiterada de esta Sala se ha inclinado por una concepción objetiva a la hora de precisar qué ha de entenderse como resolución arbitraria, sin desconocer el componente subjetivo.

La resolución prevaricadora debe contrariar la razón, la justicia y las leyes de una manera flagrante. Para describir la arbitrariedad se han utilizado distintos calificativos que tienden a precisar la intensidad de la ilegalidad, esto es, el grado de su contrariedad con el derecho. Y así, se identifica la arbitrariedad como una ilegalidad patente, manifiesta, grosera, palmaria, clamorosa o flagrante. Por tanto, la resolución será arbitraria cuando en ella no se actúe el derecho orientado al correcto funcionamiento de la administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino cuando haga efectiva la voluntad de su autor, sin una fundamentación jurídica aceptable. En otras palabras y como señala la STS 992/2013, de 20 de diciembre, la arbitrariedad aparece cuando "la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico jurídico aceptable".

En el presente caso el delito de prevaricación se proyecta un conjunto de resoluciones que introdujeron un sistema de presupuestación indebido (transferencias de financiación) para evitar los controles establecidos en la ley en la concesión de subvenciones y para conceder subvenciones al margen de la cuidadosa normativa reguladora de éstas.

En fundamentos precedentes ya hemos expuesto con detalle por qué motivos las ayudas sociolaborales eran subvenciones y las razones por las que las transferencias de financiación eran una herramienta presupuestaria, no para concesión y pago de subvenciones, sino para cubrir el déficit de explotación de las actividades propias de una empresa o entidad pública.

Las normas aplicables a ambos institutos eran precisas, por más que en el juicio se hayan ofrecido interpretaciones alternativas que la sentencia de instancia, con buen criterio, no ha tomado en consideración. Y la finalidad perseguida por los condenados también ha quedado en evidencia por varias circunstancias concurrentes:

- a) Se cambió el sistema de presupuestación sin una razón sólida que lo justificara;
- b) El propio Director General de Empleo, también condenado en las presentes actuaciones, reconoció en su declaración que recibió instrucciones para instaurar un nuevo sistema para el pago de las ayudas ante los problemas que venía planteando la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía;
- c) Se hizo y se mantuvo ese cambio a pesar las múltiples advertencias que se realizaron sobre las ilegalidades que se estaban produciendo;
- d) La consecuencia real del cambio fue la falta de control y absoluta ilegalidad en la concesión de las subvenciones;
- e) El sistema enjuiciado sólo operó durante el tiempo a que se contraen las presentes actuaciones. Antes y después el procedimiento utilizado fue el propio de las subvenciones;

La injusticia y la arbitrariedad de las resoluciones dictadas no sólo se determinan en este caso por su flagrante contradicción con el derecho sino por la finalidad ilícita perseguida por sus autores.

La sentencia impugnada lo proclama de forma reiterada en su juicio histórico en distintos pasajes:

"Los acusados... para eludir la fiscalización previa, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas, en el ejercicio de sus competencias, procedieron a proponer, tramitar y aprobar las siguientes modificaciones del presupuesto de la Junta de Andalucía" (HP 3º)... "Como resultado buscado de los cambios operados en la gestión presupuestaria del programa 22E, que han sido descritos, las denominadas ayudas sociolaborales para el pago de las primeras de pólizas de rentas para extrabajadores de empresas en crisis, y las ayudas a empresas en crisis, soslayaron la preceptiva fiscalización crítica o previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo" (HP, apartado F)... En relación con los convenios particulares los acusados responsables de la gestión del IFA decidieron a partir de reunión de 27/03/2003 "sustraer del conocimiento del Consejo Rector todas las ayudas sociolaborales con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la cuantía total de la que era beneficiaria la

empresa" (HP 6º.3)... y"En la elaboración y aprobación del Anteproyecto de Presupuesto de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2002, con la finalidad ya reseñada y, con conocimiento de los incumplimientos ya descritos y con conciencia de las consecuencias que derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo de allegar fondos al IFA para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo..." (HP 7º).

Similar redacción se contiene en otros apartados del relato fáctico (8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 14º, 15º, 18º y 19ª).

A partir de estos hechos, dada la incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo y en atención a la finalidad directamente perseguida por los autores no cabe otra conclusión que la de afirmar la arbitrariedad e injusticia de las resoluciones objeto de enjuiciamiento.

A este respecto conviene recordar que esta Sala en innumerables ocasiones, de la que es exponente la STS 597/2014, de 30 de julio, con cita de otra anterior (STS 18/2014, de 13 de enero) viene reiterando que

" la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. En esta misma línea, y respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución".

Como conclusión de cuanto se acaba de exponer y sin perjuicio de un análisis individualizado del juicio de autoría, las resoluciones aludidas en el juicio histórico de la sentencia y a las que anteriormente nos hemos referido son arbitrarias a los efectos previstos en el artículo 404 CP en cuanto son claramente contrarias a las normas en cada caso aplicables y fueron dictadas con la consciente intención de eludir el procedimiento establecido, tanto en la elaboración de los proyectos de ley y de las modificaciones presupuestarias, como en la concesión y control de las ayudas o subvenciones sociolaborales.

31. Elemento subjetivo del injusto.

El tipo de prevaricación exige también que el autor actúe a sabiendas, es decir, que tenga plena conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico y que ocasiona un resultado materialmente injusto (STS 497/2012, de 4 de junio). El dictado de la resolución arbitraria no determina por sí la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

Como recuerda la STS 82/2017, de 13 de febrero

" como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio).Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre , la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido".

La sentencia que citamos hace unas reflexiones de mucha utilidad para el presente caso. Añade:

"en sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero , se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. Como se recordaba en el STS 797/2015, de 24 de noviembre , las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos

omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".

Ya hemos señalado anteriormente cómo la resolución combatida en casación precisa respecto de cada uno de los acusados el conocimiento de la ilicitud y arbitrariedad de su actuación, ya que no sólo eran concededores de que las resoluciones que dictaban eran contrarias a derecho sino que esa contrariedad estaba directamente dirigida a procurar un resultado materialmente injusto, la ausencia de fiscalización y la concesión de las subvenciones omitiendo de forma absoluta los requisitos y garantías establecidas en la ley.

A riesgo de ser reiterativos, en los hechos probados se proclama ese conocimiento de forma reiterada.

(i) En relación con las modificaciones presupuestarias aprobadas en 2000 y 2001 se concluye declarando (HP 4º, apartado F) que "a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo".

(ii) En referencia al anteproyecto de presupuestos del ejercicio 2002 los acusados que participaron en su elaboración y aprobación y que se identifican nominalmente actuaron con la finalidad ya reseñada (parece referirse a la concesión de las ayudas sin sujeción a fiscalización previa y sin tramitación de expedientes) "con conocimiento de los incumplimientos ya descritos, y conciencia de las consecuencias que derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo de allegar fondos al IFA, para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo" (HP 7º)

(iii) Similares declaraciones se producen respecto de la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos de 2003 a 2009 (HP 8º. 9º, 10ª, 11º, 14º, 15º, 19º), si bien en los distintos apartados que acabamos de citar y con la finalidad de no reiterar locuciones iguales y hacer más liviana la lectura del texto se utilizan expresiones referenciales cuya significado no ofrece duda alguna tales como "en los mismos términos y circunstancias", "con conocimiento de los incumplimientos de la gestión presupuestaria" "como resultado del mismo proceder" "con conocimiento de las deficiencias e irregularidades descritas -como es lógico con el alcance recogido en documentos de fechas anteriores- no cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto de presupuesto para el ejercicio..." "del mismo modo" o "sin cambiar el proceder".

(iv) Como colofón de la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias de cada ejercicio se declara probado que los fondos se pusieron "a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso el de subvenciones excepcionales " (HP 8º. 9º, 10ª, 11º, 14º, 15º, 19º).

Profundizando más y sin perjuicio de precisar ese conocimiento respecto de cada recurrente, ya que no siempre fue el mismo, enumeraremos, a continuación y sin ánimo de exhaustividad, una serie de hechos, recogidos en el relato fáctico que ponen de relieve las siguientes evidencias:

(i) Que desde el principio la concesión y pago de estas ayudas originaron problemas jurídicos que dieron lugar a informes de la Intervención de la Junta de Andalucía alertando de estos problemas;

(ii) Que las autoridades de la Consejería de Empleo, conscientes de los problemas jurídicos en que estaban inmersos, promovieron un proyecto de Decreto y un proyecto de Orden para regular esta cuestión sin que se llegara a aprobar norma alguna y

(iii) Que fueron numerosos los informes que alertaron de las irregularidades a que daba lugar el nuevo sistema de presupuestación.

Las evidencias que la sentencia declara probadas para estimar acreditado el elemento subjetivo del tipo son las siguientes:

(i) Ante la necesidad de agilizar el pago de las ayudas previas a la jubilación ordinaria que venía concediendo la Consejería de Empleo como subvenciones excepcionales, se decidió en 1999 que el IFA anticipara el pago de algunas de esas ayudas y así ocurrió con las concedidas a la empresa IAMASA y HAMSA. En el caso de la primera, la Intervención General opuso reparos precisamente por falta de fiscalización previa señalando que el expediente no era convalidable por la intervención del IFA como entidad colaboradora, al tratarse de una subvención excepcional carente de bases reguladoras. En el caso de la segunda, también se emitió informe de disconformidad por la Intervención delegada y, formulada discrepancia por el Viceconsejero de Empleo, el Interventor General recomendó que se solicitara informe a la Dirección General de Asuntos y Fondos Europeos. Emitido dicho informe, hubo nuevo reparo de disconformidad por la Intervención Delegada al considerar que el informe recabado era muy

genérico y no precisaba si se trataba o no de una ayuda a empresa a los efectos de aplicación del derecho comunitario. El interventor delegado en su declaración en el juicio manifestó que en esas fechas se realizaron muchos otros informes de disconformidad en la concesión de ayudas, cuantificando en cerca de 63 millones en reparos y 80 millones de justificaciones rechazadas y señalando que precisamente por ello se procedió a la realización del Convenio Marco de 18/07/2001.

(ii) Para evitar que los Convenios por importe superior a 1.200.000 euros tuvieran que ser ratificados por el Consejo del Gobierno Andaluz, los acusados, Severiano, Consejero de Empleo y Presidente del IFA desde la sesión del día 28 de enero de 2003, y Mariano, Viceconsejero de Empleo y Vicepresidente del IFA, desde la sesión del día 28 de enero de 2003, decidieron a partir de la reunión del Consejo Rector de fecha 27 de mayo de 2003, que presidió este último, por ausencia del Presidente, sustraer del conocimiento del Consejo Rector todas las ayudas sociolaborales, con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores, la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la cuantía total de la que era beneficiaria la empresa. Por lo que, dado que las cuantías totales de las ayudas sociolaborales solían superar con creces el límite competencial de 1.200.000 euros, se evitaba que tuviera que ser después autorizado por el Consejo de Gobierno de la Junta, con la consecuente publicidad que ello conllevaba, al ser publicado dicho acuerdo, de haberse adoptado, en el Boletín Oficial de la Comunidad. En las ayudas sociolaborales para que el Consejo Rector no tomara debido conocimiento se utilizó el criterio de que " tratándose de ayudas a trabajadores, la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la cuantía total de la que era beneficiaria la empresa". Y, en relación a las ayudas a empresas, para conseguir esa misma finalidad el método utilizado fue el " fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos".

(iii) El IFA contabilizaba los pagos realizados como gastos de explotación a pesar de que en la cuenta de resultados no se incluían como ingresos las cantidades recibidas como transferencias de financiación ni como gastos los pagos realizados con cargo a esas partidas.

(iv) El Convenio -marco- suscrito el 17 de julio de 2001, llamado "de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT), y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social", no fue « nunca publicado en el BOJA, no fue objeto de informe por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, por la Intervención General de la Junta de la Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA».

(v) En el informe de auditoría financiera de cuentas anuales del IFA de 15/07/2004, realizado por la firma PRICEWATERHOUSCOOPERS AUDITORES SL, se recoge un párrafo de incertidumbre en el que se alerta de las dudas sobre si el déficit generado en el IFA por el pago de las ayudas sería cubierto en el ejercicio siguiente por la dotaciones aportadas por las distintas consejerías, si bien los responsables del IFA eran conscientes de que el IFA no concedía ayudas sino que se limitaba a pagar lo ordenado por la Consejería de Empleo. Esta advertencia dio lugar a la retención cautelar de crédito por el importe del déficit (38.225 euros) por parte de la Intervención de la Junta de Andalucía, que posteriormente fue levantada.

(vi) En los informes de Cuentas Anuales de 2001, -notificado en septiembre de 2003-, Cuentas Anuales de 2002, Auditoría de Cumplimiento de 2002, Cuentas Anuales de 2003, Informe Adicional de 2003, Cuentas Anuales de 2005, Anexo Cuentas Anuales de 2006, Auditoría de Cumplimiento de 2006, Cuentas Anuales de 2007, Auditoría de Cumplimiento de 2007, Auditoría de Cumplimiento de 2008, Auditoría de Cumplimiento de 2009, se recogía que su utilización por la Consejería de Empleo para el envío de fondos al IFA, posteriormente IDEA, era inadecuado para el gasto público realizado de subvenciones excepcionales, no cumpliéndose la finalidad de financiar actuaciones propias del Instituto.

(vii) En el informe adicional al de cumplimiento de 2003, y auditoría de cumplimiento de 2004, se recoge que por la Consejería de Empleo se conceden subvenciones sociolaborales excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento establecido en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad autónoma de Andalucía.

(viii) En los informes de Cuentas Anuales de 2003, Informe Adicional de ayudas de 2003, Auditoría de Cumplimiento de 2004, Auditoría de Cumplimiento de 2007, y Auditoría de Cumplimiento de 2009, se recoge que el IFA-IDEA contrae, por encargo de la Consejería de Empleo, a través de la Dirección General de Trabajo, obligaciones de pago con terceros, por compromisos que superan los límites de los créditos aprobados en ésta, no respetándose el carácter limitativo de los créditos autorizados en los estados de gastos de su presupuesto, establecido en el artículo 38.2 de la Ley 5/1983 - Ley General de la Hacienda Pública Andaluza-

(ix) En los informes de auditoría de cumplimiento, desde 2005 hasta 2009, se recoge que el IFA-IDEA actuaba de manera improcedente, como entidad colaboradora de la Consejería de Empleo, porque lo que se estaba pagando por éste eran subvenciones excepcionales, que no podían ser objeto de pago a través de entidades colaboradoras.

(x) De estos informes, la sentencia destaca el informe adicional de ayudas, realizado en el año 2005, que figura como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del ejercicio 2003, que incluye "Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social". El Interventor General,

no sólo ordenó la retención de crédito por el importe del déficit presupuestario, sino que en el marco de los trabajos de control financiero permanente del Instituto, del ejercicio 2003, y durante el último trimestre de 2004, instó que se incluyeran trabajos específicos, en relación a los convenios particulares que la Dirección General de Trabajo suscribía con el IFA para el pago de las ayudas sociolaborales, durante los ejercicios 2001, 2002, 2003 y 2004. Para desarrollar dichos trabajos, la intervención solicitó a la Dirección General de Trabajo que le remitiese una muestra de los expedientes -20 de 144-, de los que se habían tramitado, dado que, como ya se dijo, la documentación acreditativa se residenciaba en dicho centro. Las deficiencias detectadas, que se recogen en el informe del expediente de ayudas a HYTASAL, transcritas dentro de este informe adicional, extensivas al resto de los expedientes analizados, son:

- Imputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario. - No consta solicitud presentada por los interesados. - No se aporta presupuesto desglosado por partidas y conceptos y con detalle de ingresos y gastos.

No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA , y artículo 15.1 del Reglamento de Subvenciones). - No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes. - No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse. - No constan informes del Gabinete jurídico en los convenios suscritos. - No constan autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía. - No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro. - No consta informe de la Dirección General de Asuntos europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión, las subvenciones concedidas a empresas.

- Estas subvenciones no se han incluido en la base de datos. - No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.

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

- No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo. - No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado. - No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. - Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas. - No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500.000 euros. - Se ha omitido la fiscalización previa. - No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA). - El Director General de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales. - El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10.285.137,38 euros, en lugar de 10.500.000,00 euros.

Y a modo de conclusión se dice:

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

(xi) Al tiempo en que se da a inicio al uso de las transferencias de financiación para pago de las ayudas sociolaborales y conscientes de que era necesario un cambio de tramitación, al ser subvenciones excepcionales, se elaboró un proyecto de Decreto que fue elevado hasta en 3 ocasiones a la Comisión General de Viceconsejeros (13/12/2000, 17/01/2001 y 24/01/2001) que finalmente no fue elevado al Consejo de Gobierno para su aprobación. En la tramitación de ese proyecto el Interventor General emitió informe fechado el 03/11/2020 destacando algunas de sus deficiencias:

- Necesidad de que se acompañe con el proyecto la Memoria Económica y Funcional, la cual debe determinar la aplicación presupuestaria.

- La norma reguladora de la concesión -que se recomienda sea por Orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas- deberá tener un contenido mínimo que, entre otros extremos, recoja "... las obligaciones que, con carácter general, contraen los beneficiarios al concedérsele la subvención, y los supuestos genéricos de reintegro de las ayudas." - En cuanto a la intervención del IFA como entidad colaboradora, "la norma

deberá así establecerlo expresamente, conforme el artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía ."

(xii) Con ese mismo propósito en 2004 se elaboró un proyecto de Orden, similar al proyecto de Decreto del año 2000, que finalmente no fue aprobado y en el que también el Interventor General emitió informe fechado el 10/02/2005 en el que se hacían las siguientes consideraciones:

- Ante la necesaria aplicación de las normas de la ley 50/1980 del contrato de seguro, se deberá prever en la orden, la modalidad del contrato de seguro, la condición del tomador debe de atribuirse al grupo de trabajadores, la designación del beneficiario ha de ser irrevocable, la delegación del pago de la prima a IDEA debe realizarse en escritura pública a título de comisión de pago

- Atendiendo a la cuantía de la operación, ésta pudiese estar sujeta a la autorización del Consejo de Gobierno, y a que la selección de la entidad aseguradora esté condicionada a la solicitud como mínimo de tres ofertas.

- En cuanto al régimen de fiscalización, se dice «No puede ser una de las obligaciones de la entidad colaboradora (artículo 4.f del proyecto), "someter a fiscalización previa los expedientes de gasto de las ayudas concedidas", que en todo caso le corresponde al centro directivo proponente, según las normas de procedimiento aplicables. En la redacción, por lo demás, se ha padecido un "lapsus calami" pues si la ayuda está concedida ha debido ya sustanciarse el trámite de fiscalización.»

- La posibilidad de incurrir en incompatibilidad con el mercado común, dado que las ayudas que se regulan pudiesen tener por efecto, relevar de sus compromisos económicos a las empresas afectadas por una situación de crisis o reestructuración.

- Como observación relevante sobre la aplicación presupuestaria del gasto se dice: «Según memoria económica recibida por fax este primero de febrero, el gasto "deberá hacerse con cargo al Capítulo IV que actualmente figura en la aplicación 01.14.00.01.00 44051.31L y que con la aprobación de esta orden deberá figurar en la aplicación 01.14.00 01 0048100.31L."

- Verificada la contabilidad se ha comprobado que la primera aplicación citada no se encuentra disponible en fase previa, por edición de propuesta "AD" de 31 de enero. Por tanto, y teniendo en cuenta que la aplicación a la que se deberán imputar estas subvenciones es la correspondiente al subconcepto 481.00 se verifica que no existe dotación económica que permita conceder las subvenciones proyectadas.»

Tras emitirse el citado informe, este proyecto de Orden no prosperó, y tanto en el ejercicio 2004, como en los inmediatos posteriores, no se aprobó por parte de la Consejería de Empleo, Orden alguna, para regular las denominadas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis.

(xiii) Ignorando deliberadamente los servicios y asesoramientos que tanto el Gabinete Jurídico, como la Intervención de la Junta de Andalucía podían prestar y para dar solución a la situación creada como consecuencia de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, los máximos responsables de la Consejería de Empleo, encargaron en 2008 y 2009, una serie de informes jurídicos a entidades externas a la Junta de Andalucía, como fueron:

- Informe encargado a Garriges, Abogados y Asesores Tributarios, sobre la posibilidad de que la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE), -fundación del sector público andaluz-, actuase como entidad gestora del pago de las subvenciones.

- Informe encargado a la firma PriceWater House Coopers, de análisis de las responsabilidades jurídicas que podían derivar para la Consejería de Empleo de la firma de avales, -con cargo al programa 31L- por valor aproximado de 7.323.937,93 euros, anteriormente se le solicitó un informe a Garriges, en relación a una reclamación singular de BBVA.

- Informe encargado a PriceWater House Coopers, sobre determinadas entidades de la Sierra Norte de Sevilla, en las que se habían concentrado una serie de ayudas con cargo al programa 31L, -empresas vinculadas a los Sres. Conrado y Cornelio-.

- Informe encargado a Garriges, Abogados y Asesores Tributarios, sobre el procedimiento interno para el establecimiento de líneas de apoyo a trabajadores afectados por procesos de reestructuración y redimensionamiento laboral.

En dichos informes se pusieron también de manifiesto las irregularidades destacando el último informe citado en el que, después de analizar la operativa seguida se concluye: "con este procedimiento se ha eliminado un trámite fundamental, como es el de la fiscalización individualizada de los actos de otorgamiento, y que mediante el uso de la transferencia de financiación, la Dirección General de Trabajo se sustrae al procedimiento de control a los que teóricamente debía someterse, teniendo en cuenta que es realmente la entidad que retiene y ostenta el poder decisorio y posterior control del cumplimiento, en relación con las ayudas otorgadas"

Después de señalar que las subvenciones deberían publicarse en el BOJA, e inscribirse en la Base de Datos de Subvenciones, concluye en el apartado 4 de las conclusiones, señalando que :

"para que se pueda iniciar una línea de ayudas excepcionales por parte del DGT, es preciso una delegación de competencias por el titular de la Consejería, aun tratándose de ayudas excepcionales, es preciso observar un determinado procedimiento, cuyo incumplimiento determinará la nulidad o anulabilidad de la resolución otorgando la ayuda especial relevancia tiene el cumplimiento del requisito de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualquier ingreso de Derecho público de la Comunidad autónoma andaluza se ha eludido el trámite del control financiero individual de las ayudas, en la medida que su financiación se realiza con cargo a una partida presupuestaria transferida a IDEA aun cuando el concepto al que se destinen las ayudas que pretenden otorgarse sean las nóminas de los trabajadores, el beneficiario será la empresa."

Por lo tanto, los distintos motivos que cuestionan a través de la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim la existencia del elemento subjetivo del injusto del artículo 404 CP están abocados al fracaso, dado que el relato fáctico de la sentencia describe con suficiencia que los distintos autores actuaron teniendo plena conciencia de que resolvían al margen del ordenamiento jurídico, ocasionando un resultado materialmente injusto y anteponiendo su voluntad frente a cualquier otra consideración, sin perjuicio, insistimos una vez más, sin perjuicio de analizar esta misma cuestión de forma individualizada.

VII JUICIO DE TIPICIDAD DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

En la sentencia de instancia se ha establecido que los hechos probados son también constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, tipificado en el artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, pero sólo respecto de una parte de los acusados.

Esta subsunción normativa ha sido objeto de numerosas impugnaciones⁷ y, al igual que hemos hecho con el delito de prevaricación, en este apartado de la sentencia daremos respuesta a las cuestiones comunes que plantean buena parte de los recursos.

32. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el delito de malversación de caudales públicos.

32.1 Tipo penal aplicable

La sentencia de instancia ha condenado por delito continuado de malversación de caudales públicos y se da la circunstancia de que con posterioridad a los hechos enjuiciados el delito de malversación sufrió una profunda transformación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que afectó, no sólo a la penalidad, sino a la descripción de las conductas típicas.

La resolución impugnada aplicó el tipo vigente al tiempo de los hechos por establecer una penalidad más benigna que el actual y, por más que no se haya cuestionado ese criterio, debemos determinar si es acertado y, de forma antecedente, si los hechos probados son típicos, tanto de acuerdo con la normativa actual como con la anterior.

El delito de malversación, regulado en el artículo 432 del Código Penal hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sancionaba penalmente a "la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones".

7; Recurso de don Cesareo, motivo 1º, 2º, 3º y 13º; Recurso de don Severiano, motivo 4º; Recurso de don Benjamín, motivo 11º; Recurso de doña Marcelina, motivos 10º, 11 y 12º; Recurso de don Virgilio, motivos 8º y 9º; Recurso de don Amadeo, motivos 2º y 4º; Recurso de don Borja, motivo 1º, f); Recurso de Esteban, motivo 5º.

A tenor del apartado segundo del precepto citado la conducta se agravaba "si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público".

En el artículo 433 se sancionaba con la misma pena "a la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones y no los reintegrare dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso".

Por tanto, el delito de malversación castigaba tanto la sustracción como la distracción de caudales públicos. Obsérvese que según el Diccionario de la RAE el término "sustraer" que utiliza el precepto aplicado (432 CP derogado) no sólo es la acción de apropiación sino "apartar o separar", por lo que dentro de la acción de sustraer se inserta la acción de disponer de los bienes de forma definitiva.

A partir de 2015 el artículo 432 CP castiga a "la autoridad o funcionario público que cometiere tanto el delito del artículo 252 como el del artículo 253, sobre el patrimonio público".

La nueva regulación del tipo de malversación de caudales públicos unifica su tratamiento punitivo con otras modalidades delictivas que recaen sobre patrimonios privados: La administración desleal (art. 252 CP) y la apropiación indebida (art. 253 CP).

La administración desleal se caracteriza, conforme a lo establecido en el artículo 252 CP, por el exceso en el ejercicio de las funciones de administración siempre que cause un perjuicio en el patrimonio administrado. Aun cuando la descripción típica de esta conducta ha dado lugar a controversias doctrinales, dada la generalidad de los términos empleados por el legislador, constituirá delito de administración desleal toda conducta que suponga un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades de administrar, causando por ello una lesión al patrimonio administrado.

Por su parte, la apropiación indebida, tipificada en el artículo 253 CP, incluye los actos de disposición definitiva ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos que tengan significado o valor apropiativo (STS 906/2016, de 30 de noviembre).

Por tanto, en la actual regulación de la malversación también castiga la disposición definitiva de los bienes como su uso indebido vulnerando los deberes de administración.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, también ha modificado la descripción del sujeto activo del delito.

En el derogado artículo 432 CP se atribuía la autoría del delito de malversación a " la autoridad o funcionario público que tuviera a su cargo los efectos o caudales públicos por razón de sus funciones".

En la actual redacción se exige que el sujeto activo sea "autoridad o funcionario público" sin mayores precisiones, lo que obliga a integrar esa descripción con la establecida en los tipos a los que remite. Así, en el tipo de administración desleal (art. 252 CP) el sujeto activo debe "tener facultades para administrar un patrimonio ajeno", y en la apropiación indebida (art. 252 CP) el sujeto activo debe tener la posesión legítima del bien del que se dispone, con obligación de entregar o devolver.

En este caso y tratándose de un supuesto de apropiación no ofrece duda que pueden cometer el delito todos aquellos que tienen capacidad de disposición sobre el bien público en sentido amplio, tanto los que detentan materialmente el bien como quienes tienen capacidad de evitar el acto depredatorio. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En cuanto a la penalidad la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 permite imponer una pena superior a la establecida en el precepto derogado por lo que conforme a lo previsto en el artículo 2.2 CP no cabe la aplicación retroactiva del nuevo tipo, siendo de aplicación el vigente al tiempo de los hechos.

32.2 Bien jurídico protegido

Aun cuando se ha discutido doctrinalmente cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de malversación, la doctrina de esta Sala, en congruencia con su ubicación sistemática, sujeto activo y naturaleza de los bienes a que afecta, viene declarando que es un delito contra el patrimonio y, a la vez, un delito contra la administración pública.

Se pretende la protección de la indemnidad del patrimonio público y también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. De acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática este delito tiende a hacer posible la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos y a garantizar los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública.

32.3 Elementos típicos

Esta Sala tiene un cuerpo de doctrina muy consolidado a cerca de la interpretación del artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos (SSTS 507/2020, de 14 de octubre, 214/2018, de 8 de mayo y 1051/2013, de 26 septiembre, entre otras muchas).

El tipo de malversación de caudales públicos del derogado artículo 432 CP está integrado por los siguientes elementos típicos:

(i) El sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad o funcionario público, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Para la determinación del sujeto activo resulta de aplicación el artículo 24 CP que establece un concepto de autoridad y de funcionario específico y más amplio que el administrativo. Autoridad es quien por si solo o como miembro de una corporación tribunal y órgano colegido tenga mando o ejerza jurisdicción propia y funcionario es todo aquel que en función de su nombramiento participe del ejercicio de funciones públicas.

(ii) Se precisa una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata.

Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96 y 24.2.95). Ahora bien, esa afirmación inicial ha sido objeto de matizaciones.

Así, no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Y también que "tener a su cargo" significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

En efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito "de tener a su cargo por razón de sus funciones" de modo flexible por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico. Afirmación que lleva a abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos. Significa, por tanto, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

Se recuerda en las SSTS 779/98, de 5 de junio y 1368/99, de 5 de octubre, sobre un caso de vicepresidente de Diputación Provincial que hace suyos fondos públicos por un sofisticado sistema, que no necesario que tenga la disponibilidad material de ellos y sí su capacidad de disposición.

La sentencia llama la atención sobre el hecho de que los sistemas de caja de la Administración Pública moderna han prescindido de los ancestrales métodos y lo fundamental, respecto de los caudales y fondos públicos, es la facultad o poder de disposición de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto de una Corporación pública. Resultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración Pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

Por tanto, la exigencia de tener los bienes a su disposición no sólo es tenerlo bajo su estricta custodia material, sino capacidad de disposición de manera que los caudales a los que se refiere la tipicidad de la malversación están residenciados en la persona que tiene capacidad de gasto o de control.

(iii) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y

(iv) La acción típica es "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga" lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia que "el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

En la STS 310/2003, de 7 de marzo, se declara que "es claro que el texto legal utiliza el verbo «sustraer», que genera, en una primera lectura, la idea de una malversación de cosas. Sin embargo, el tipo penal no solo se refiere a «efectos», sino también a caudales y respecto de estos se debe entender que la infracción del deber del funcionario que se exterioriza en la sustracción se consuma ya cuando se dispone de los fondos públicos. Es preciso tener presente que la acción de sustraer, también característica del delito de hurto, admite diversos sentidos y que uno de ellos es el de la «remotio» o sea la simple remoción de la cosa del lugar que ocupa, lo que trasladado al manejo de dineros públicos es equivalente a la disposición (en sentido similar la STS núm. 1160/1998 de 8 de octubre, 747/02 de 23 de abril, 1569/03 de 24 de noviembre, 986/05 de 21 de julio, 228/13 de 22 de marzo y la STS 277/2015, de 3 de junio, que cita a todas las anteriores y que hace suya la doctrina expuesta)".

El tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio. Sobre esta idea nos extenderemos más adelante.

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivos, en idéntico sentido al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013).

Se trata, en definitiva, de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga. No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado.

En la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita de la STS 310/2003, de 7 de marzo y en relación con una malversación producida en la concesión de subvenciones se declara que "la acción de malversar se consuma cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación...Es la obtención material de los fondos, la posibilidad de disposición sobre los mismos, la que marca el momento consumativo del delito de malversación, al igual que otros delitos de enriquecimiento como el hurto, la estafa o el robo".

Ese ha sido el criterio constante de la Sala. Por citar algunos ejemplos más remotos, en la 117/1996, de 25 de marzo se dijo que el delito se consuma con la sola realidad dispositiva sin que precisa ineludiblemente de la extensión, redacción o plasmación de documento alguno, público u oficial. En la STS de 07/05/1990 se declaró que el delito se consuma tan pronto como ocurre la disposición del objeto embargado, aunque no conste lesión patrimonial ni lucro económico.

En materia de contratación, sin embargo, dada la relación sinalagmática que la caracteriza, se ha considerado que el momento de consumación del delito se produce con el reconocimiento de la obligación, ya que desde ese momento nace la obligación de exigibilidad, siendo irrelevante el pago ulterior (STS 459/2019, de 14 de octubre).

(viii) En cuanto al tipo subjetivo el delito de malversación en sus dos modalidades es doloso. Precisa el dolo genérico, que requiere el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de actuar. En concreto, el dolo comprende el conocimiento de que los objetos o caudales sustraídos pertenecen a las administraciones públicas y, por tanto, son públicos (STS 545/19999, de 26 de marzo y 132/2010, de 18 de febrero, entre otras muchas). La doctrina de esta Sala ha admitido que para la existencia del delito en su modalidad activa basta el dolo eventual (STS 277/2015, de 3 de junio, 914/2012, de 29 de noviembre y 310/2003, de 7 de marzo). En cuanto al tipo de omisión impropia también se admite el dolo eventual, en general para esta clase de delitos, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no actúe (ATS 18/20/2020- Recurso 20542/2020)

33. Juicio de tipicidad en relación con el delito de malversación de caudales públicos

33.1 Según hemos precisado en anteriores pasajes de esta sentencia, la actividad prevaricadora se concretó en la aprobación de diferentes modificaciones presupuestarias, anteproyectos y proyectos de presupuestos, en el otorgamiento del Convenio Marco y de los innumerables convenios particulares suscritos, en el fraccionamiento de cantidades en el sentido que ya ha sido indicado y en la propia concesión de subvenciones excepcionales a trabajadores y empresas por parte de la Dirección General de Trabajo.

El criterio de presupuestación utilizado era palmariamente ilegal y la injusticia y arbitrariedad de ese criterio se evidencia por la finalidad ilegal perseguida. Se utilizaron las transferencias de financiación como artificio contable para eludir la normativa de subvenciones.

Pero los hechos no se limitaron a esa actuación. Se dispuso de los fondos públicos presupuestados al margen de todo control y de forma libérrima y arbitraria.

El manejo de esos caudales se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones. Sin bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecidos en la ley.

Por tanto, la desviación de los caudales públicos en sus dos modalidades no quedó abrazada por las conductas prevaricadoras, sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado.

Esa dualidad justifica que la antijuridicidad de la conducta desplegada no se agote en la prevaricación, sino que constituya también un delito de malversación, en relación de concurso medial.

Como proclamamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, "el concurso entre prevaricación y malversación está contemplado en la STS 18/2014, de 23 de enero . Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid. STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)".

33.2 La sentencia precisa que las personas condenadas por el delito de malversación tenían la condición de funcionarios públicos o autoridad, incluidos por tanto en el concepto jurídico-penal establecido en el artículo 24 CP.

Todos ellos también tenían una facultad decisoria sobre los caudales públicos de los que se dispuso ilícitamente, bien por tenerlos materialmente a su cargo, bien por tener funcionalmente la capacidad de decidir sobre su destino, en función de una posición jerárquica superior, y no ofrece duda alguna y nadie cuestiona que los caudales sobre los que se dispuso, que formaban parte del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, eran de naturaleza inequívocamente pública.

Por último, los actos realizados sobre esos caudales han de incluirse en el amplio concepto de "sustracción", porque los condenados, que tenían a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separaron de las mismas, y extrayéndolos del control público y con ánimo de lucro, los entregaron a terceros, en forma de ayudas o subvenciones concedidas ilegalmente.

Los hechos aquí enjuiciados son excepcionales y (s.e.u.o.) no existen precedentes de unos hechos como los que aquí se enjuician.

Se articuló un sistema para dotar de fondos a la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía para que ésta dispusiera de ellos libremente. No puede afirmarse siquiera que las ayudas concedidas cumplieran un fin público porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria.

Como veremos a continuación, las irregularidades advertidas en el proceso de concesión son tan graves y contumaces que excluyen la satisfacción de intereses públicos.

33.3 La prueba fundamental, que no única, para acreditar la forma en que se gestionaron las ayudas es el informe pericial elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado, ratificado en el juicio oral y que obra en las actuaciones (PPRI, INFORME IGAE COMPLETO, Informe Diciembre 2013, Anexo PDF documentación y 7 informes adicionales).

En la pericia se analizó con criterios de auditoría una muestra significativa de los expedientes. Se comprobaron las ayudas concedidas a 56 empresas, con un importe total subvencionado de 544.726.016, 03 euros, que representaba un 73,45% del crédito total del programa 31L en el periodo 2000- 2010.

Se concedieron tres tipos de ayudas:

1. Subvenciones a empresas con destino a la financiación del coste de las indemnizaciones por despido colectivo de sus trabajadores afectados por un ERE. Dichas indemnizaciones, acordadas entre la empresa y la representación de sus trabajadores, se formalizaron mediante la suscripción de un seguro de rentas, cuya prima fue satisfecha en su totalidad o en su mayor parte por la Junta de Andalucía. 2. Subvenciones a empresas con fines diversos, y en ocasiones sin ningún objeto claramente definido, las cuales no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE. El informe identifica en la muestra analizada 43 ayudas por importe total de 50.834.930,98 euros. De estas ayudas, consta que 16 no tenían objeto definido por importe de 18,719.981, 63 euros (s.e.u.o) 3. Subvenciones a personas físicas, que en su día fueron afectadas por un ERE, a las cuales se otorgaron las ayudas cuando la relación laboral ya había sido extinguida y no fueron objeto de negociación con la empresa. En relación con estas últimas, su concesión se realizó: Años después de que la empresa hubiera cerrado o en el momento inmediato posterior al cierre de la empresa. Estas ayudas se formalizaron también mediante la suscripción de un seguro de rentas, cuya prima fue satisfecha en su totalidad o en su mayor parte por la Junta de Andalucía.»

Las conclusiones del informe pericial sobre el resultado del análisis de esa muestra amplia y muy significativa de los expedientes fueron las siguientes:

- Se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido lo que pudiera ser causa de nulidad de pleno derecho. - Se ha utilizado un criterio de presupuestación inadecuado, las transferencias de financiación, por lo que a tenor del artículo 38 LGHPCAA podría ser también causa de nulidad de pleno derecho. - La concesión de las ayudas por la Dirección General de Trabajo adolece de falta de competencia, conforme al artículo 13 de la LRJPC - En la concesión de subvenciones por cuantía superior a 3.005.060,52 euros, no consta la preceptiva autorización del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, conforme al artículo 104 LGHPCAA y artículos 4.1 Decreto 254/2001 . - En los compromisos de pagos superiores a 1.202.024, 21 euros, no consta la preceptiva aprobación provisional del Consejo Rector del IFA, ni la posterior ratificación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (art. 9 Decreto 233/1991, de 3 de diciembre y art. 10 Decreto 26/2007, de 6 de febrero). - No consta ningún análisis económico que ponga de manifiesto si las ayudas eran procedentes en atención a las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta. - No se ha publicado ni existe ninguna norma dictada por la Junta de Andalucía en la que se publiciten las ayudas y se establezcan los criterios de selección de las empresas, así como los baremos, límites y condiciones de las subvenciones a conceder para la financiación de los ERES, por lo que los sistemas para determinar tanto la empresa elegida como los importes a financiar son totalmente discrecionales. - Se ha prescindido de los criterios de publicidad, concurrencia y objetividad legalmente establecidos. - No se ha acreditado el carácter excepcional de las ayudas concedidas, que lo han sido, además, de forma habitual y reiterada durante un largo periodo de diez años. - No consta solicitud formal de las ayudas por los beneficiarios. - No consta resolución motivada de concesión, ni el cumplimiento de los requisitos exigibles a los beneficiarios. - No se acredita que éstos estén al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (art. 17.3 Decreto 254/2001). - No consta que en su tramitación se hayan cumplido las exigencias de la asunción de compromisos de carácter plurianual. - La concesión de subvenciones no se ha sometido a la fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo. - En los expedientes analizados, de los que no se daba cuenta el ente pagador, no aparece documentación alguna que muestre el mínimo

cumplimiento de las normas que regulan la concesión de subvenciones. - No consta en los expedientes informe preceptivo del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía a los convenios firmados entre la Dirección General de Empleo y el IFA/IDEA. - No consta ningún seguimiento de las ayudas concedidas, según exige el artículo 20 del Decreto 254/2001).

Además de todo lo expuesto, se hace referencia a algunas otras irregularidades:

- En determinadas pólizas de seguro figuran como beneficiarias algunas personas que, o bien no están incluidas en el ERE, o bien no poseen relación laboral con la empresa. - En diversas subvenciones se detectaron pagos cruzados, de forma que una parte de los fondos enviados a las aseguradoras para el pago de un póliza concreta se utilizaba después para la suscripción y pago de otra póliza distinta, lo que también es causa de nulidad, conforme al artículo 38 LGHPCAA.

- No consta que se haya seguido procedimiento alguno, exigido por la Ley de Contratos del Estado, para la selección de las entidades aseguradoras y mediadoras. - Los gastos de gestión externa (comisiones) son superiores a la media del sector asegurador de vida, lo que ha dado lugar a sobrecostes de comisión y un mayor coste de las pólizas de seguros contratadas. - Se detectó la intervención como mediadora de la empresa VITALIA SA que carecía de autorización para operar como correduría de seguros. - Se suscribieron pólizas con la aseguradora PERSONAL LIFE, que carecía de autorización administrativa para operar en Andalucía, habiendo quebrado y teniendo que asumir parte de sus obligaciones pendientes el Consorcio de Compensación de Seguros

33.4 El conocimiento de esta situación era incuestionable por quienes concedieron las subvenciones. Pero no sólo de ellos. En la sentencia de instancia se declara que también tuvieron conocimiento algunas de las autoridades que aprobaron las partidas presupuestarias y que fueron informadas de la gestión altamente irregular de las ayudas.

Las pruebas acreditativas de ese conocimiento vienen conformadas por una serie de informes que se sucedieron en el tiempo y cuyo contenido, coincidente con el Informe que posteriormente elaboró la IGAE, acredita, sin duda, la ilegalidad de la gestión, el absoluto descontrol y la total discrecionalidad con la que se concedían las ayudas o se utilizaban los fondos. La magnitud de lo sucedido explica las dimensiones de esta causa y la existencia de más de un centenar de piezas separadas pendientes de enjuiciamiento.

De los informes destaca, sin duda, el primero que vamos a citar, pero en los restantes se insiste en la ilegalidad del proceso que se estaba siguiendo lo que, unido al contenido del primer informe, revela que existió información continuada que permitió conocer lo que estaba sucediendo y permitió que se adoptaran decisiones para poner fin al dispendio de fondos públicos.

En los recursos formulados por cada uno de los condenados por este delito se justificará con extensión las pruebas acreditativas de ese conocimiento.

Algunos de los informes más destacados a los que alude la sentencia son:

(i) Informe adicional de ayudas de 2003, ordenado por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y que incorpora un Anexo III sobre determinados aspectos de la gestión.

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

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

- No consta informe de la Dirección General de Asuntos europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión, las subvenciones concedidas a empresas. - Estas subvenciones no se han incluido en la base de datos. - No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.

En ese informe se analizó con "protocolo de colaboración entre la DGT e HYTASAL, que fue el instrumento ideado para la concesión de las ayudas a esta empresa, y se detectaron también las siguientes irregularidades:

- No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo. - No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado. - No se indica la forma y secuencia del

pago y los requisitos exigidos para su abono. - No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. - Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas. - No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500.000 euros. - Se ha omitido la fiscalización previa. - No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA). - El Director General de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.

Y a modo de conclusión se dice:

"Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las

deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados."

(ii) Informe de cumplimiento del año 2004. En dicho informe se hace constar:

"Por parte del órgano gestor de los gastos, al financiar la actuación mediante transferencias corrientes, aplicación 440.51, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003 de Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2004. Se vulnera asimismo el título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al conceder subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido en el artículo 107 de la misma."

(iii) Informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005, remitida el 09/03/2007, en el que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las ayudas que se conceden no tienen bases de convocatoria. Señala que el de esas ayudas debería articularse como encargo de ejecución, siendo impropio el uso de las transferencias de financiación.

En este informe se hace constar que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pagode determinadas subvenciones excepcionales (...).

Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.

De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y ensupuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

(iv) Informe de cumplimiento de 2006 que se pronuncia en términos similares al de 2005, realizado por la Intervención el 04/12/2007.

(v) Anexo al informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006. En este informe se afirma:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado" que dispone: Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51. 31LLa aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y seguridad social. Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios 2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación. El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

(vii) Informe de cumplimiento de 2007, remitido el 31/10/2008, en el que se afirma:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. (...) En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales. La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone (...), podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

33.5 Las consecuencias económicas para los fondos públicos de la Junta de Andalucía fueron claras e importantes, y ello con independencia de la decisión adoptada por ésta de no realizar ningún expediente de revisión o reintegro con respecto a las empresas por las denominadas ayudas sociolaborales, limitándose a los denominados intrusos o irregulares, y a las compensaciones recogidas en las Disposición Adicional 2ª del Decreto Ley de 4/2012.

La propia administración autonómica, en escrito suscrito por el Director General de Relaciones Laborales, de fecha 12/12/2017 fijó en 233 expedientes, la tramitación de revisión de oficio, por importe de 128.887.677,43 euros, pagados por el IFA/IDEA a empresas y entidades (Pieza documental numerada, documento 45, página 4 del pdf).

Se señala así mismo en dicho informe la imposibilidad siquiera de incoar muchos expedientes de revisión " por desconocer la denominación de la entidad beneficiaria y ante la carencia de documentación al respecto en los archivos de esta Dirección General (no constan solicitudes, actos resolutorios de concesión, ni constancia documental de que se haya procedido al pago), no se han podido iniciar los correspondientes expedientes de revisión de oficio. Y según los datos facilitados por la Agencia IDEA resultaría un importe de 25.720.328,39 euros."

Por otro lado, y para dar solución al problema creado y dar cobertura, al menos, a parte de las ayudas concedidas se articuló un instrumento de regularización, a través del Decreto 4/2012, de 16 de diciembre.

La norma sólo ha pretendido solucionar los problemas a un nutrido grupo de trabajadores, obligando a presentar propuestas de novación, sujetas a un régimen de fiscalización previa por la Intervención competente, con obligación de justificar el mantenimiento de las condiciones exigidas para su concesión, así como con la posibilidad del ejercicio de acciones de reintegro en los supuestos determinados en la norma.

En todo caso el Decreto no impide el ejercicio de acciones para reclamar la devolución de las ayudas respecto de personas que conste que no tenían derecho alguno a su percepción.

En su Disposición Adicional cuarta se dispone lo siguiente:

"En ningún caso, las disposiciones de este Decreto-ley se podrán entender en el sentido que impidan o enerven los efectos de los procedimientos de revisión, de reintegro o cualesquiera otros que la Administración de la Junta de Andalucía haya iniciado o pueda iniciar en el futuro respecto de prestaciones cuyos perceptores no tuvieran derecho a recibir y deban reembolsar al Erario público, con sus correspondientes intereses. Del mismo modo, en ningún caso, las disposiciones de este Decreto-ley se podrán entender en el sentido que menoscaben cuantas acciones puedan corresponder a la Administración de la Junta de Andalucía para la exigencia de las responsabilidades que pudieran derivarse de los procedimientos citados en el párrafo anterior".

33.6 Por último, en el fundamento jurídico 47º se precisa la autoría en el siguiente párrafo de la sentencia impugnada, que transcribimos:

"Del delito de malversación son penalmente responsables en concepto de autores los acusados Borja, Mariano, Severiano, Domingo, Amadeo, Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina, y Cesareo, por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 del Código Penal, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal. Conforme a lo que expusimos al realizar la valoración de la prueba respecto de cada uno de estos acusados. Los acusados Borja y Amadeo, por su participación directa en la disposición de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados; Mariano, por su participación directa en la disposición de los fondos, y permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los mismos; Domingo, por su participación directa en la disposición de los fondos, y permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los mismos; Severiano, por permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos; Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina, y Cesareo, por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto dedisposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Todo ello, conforme a lo expuesto en los hechos probados y al valorar la prueba respecto de cada acusado".

34. Aplicación de fondos a fines privados: Sustracción

En algunos recursos se sostiene que no puede hablarse de malversación porque la aplicación de unos fondos a un fin público diferente del previsto legalmente no es una conducta típica malversadora desde la aprobación del Código Penal de 1995 (SSTS 917/2003, de 23 de junio, y 1486/1998, de 26 de noviembre), como tampoco lo es retener fondos públicos para atender gastos no presupuestados, sin someterlos a fiscalización previa, según STS 914/2012, de 29 de noviembre.

Ya hemos señalado que en la actualidad y como consecuencia de la nueva redacción dada al tipo de malversación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, esa acción punible tanto puede realizarse mediante actos de apropiación en sentido estricto como de administración desleal, que incluye los actos de distracción, esto es, aplicar los bienes a fines no autorizados, con infracción de los deberes de administración y con perjuicio para el patrimonio administrado.

Sin embargo, cuando ocurrieron los hechos y a la vista del precepto aplicado en la sentencia de instancia, la determinación de qué haya de entenderse por malversación de caudales públicos ofrece mayores dificultades.

El tipo de malversación vigente al tiempo de los hechos sancionaba con penas diferentes varias conductas: La sustracción o el consentimiento a la sustracción (art. 432 CP), el destino de los caudales o efectos públicos a usos ajenos a la función pública (art. 433 CP) y a la aplicación a fines privados de bienes muebles o inmuebles públicos (art. 434 CP).

En nuestro caso la cuestión estriba en determinar si hubo o no sustracción o consentimiento a la sustracción y cuál sea la interpretación que haya de darse a estas acciones.

La doctrina de esta Sala ha venido entendiendo que "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga", que es la forma en que el Código describe la acción punible, significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia: que "el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

El tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio.

En este caso, hubo ese apartamiento definitivo y, según hemos dicho en el fundamento jurídico anterior, los pagos realizados no cumplieron una finalidad pública. Fueron el resultado de decisiones arbitrarias que realizaron las autoridades responsables, disponiendo del dinero público como si fuera propio.

Se utilizaron los fondos públicos para el pago de subvenciones extraordinarias sin que conste su justificación; se concedieron ayudas que nada tenían que ver con la habilitación presupuestaria; no consta resolución administrativa motivada de concesión; no consta documentación que acredite el más mínimo cumplimiento de las normas sobre subvenciones; se incumplieron de forma absoluta todos los presupuestos y controles establecidos en la ley; no hubo bases reguladoras, ni un criterio mínimamente objetivo o reglado que determinara la concesión; en ocasiones, se autorizaron sin determinar siquiera el objeto de la ayuda, sin comprobar si las empresas beneficiarias tenían necesidad de las ayudas en todo o en parte y sin comprobar si cumplían los distintos requisitos establecidos en la ley; no hubo tramitación de expediente administrativo y no hubo control posterior sobre el destino de las ayudas y por último, se incumplieron todas las normas sobre libre concurrencia y publicidad.

En estas condiciones no puede afirmarse que las ayudas concedidas cumplieran fines públicos. Fueron absolutamente arbitrarias.

Es cierto que parte de esos pagos fueron destinados al pago de ayudas sociolaborales y que, de haberse cumplido las exigencias legales y reglamentarias, se trataría de pagos realizados para el cumplimiento de fines públicos, pero la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales y en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto dando lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos

Por tanto, hubo apropiación por terceros y la disposición de los bienes en favor de éstos fue definitiva, con la correlativa despatrimonialización de los caudales públicos.

Las sentencias que se citan en el motivo para argumentar que la aplicación de los fondos públicos a fines distintos de los establecidos legalmente no constituye malversación (222/2010, de 4 de marzo y 657/2004, de 19 de mayo,) no son de aplicación a este caso. En las citadas sentencias se analizó el criterio diferencial entre los artículos 432 y 433 vigentes al tiempo de los hechos, por su relación con el derogado artículo 397 CP de 1973, que sancionaba como delito de malversación de caudales públicos a la persona encargada de su custodia, cuando les diera un destino público diferente al que tuvieran asignado.

Por el contrario, la inclusión en el concepto de "sustracción" de las disposiciones definitivas de caudales públicos, en favor de terceros, y con incumplimiento absoluto de los controles y presupuestos legales tiene precedentes en esta Sala.

En la STS de 29 de julio de 1998 se condenó a un Ministro del Interior porque permitió el uso de fondos reservados para la financiación de un delito, conociendo que esos fondos iban a ser utilizados con esa finalidad, por más que no tuviera a su cargo materialmente la disposición de los fondos.

En la STS 908/2021, de 24 de noviembre, se condenó por malversación a un funcionario que, al margen de los sistemas legales de oferta pública de empleo y siendo conocedor de que existían remanentes de liquidez económica de la Concejalía de la que dependía, propuso una contratación a través de un contrato menor para que se pagase a una concreta persona una cantidad mensual por prestación de servicios, evitando de esa forma las formalidades y controles previstos en la legislación aplicable. Se sanciona como malversación el beneficio económico para un tercero mediante un acuerdo previo e incumpliendo de forma notoria las formalidades exigibles para esa contratación administrativa.

En la STS 685/2021, de 15 de septiembre, se condenó por malversación de caudales públicos a un responsable de una empresa pública de Andalucía que concedió una beca de 24.000 euros a una conocida "pese a conocer que, no obstante su nombramiento como gerente, no se le habían otorgado poderes para adoptar tal decisión y que la ayuda concedida, por su destino y por las características de su destinataria, no se ajustaba a los fines estatutarios de la entidad".

El caso resuelto en la STS 606/2017, de 7 de septiembre, guarda bastantes similitudes con el aquí enjuiciado. Como consecuencia de la falta de soportes contables y de fiscalización previa de las actividades de las sociedades públicas dependientes del Ayuntamiento de Marbella, según acreditó un informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, el Pleno del Ayuntamiento acordó crear una Sociedad municipal para la gestión urbanística y el pago de obligaciones a terceros. Se trataba de una sociedad innecesaria, anómala e irregular de la que fue nombrado presidente el Teniente de Alcalde del citado Ayuntamiento. A través de esta sociedad se consiguió la desviación de fondos de las arcas municipales, sin control alguno y sin fiscalización posible, lo que dio lugar a que se procediese al pago de facturas por trabajos no realizados por un importe superior a 13.000 euros.

Este caso es singular y extraordinario. No hay precedentes similares. Lo sustancial del mismo es la creación de un sistema o procedimiento por el cual se habilitaron unas cuantiosas partidas presupuestarias a lo largo de nueve años, utilizando una clasificación presupuestaria ilegal. Y ese cambio no fue casual. Se realizó para evitar la normativa de subvenciones y sus rígidos controles. Y, una vez aprobadas las partidas, se dispuso de los fondos públicos como si fueran privados, de forma libérrima y arbitraria.

Por lo tanto y como conclusión, la aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP, como del tipo actualmente vigente.

La queja es inviable

35. Puesta a disposición de los fondos: Acto preparatorio.

35.1 Una impugnación de relevancia es la referida con singular claridad en el motivo 8º del recurso de don Virgilio.

El argumento impugnativo parte del apartado de la sentencia en el que se declara probado que "se puso a disposición del acusado, Borja los fondos correspondientes para que los gestionara sin sujeción a la fiscalización de la Junta de Andalucía y sin tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales".

Este modo de redacción del juicio histórico permite sostener, según la defensa, que los acusados que intervinieron solamente en el proceso de presupuestación en ningún caso dispusieron de cantidad alguna y se limitaron a consentir la actuación del Director General de Trabajo y Seguridad Social, pero semejante conducta, no puede subsumirse en el delito consumado de malversación de caudales públicos porque esas autoridades no habrían dispuesto materialmente de los fondos públicos.

Se trataría de un acto preparatorio impune, lo que se corresponde, además, con el ámbito de esta pieza de "procedimiento específico" que, según señala la propia sentencia impugnada, no incluye la concesión de las ayudas singulares.

Esta alegación está estrechamente relacionada con otra en la que se sostiene que a los condenados que sólo intervinieron en los procesos de presupuestación no se les pueden atribuir la acción típica porque no tenían ninguna competencia o función en relación con los fondos y, por lo mismo, no podían realizar ningún acto jurídicamente eficaz sobre los mismos.

35.2 Dejando al margen la cuestión de la delimitación del objeto del proceso, que ya ha sido contestada en el fundamento jurídico tercero, no cabe hablar de actos preparatorios en relación con los condenados que intervinieron exclusivamente en la aprobación de los instrumentos presupuestarios.

El motivo, no sin habilidad, trata de descomponer los hechos identificando la acción desarrollada por los distintos autores como si fueran acciones aisladas. Así, los que aprobaron las subvenciones y las pagaron habrían realizado actos de disposición de los fondos, pero quienes autorizaron las partidas con las que se pagaron las

ayudas no habrían realizado la acción típica, ni en la modalidad activa (sustracción) ni en la pasiva (consentimiento a la sustracción), ya que carecían de competencia alguna en la ejecución del gasto.

Sin embargo, tanto los que concedían y pagaban las ayudas sociolaborales, por un lado, como los que aprobaban los créditos presupuestarios y hacían posible la acción de los anteriores participaban de un común objetivo, el pago de estas subvenciones al margen de lo establecido en la ley.

Algunas defensas tratan de limitar la responsabilidad al primer grupo de condenados, dejando al margen a quienes, con mayor autoridad dentro de la organización administrativa, hacían posible el pago de las ayudas. Pero la sentencia impugnada, con buen criterio, concibe la acción típica a partir de la propia complejidad de los hechos y de la estructura administrativa que los hizo posibles.

La concesión y pago de las ayudas por los responsables de la Consejería de Empleo requería de la decisión previa de aprobación de las partidas presupuestarias correspondientes por los miembros del Consejo de Gobierno y de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía. Todos ellos tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de los fondos públicos y todos ellos, conociendo las ilegalidades en su concesión y pago, contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción. Es impensable el pago sin la previa presupuestación y es también impensable la actuación del Director General de Trabajo, que fue quien pagaba las subvenciones, sin la previa autorización de los demás responsables políticos identificados en la sentencia. La acción típica no se limita a los actos materiales de aprobación y pago de las ayudas y demás subvenciones, sino que se extiende a la previa autorización presupuestaria que los hizo posibles. Se trata en ambos casos de conductas activas que conforman la acción típica. También se extiende a la omisión de medidas eficaces para evitar el dispendio, una vez que fue conocido.

En estructuras complejas la acción del delito de malversación no puede limitarse a quienes efectúan materialmente los pagos sino a todos aquellos que los hacen posible o, en otras palabras, a todos aquellos que sin su concurso la acción no puede llevarse a cabo, a todas las autoridades que de forma expresa o genérica o de facto tienen competencia sobre el destino de los fondos.

En la STS de 29 de julio de 2008 (Caso Marey y fondos reservados) se enjuició un caso de uso de fondos reservados, utilizados para financiar un delito, y se condenó como autores materiales directos del delito de malversación de caudales públicos no sólo al Director General de la Seguridad del Estado, que tenía a su cargo la disposición de los fondos reservados, sino también al Ministro del Interior " no porque fuera el Ministro del Departamento y como tal el responsable del uso y justificación de los fondos reservados, asignados a ese Ministerio, como antes se ha dicho, sino porque conoció la operación D. Mikel y el desembolso que era necesario efectuar, y que de hecho se efectuó, para su realización por unos mercenarios" (FJ 20º).

Esta sentencia destaca dos elementos de suma relevancia que nos son de utilidad para el análisis de este caso. De un lado, el superior jerárquico puede seguir teniendo competencia sobre la gestión de los fondos públicos a pesar de existir una distribución de competencias y, de otro, el superior jerárquico responde como autor si tiene conocimiento del uso ilegal de los fondos. Eso explica que la sentencia impugnada haya hecho especial hincapié en quienes intervinieron en los procesos de presupuestación (Viceconsejeros, Consejeros y Presidentes de la Junta de Andalucía) y tuvieron conocimiento de las ilegalidades en la concesión y pago de las ayudas y subvenciones para atribuirles la autoría de la malversación.

Y es que, por lo general, la malversación se comete por quien tiene materialmente a su cargo los fondos públicos y se los apropia o permite que un tercero se los apropie, pero no siempre presenta una estructura tan elemental. Puede ocurrir, como en este caso, que la malversación sea producto de un plan más vasto en el que intervengan distintas autoridades con capacidad de decisión o control sobre los caudales públicos, y también que la acción precise de un desarrollo complejo en el que la disposición concreta de los fondos venga precedida de otros actos igualmente relevantes, vinculados causalmente con el resultado final. Esa complejidad, que afortunadamente no es frecuente pero que, si concurre en el caso que venimos analizando, obliga a precisar el círculo de posibles autores con mayor extensión.

Y en esa dirección podemos mencionar la STS 827/2012, de 24 de octubre, en la que dijimos que "el delito de malversación de caudales públicos se comete cuando el sujeto tiene encomendado el control o la administración de los caudales, bien porque dichos deberes forman parte de las competencias específicas del cuerpo al que pertenece, bien porque se incluyan entre sus competencias genéricas, a causa de una situación de hecho derivada de la praxis administrativa (STS 163/2004, 16 de marzo). Son posibles autores del ilícito todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho, o de derecho, sobre los bienes, entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo al que se pertenezca. Lo trascendente no viene determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada por su condición de servidor público y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma, la sustracción para sí o el consentimiento en la sustracción por tercerode esos caudales (STS 85/2004, 29 de enero)".

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe " la desviación de los caudales públicos, bien por la propia sustracción bien por facilitar a un tercero su apropiación o sustracción -consentir que otro sustraiga-, no quedó

abrazada por las definidas conductas prevaricadoras, sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado (cfr. SSTS 671/2006, de 21-6 y 576/2015, de 5-7 , entre otras muchas). Ello con independencia de que, como señaló la STS 277/2015, de 3-6 , «el "consentimiento" a la sustracción de caudal público por tercero no necesariamente ha de fundarse en el dictado de una resolución administrativa, lo que justifica la tipificación autónoma de los hechos constitutivos de prevaricación. Los elementos del delito de malversación que se traducen, por un lado, en la facultad decisoria pública o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho y, por otro, en la sustracción de bienes o consentimiento para que otro los sustraiga, en el sentido ya explicado, quedan plasmados en el recorrido fáctico que efectúa el relato histórico de la Sentencia".

En el hecho probado vigésimo segundo de la sentencia impugnada se refiere de forma singularmente clara a esta cuestión. Dice la resolución del tribunal de instancia:

«Sin el mecanismo ya descrito, hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, acreditado éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo. Y ello, pese a que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, carecía de competencia para la concesión de subvenciones hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010».

La queja, en consecuencia, se desestima.

36. Modalidad pasiva del delito de malversación.

36.1 Otro de los argumentos impugnativos centra su enfoque en la modalidad pasiva del delito malversación.

Se alega que no cabe entender que las personas que intervinieron en el proceso de presupuestación consintieran que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos. Se trata de un alegato que guarda estrecha relación con el anterior.

Una recta interpretación del artículo 432 CP obliga a considerar que en la modalidad omisiva del tipo de malversación el tercero que se lucra con los fondos no puede ser nunca el funcionario a cuyo cargo están. De acuerdo con la posición doctrinal mayoritaria, si se quiere dar algún sentido a la doble exigencia típica de ánimo de lucro ("La autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga..."), sólo cabe y se hace necesario entender que el tercero no puede ser sujeto activo idóneo. como modo de evitar una extensión de las reglas de participación que pudiera llegar a ser lesiva del principio de legalidad o conducir a un tratamiento penológico privilegiado, es así que para supuestos de participación de terceros distintos al funcionario o autoridad a cargo de los fondos por razón de sus funciones -bien otro funcionario sin vínculo, bien un particular- el legislador se dirige directamente al funcionario o autoridad que, en aquellos supuestos, consintiere, y lo sanciona específicamente mediante un delito de comisión por omisión expresamente tipificado al efecto. Por tanto, en este caso, el Director General de Trabajo, a quien estaban confiados por razón del cargo los fondos en cuestión, no puede ser el "tercero" a que alude el tipo. El Director General de Trabajo no puede ser al mismo tiempo la autoridad que "sustrajere" los caudales que tenía a cargo (sujeto activo del delito especial) y el "tercero" al que se "consintiere" tal sustracción (extraneus).

36.2 En el motivo se hace una interpretación puramente gramatical que no es la única posible. El "consentir que otro sustraiga", como acción independiente de la anterior prevista en el tipo (sustraer) no obliga necesariamente a que ese otro sea un tercero distinto del que sustrae. El precepto utiliza la expresión "otro" y no la de "tercero" luego cabe dentro del término con el que se describe la acción típica que ese otro sea el que tiene a su cargo directamente los caudales públicos.

Así en la STS 4451992, de 2 de marzo, se condenó como autores de un delito de malversación al depositario de unos bienes embargados por dejar que el titular de esos bienes (su hermano) dispusiera de ellos evitando la diligencia de remoción del depositario, pero también se condenó como autor material de la malversación al hermano titular de los bienes por llevar a cabo la enajenación. La sentencia presupone de este último también la condición de depositario por haber tenido conocimiento del embargo. A uno se le condena por llevar a cabo la sustracción (autor material) y al otro por consentirla.

Se trata de un pronunciamiento puntual, pero en todo caso y frente a lo que se señala en el motivo la dejación de la obligación de defensa del patrimonio no sólo puede realizarse respecto de la acción de terceros, aunque sea lo frecuente, sino también respecto de quienes tengan la obligación de custodia.

Una interpretación finalista del precepto y respetuosa con los bienes jurídicos que se pretende proteger con este delito admite, sin retorcer la interpretación gramatical, que una autoridad o funcionario pueda consentir la sustracción por otro funcionario y ello es posible precisamente porque las competencias sobre la gestión de los fondos públicos pueden ser concurrentes.

En este caso el Director General de Trabajo y Seguridad Social dispuso de los fondos autorizando el pago de las ayudas, pero lo hizo porque otras autoridades, superiormente jerárquicas, y, por lo mismo, con competencias

funcionales para evitar la sustracción, no hicieron nada. No sólo eso, autorizaron año a año, con incumplimiento patente de la legalidad, las partidas presupuestarias que hicieron posible la concesión y pago de las ayudas.

La queja casacional se desestima.

37. Vinculación causal entre presupuestación y malversación.

37.1 Otro grupo de reproches se refieren al juicio de autoría. Se sostiene que a las autoridades que no dispusieron de los fondos, sino que intervinieron en los procesos legislativos de aprobación de las partidas presupuestarias, se les ha condenado como autores materiales directos y se les ha condenado por haber consentido la sustracción de los fondos públicos, pero no se precisa su contribución concreta, es decir, qué actuación omitida hubiera impedido la sustracción y tampoco hay prueba de concierto entre ellos.

Se señala, además, que los anteproyectos de ley de presupuestos no son actos jurídicamente eficaces para sustentar de forma objetiva y causal en un acto malversación porque no suponen la puesta a disposición de fondos públicos ni tienen consecuencias económicas para la Administración. Se aduce que no existe una relación directa y causal entre los anteproyectos de presupuestos y la indebida disposición de fondos de un programa específico. El anteproyecto tiene que transformarse en Ley y el crédito, antes de ejecutarse, tiene que ser fiscalizado por el órgano de control.

De otro lado, también se afirma que a las autoridades que solo intervinieron en los procesos de presupuestación no se les puede atribuir la posición de garante por el solo hecho de que tenga encomendadas genéricas funciones de superior dirección o de coordinación y control o de aprobación de instrumentos normativos.

Al Código Penal, por exigencias del principio de intervención mínima, no le basta con un deber general de control, sino que exige un especial deber jurídico del autor, y no sólo eso, exige además una específica obligación legal o contractual de actuar, o la creación de una ocasión de riesgo, de modo que la omisión pueda equipararse a la acción, pues en otro caso todo superior jerárquico sería responsable penalmente, en concepto de autor en comisión por omisión, de los delitos del subordinado, lo que parece evidente que no es la intención del legislador y ensancharía de manera injustificada el ámbito punitivo, convirtiendo en autor criminal a todo responsable por culpa in eligendo o in vigilando. Se añade que de la legislación aplicable no puede colegirse deberes específicos de control al detalle de los innumerables gastos autorizados a cada Consejería ni asumir funciones de control que corresponden la Intervención.

37.2 La desestimación de esta queja ha de correr por cauces muy similares a los dos motivos de censura anteriores.

Por un lado, todas las autoridades condenadas por intervenir en el proceso de presupuestación tenían también funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de los fondos públicos, aprobando o no las correspondientes partidas presupuestarias, sin cuya existencia la concesión y pago de las ayudas no habría sido posible, y todos aquellos que conocieron las ilegalidades en su concesión y pago, contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción en la medida en que no lo impidieron. La sentencia de instancia precisa con detalle las competencias de cada uno de los acusados.

Es cierto que la sentencia no describe la existencia de un concierto entre todos los autores, pero según argumentamos más adelante, su existencia era implícita y, en todo caso, no era imprescindible para establecer el juicio de autoría.

En relación con la eficacia jurídica de los proyectos de ley de presupuesto no puede ocultarse que precisan de una aprobación parlamentaria posterior, (requisito que no es necesario en las modificaciones presupuestarias), pero ya hemos señalado que todo proyecto de ley exige una fase de elaboración prelegislativa en la que se pueden dictar resoluciones sujetas al derecho administrativo.

La sentencia impugnada considera que las decisiones de ese proceso prelegislativo son "resoluciones" a efectos penales y considera autores a todas aquellas autoridades que intervinieron activamente en el proceso prelegislativo adoptando decisiones necesarias y sin las cuales la aprobación final no se habría producido.

En todo caso, lo cierto y acreditado es que se aprobaron unas partidas presupuestarias en contra de lo establecido en las leyes, posibilitando con ello el descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales. Eso es lo que explica la existencia de procedimientos posteriores de reintegro en los que se declara no sólo la ilicitud de las ayudas sociolaborales concedidas sino también el indebido criterio de presupuestación que hizo posible la concesión de las ayudas y eso permite también afirmar la vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la falta de control y demás ilegalidades producidas en el proceso de concesión de las ayudas.

Resulta fútil plantearse si, al margen de la utilización correcta o no de las transferencias de financiación, los expedientes de concesión de ayudas debieran haberse sometido al control previo de la intervención, sobre la base de que el sistema de presupuestación no condiciona el sistema de control del gasto o con apoyo en la idea de que la aprobación de una partida presupuestaria no es más que una habilitación de un límite de gasto que no condiciona su posterior ejecución.

Se trata de argumentos puramente formales que desconocen tanto la realidad, como lo pretendido por los autores. Precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal.

La sentencia de instancia lo explica perfectamente y la realidad lo ha confirmado.

La Consejería de Empleo no tramitó ante la Intervención de la Junta de Andalucía los expedientes de concesión de las ayudas porque presupuestariamente no disponía de fondos para su concesión ya que los había transferido a IFA/IDEA. Por su parte, IFA/IDEA no tenía que tramitar expediente alguno porque no concedía las ayudas (sólo las pagaba) y esos pagos no estaban sometidos a fiscalización previa porque el ente estaba sujeto a control financiero, cuyo objeto no era la fiscalización de las ayudas, sino la fiscalización de la transferencia recibida, a cuyo fin, además, se contabilizaban los pagos de las ayudas como gastos de explotación, criterio de contabilización incorrecto dado que esos pagos no eran debidos al ejercicio de la actividad propia del ente público.

Por lo tanto, hubo vinculación causal entre las decisiones adoptadas al aprobar los proyectos de ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias y el modo posterior de gestión de esos fondos. No cabe deconstruir los hechos, privándoles de la relación de sentido que se deduce de su análisis conjunto.

Señalaremos sólo algunos párrafos especialmente significativos del relato fáctico de la sentencia de instancia en los que se establece esa relación causal entre presupuestación y gasto.

" F) Como resultado buscado de los cambios operados en la gestión presupuestaria del programa 22E, que han sido descritos, las denominadas ayudas sociolaborales para el pago de primas de pólizas de rentas para extrabajadores de empresas en crisis, y las ayudas a empresas en crisis, soslayaron la preceptiva fiscalización crítica o previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo. La cual se limitó a fiscalizar el montante global de las transferencias de financiación, que en ningún caso se refería a los expedientes de gastos de la tramitación singular de las ayudas, los cuales, realmente y como se expondrá, no llegaron a existir como tales".F) En resumen, a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo. (Hecho probado 4º, páginas 48 y 49 de la sentencia).

El logro de esa misma finalidad se proclama en el juicio histórico de una forma reiterada respecto de las modificaciones presupuestarias aprobadas en años posteriores y también respecto de la aprobación de las partidas presupuestarias aprobadas año a año en los anteproyectos de ley de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009. No vamos a transcribir el relato fáctico, pero a él nos remitimos.

La relación causal entre presupuestación y ejecución del gasto se refuerza en la argumentación jurídica de la sentencia a través de dos datos relevantes: El indebido criterio de presupuestación utilizado por IFA/IDEA y la limitada información que se remitía al Parlamento en relación con estas partidas presupuestarias.

(i) De un lado, se utilizó un criterio de presupuestación indebido en los estados de gastos, tanto en el presupuesto del IFA/IDEA como en el de la Consejería de Empleo, reflejando en el caso del IFA /IDEA como gastos propios del ente los pagos por cuenta de la Consejería de Empleo, y en el caso de ésta, consignando como transferencia de financiación lo que debían ser subvenciones excepcionales.

En el Fundamento Jurídico 15ª se detalla esta conclusión después de un análisis exhaustivo de la normativa presupuestaria aplicable. Dice la sentencia:

"Como también hemos dicho, la elaboración del proyecto de presupuesto debe hacerse conforme a las normas que regulan la estructura presupuestaria y, en concreto, a la clasificación económica del gasto, dado que los créditos serán vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (artículo 38 de la ley General de la hacienda pública de Andalucía), lo que impedirá su aplicación a fines distintos de los previstos en la misma.Sin embargo, como ha quedado expuesto, los estados de gastos del proyecto de presupuesto de la Consejería de Empleo y de IFA-IDEA, se encontraban incorrectamente elaborados en el momento de su remisión al Parlamento por el Consejo de Gobierno, ya que: - En el presupuesto del IFA se consignaron indebidamente pérdidas que no iban a producirse, al consignar gastos que no eran tales, sino sólo pagos de subvenciones por cuenta de un tercero, posibilitando así la recepción, procedente de la Consejería de Empleo, del crédito de Transferencia de Financiación para su cobertura. - En el presupuesto de la Consejería de Empleo se consignó como Transferencia de Financiación al IFA, cuyo único destino legal era la cobertura de sus pérdidas, el crédito que posteriormente se destinó indebidamente a otorgar subvenciones". (FJ 15º)"

(ii) De otro lado, el análisis de las fichas presupuestarias de la partida 31L así como de las distintas Memorias acompañadas a los proyectos de ley de presupuestos ofrecían una información poco detallada que posibilitó la aprobación de los proyectos de ley en el trámite parlamentario. La información a la que aludimos ya ha sido debidamente descrita en el fundamento jurídico undécimo, que no vamos a reproducir de nuevo.

La queja se desestima.

38. Presupuestación como instrumento neutro.

Se insiste en alguno de los recursos en que ni los Presupuestos ni sus Modificaciones prejuzgan las decisiones finales del gasto que realizan aquellos órganos administrativos que satisfacen las necesidades inmediatas o finales de los ciudadanos. Se trata de instrumentos financieros al servicio de las distintas Consejerías para que puedan llevar a cabo sus procedimientos de gasto con arreglo a la legalidad vigente, y sin que la infracción

de las normas relativas al gasto concreto pueda ser imputable al órgano encargado de la aprobación del Proyecto del Presupuesto o su modificación. Lo que deriva de que son las distintas Consejerías las competentes (encargadas) para autorizar, comprometer y reconocer los gastos concretos.

Una vez más se pretende el fraccionamiento de las conductas para aislar la actuación de cada uno de los autores y cuestionar la relevancia típica de sus acciones.

La sentencia analiza las distintas actuaciones como un sistema complejo e integrado. Se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: Con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones.

El cambio de presupuestación tenía esa finalidad y estaba dirigido a la consecución de ese fin. Las máximas autoridades de la Junta de Andalucía aprobaron y mantuvieron el sistema de presupuestación indebido para conseguir el objetivo ilícito propuesto por lo que no se puede sostener la autonomía de las decisiones presupuestarias frente a las decisiones de ejecución del gasto al albur de determinadas posiciones doctrinales que propugnan que la naturaleza de toda partida de gasto presupuestario en una mera habilitación del límite de gasto que no prejuzga su modo de ejecución.

Aun cuando se pueda mantener esa posición desde un modelo teórico, en el caso analizado las aprobaciones presupuestarias no tenían esa funcionalidad.

Se aprobaron las partidas de gasto para que éste se ejecutara en la forma antes descrita y la propia sentencia destaca que el cambio de presupuestación no tuvo otra razón de ser.

El motivo se desestima.

39. Delito de resultado.

En algunos recursos se señala que la malversación de caudales públicos es un delito de resultado por lo que para su consumación se debe describir con detalle los fondos malversados y los demás elementos típicos del delito.

En este caso la sentencia de instancia, después de excluir del objeto de enjuiciamiento las malversaciones singulares, ha condenado por delito de malversación sin identificar los destinatarios de los fondos y el destino concreto de los fondos para determinar si fueron empleados en fines ajenos al interés público.

Ante esas carencias y atendida la descripción genérica de la sentencia, no se colman, a juicio de las defensas, las exigencias típicas del delito de malversación.

No compartimos ese planteamiento. Es cierto que el delito de malversación es un delito de resultado lo que no quiere decir que para proclamar su existencia debe precisarse con exactitud la cuantificación de la cantidad malversada y la identificación concreta de los destinatarios de los fondos.

En la STS 1537/2002, de 27 de septiembre precisamos que " para apreciar el delito de malversación no es preciso una determinación precisa y exacta de las cantidades apropiadas sino, únicamente, la prueba clara de que se produjo la sustracción de caudales o efectos públicos, y que fue un sujeto constituido en autoridad o funcionario público, quien, con ánimo de lucro, los sustrajo o consintió que un tercero los sustrajere.

En todo caso la sentencia impugnada no está exenta de precisión en la determinación de las cantidades malversadas, ya que la conducta ilícita abarca la totalidad de las ayudas sociolaborales y demás subvenciones identificadas en la sentencia por las correspondientes partidas presupuestarias y también, en algunos casos, por la mención de las cantidades concretas destinadas a fines distintos y ajenos a los mencionados en las concretas partidas presupuestarias.

En el hecho probado vigésimo segundo se refiere lo siguiente:

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

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

Mediante el procedimiento expuesto, este caudal de fondos públicos fue el que permitió nutrir a la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de las cantidades de las que dispuso para atender los compromisos

asumidos frente a terceros: A) Como ayudas sociolaborales, para el pago de primas de pólizas de rentas y capital, abonadas por la Junta de Andalucía (...) B) En cuanto a las ayudas a empresas en crisis (...).

«Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo, así podemos reseñar que se abonó: a) Facturas emitidas por las mercantiles TAPSA y CICM (...) por un total de 3.386.017,00 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15-7-2003 a 2-3-2004. b) Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado Severiano. c) Financiación del programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería, conforme al Convenio firmado el 26-9-2003, por el acusado Severiano (...) asumiendo el pago de 180.304 euros, para la realización de cursos on line. d) Financiación de Campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, conforme al Protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, de fecha 14-4-2005, que supuso el abono a la entidad CENFORPRE de 491.424,43 euros. e) Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, S.A., FCC Medio Ambiente, S.A., y CESPAS, S.A., como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006 (...) El pago de estas cantidades se realizó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, S.A. y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276.222,24 €. f) Colaboración en la financiación de dieciséis Muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo, por municipios andaluces, en los ejercicios 2002 a 2004, de los cuales 14 eran regidos por el PSOE, uno por el PA, y uno por IU, en la fecha de la concesión, y siendo mayoritariamente pertenecientes a la provincia de Sevilla, sólo uno en Jaén y dos en Cádiz. g) En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1.192.000 euros para el pago a la Fundación San Telmo, del "Curso de Alta Dirección de Instituciones Sociales", para un total de 100 personas».

El motivo se desestima.

40. Malversación y corrupción

En uno de los recursos se argumenta que como quiera que la Sentencia no puede justificar determinados elementos configuradores del tipo de la malversación, como ya le ocurriera en el caso de la prevaricación, tales como la concreta sustracción de fondos, el ánimo apropiatorio o malversador y el enriquecimiento de terceros, pretende cargar las tintas sobre aquellos otros que sí considera mejor fundamentados desde su particular óptica, como son las omisiones del procedimiento legalmente establecido o las repetidas modificaciones presupuestarias para, en su decir, seguir permitiendo allegar fondos a los fines que la Sala a quo considera ajenos al interés público.... Se dice en el recurso que no se comprende qué tienen que ver las supuestas omisiones en la tramitación del procedimiento legalmente establecido o la ausencia de controles de fiscalización, incluso admitiendo tales fallas desde un ejercicio meramente argumentativo, con el hecho de que la finalidad de los fondos no haya sido en ningún caso ni el enriquecimiento personal, ni la sustracción de fondos públicos para su distracción a manos del funcionario o la autoridad incumplidora, ni la financiación del partido político al que pertenecen los miembros con consejo de Gobierno, sino, como dice la propia Sentencia, "que con estos fondos se dio protección a ex trabajadores en situación crítica, tras la extinción de su relación laboral, o a empresas en dificultades, que necesitaban el apoyo de la Junta de Andalucía para sobrevivir".

Se recuerda, sobre este particular, que el Código Penal sanciona la creación de artificios o maquinaciones por funcionarios públicos que pongan en riesgo el patrimonio público, pero sólo en el caso de las distintas modalidades de contratación pública o en liquidaciones de haberes o efectos públicos (artículo 436 CP), contexto ajeno a los hechos que nos ocupan.

Tampoco este argumento es estimable.

Ya hemos reiterado que puede establecerse una vinculación causal entre el cambio del criterio de presupuestación y su posterior mantenimiento para disponer libremente de los fondos públicos sin los controles exigibles y al margen de cualquier criterio objetivo, y para establecer ese vínculo y esa finalidad no es necesario acreditar que los responsables actuaran movidos por un ánimo de lucro personal o para financiar al partido político al que pertenecían. Actuaron movidos inicialmente por la intención de agilizar el pago de las subvenciones y posteriormente por disponer de los caudales públicos como si fueran propios y eso es una forma más de corrupción política y no, como señala el recurso al que hemos hecho referencia, una forma de dar protección social a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración o de crisis empresariales.

La gestión de los fondos públicos debe realizarse con transparencia, cumpliendo los fines públicos y observando las garantías dispuestas en la ley, establecidas precisamente para hacer posible el principio de rector del funcionamiento de la Administración Pública, el servicio con objetividad a los intereses generales (artículo 103 CE).

Y conviene recordar lo que ya dijo esta Sala en la STS 1036/2001, de 4 de junio, en relación con la contratación pública pero de igual aplicación a la actividad prestacional del Estado y, en general, a toda las actuaciones administrativas: "La observancia de las exigencias legales... constituye una garantía del cumplimiento de las obligaciones legales y de la necesidad de servir con objetividad los intereses generales. Cualquier concesión a la laxitud y las iniciativas individuales, al margen de la legalidad o bordeando ésta, constituyen un factor de

desestabilización de la vida política y sienta las bases para la aparición de formas de corrupción, que minan la esencia de los valores democráticos".

La queja se desestima.

41. Ánimo de lucro.

En alguno de los recursos se censura la sentencia por no concretar el subjetivo del ánimo de lucro.

El artículo 432 CP aplicado exige que la autoridad o funcionario público sustraiga los caudales públicos con ánimo de lucro o consienta que un tercero los sustraiga con igual ánimo. Ese ánimo puede definirse como intención o voluntad de obtener ganancia, provecho o utilidad de una cosa, intención de obtener una ventaja patrimonial directa o propósito de enriquecimiento.

Para determinar el contenido de este elemento se han propuesto distintas interpretaciones, una más estricta limitándolo al provecho patrimonial, y otra más amplia, en la que se incluye toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (*animus lucri faciendi gratia*), criterio este último que hemos acogido de forma reiterada, señalando que en la malversación no se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial (SSTS 507/2020, de 14 de octubre) y que el ánimo de lucro concurre aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (STS 277/2015, de 3 de junio).

Esta Sala, por tanto, ha ido flexibilizando de forma progresiva el concepto de ánimo de lucro de modo que en la actualidad alcanza a cualquier aprovechamiento o satisfacción, aunque no tenga significado económico, habiendo precisado que "la Jurisprudencia viene sosteniendo desde hace más de medio siglo que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos" (STS 1514/2003, de 17 de noviembre).

En el caso, es incuestionable que las empresas que se vieron beneficiadas por las ayudas sociolaborales obtuvieron un beneficio económico de ahí que concurra ese elemento típico en los hechos declarados probados ya que, como hemos expuesto, el ánimo de lucro concurre, aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero.

Siendo cierto que el relato fáctico podría haber sido algo más preciso sobre este elemento típico, advertimos su concurrencia en el apartado 22º del juicio histórico en el que se refiere el beneficio logrado por las empresas beneficiarias de las ayudas.

42. Subtipo agravado

42.1 Por último, los recursos cuestionan la concurrencia de los hechos que el código penal presupone para apreciar el subtipo agravado: La especial gravedad y el entorpecimiento del servicio público.

En el desarrollo argumental de este motivo se expone que la agravación prevista en el párrafo segundo del artículo 432 del Código Penal precisa que concurren conjuntamente las dos circunstancias que menciona la norma: La especial gravedad, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público.

Se alega que para la valoración de la gravedad ha de contextualizarse el uso de los fondos públicos en relación la totalidad del presupuesto. Y en este caso la cantidad supuestamente malversada no superó en ningún ejercicio el 0,3% del total y vendría referida a una partida frente a un total de 10.000. También se aduce que la jurisprudencia de esta Sala "exige que las cuantías malversadas se valoren teniendo en cuenta el nivel económico de la propia Administración y las necesidades que deba atender", y es aquí donde se considera que el tribunal de instancia ha interpretado erróneamente este requisito, al haber valorado la gravedad de las cuantías únicamente por su monto y obviando el presupuesto global en el que se englobaban.

En relación con el otro requisito necesario para la apreciación de la agravación, el daño o entorpecimiento de la causa pública, se refiere que los hechos probados de la sentencia impugnada no precisan que otras empresas o trabajadores se vieron privados de las ayudas y, en todo caso, semejante afirmación no es más que una hipótesis, no un hecho acreditado.

Se añade que, en ningún pasaje de los hechos probados, ni de la sentencia, se señala que el programa 3.1.L representase una finalidad pública de menor valor que el resto, e incluso es la propia Audiencia la que reconoce que algunas ayudas pudieron resultar procedentes.

De otra parte, cuando la sentencia alude a la existencia de déficit en IFA/IDEA para significar que dicho déficit hubo de ser cubierto por partidas presupuestarias de los ejercicios siguientes con el consiguiente daño para el servicio público, lo hace de forma incorrecta ya que no hubo déficit sino desfase presupuestario que no generaba nuevas obligaciones a la Junta de Andalucía.

42.2 Para dar respuesta a esta queja resulta obligada la cita de la STS 277/2018, de 8 de junio, en la que se abordó en profundidad el análisis del subtipo agravado de malversación de caudales públicos, con reseña abundante de pronunciamientos precedentes. En la citada sentencia se parte de la literalidad del precepto señalando:

"La aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 del C. Penal requiere que se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público (SSTS 616/2002, de 13 de abril ; 381/2007 , de 24-4; 1094/2011, de 27-10; y 429/2012, de 21-5 , entre otras). De modo que han de computarse y darse ambos factores, si bien cuando la cuantía es muy elevada se considera que de la concurrencia de ese primer elemento ya se deriva necesariamente el segundo (STS 1394/2009, de 25-1-2010); se trataba de 3.816.667.656 pesetas, o sea, 22.938.083 euros). En lo que respecta al criterio del valor de las cantidades sustraídas, la jurisprudencia ha oscilado en demasía en los distintos supuestos enjuiciados. Así, se consideran cantidades suficientes para apreciar el subtipo agravado las siguientes: 5.544.206 ptas. -33.321 euros- (STS 1519/97, de 1-12); 43 millones de ptas. - 258.435 euros- (STS 722/97, de 22-5); 99 millones de ptas. -595.001 euros- (STS 771/99, de 10-5); 71 millones de ptas. -426.718 euros- (STS 616/2002 , de 13- 4); 43 millones ptas. - 258.435 euros- (STS 1615/2002, de 1-10); 40 millones ptas. - 240.404 euros- (STS 950/2003, de 1-7); 33 millones de ptas. -198.333 euros- (STS 1706/2003, de 17-12); y 65 millones de ptas. - 390.657 euros- (STS 44/2008 , de 5- 2)...Si bien parece claro que cuando se trata de una cantidad desmesurada el entorpecimiento del servicio sobreviene probablemente de forma inevitable, y también, en sentido contrario, debe quedar excluido cuando la cantidad es nimia, en las cuantías ubicadas en una zona intermedia la incertidumbre interpretativa que se genera es, en cambio, muy difícil de solventar. Es verdad que en ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse sin más una inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos (vid. STS 1919/2013, de 22 de marzo que realiza un meticuloso recorrido por todos los precedentes jurisprudenciales recaídos hasta esa fecha sobre el art. 432.2 CP). Pero es imprescindible la referencia a una prestación pública concreta. No basta una abstracta alusión a hipotéticas incidencias en un genérico servicio público globalmente contemplado. Se requeriría en el hecho probado alguna mínima mención; o, al menos, un contexto que permitiese realizar de manera fundada una inferencia proyectada a actuaciones o servicios concretos".

42.3 Haciéndose eco de la citada doctrina y aplicándola al supuesto que estamos examinando, la sentencia impugnada ha atendido a los dos elementos que establece el tipo (cuantía de la malversación y entorpecimiento del servicio público) para aplicar la agravación, según se advierte de la lectura de su fundamento jurídico cuadragésimo quinto, apartado 5.

De un lado, el importe total de las cantidades malversadas ascendió a los 680 millones de euros, según la relación de cantidades presupuestadas en el hecho probado vigésimo segundo. De otro, la sentencia precisa que la muy elevada cuantía de la malversación es de por sí suficiente para apreciar la existencia del daño o entorpecimiento del servicio público, señalando, además, otras cuatro circunstancias de especial relevancia, referidas en el juicio histórico de la sentencia, que también acreditan la concurrencia de este segundo factor a ponderar para apreciar la agravación y que son:

- Se vieron privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial.
- Se vieron privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de empresas en situación de crisis económica.
- Fueran necesarios nuevos fondos a los inicialmente presupuestados, que tuvieron que incrementarse mediante modificaciones presupuestarias, bien mediante generación de créditos, bien con baja en diversos conceptos y programas de la Consejería de Empleo.
- Año tras año se produjo un elevado déficit que dio lugar a que se destinasen fondos de los ejercicios presupuestarios siguientes para cubrir parte de dicho déficit.

Nos identificamos con el criterio valorativo de la sentencia impugnada. La cantidad malversada es de tal relevancia que difícilmente podrían encontrarse argumentos para no apreciar directamente la agravación, sin necesidad de valorar otros factores adicionales, si se atiende a los criterios jurisprudenciales que hemos precisado anteriormente. La doctrina de esta Sala valoró como cantidades muy cualificadas las situadas por encima de 6 millones de las antiguas pesetas y actualmente el artículo 432 CP fija en 50.000 euros la cuantía por la que la malversación se conceptúa como agravada. En este caso la cantidad total malversada fue de 680 millones de euros o, en su equivalente en pesetas, de 113.000 millones. Sobran más argumentos.

De otro lado, la sentencia también hizo referencia a algunas circunstancias singulares acreditativas del daño o entorpecimiento del servicio público. Destaca la resolución impugnada la vulneración de las reglas de publicidad y libre concurrencia, ante la ausencia de bases de convocatoria, impidiendo con ello que multitud de empresas, y por extensión de trabajadores, pudieran acceder a las ayudas. Se trata de un dato por sí suficiente para acreditar este segundo marcador de la agravación. En cuanto al déficit generado y cubierto posteriormente mediante sucesivas ampliaciones presupuestarias no nos parece tan relevante como proclama la sentencia ya que en cierta medida está insito en las cantidades presupuestadas y valoradas al determinar la cuantía de la defraudación.

Por último, destacar que no cabe excluir la agravación porque la cantidad malversada fuera de escasa consideración en función de su participación en la totalidad del presupuesto, bien de la Junta de Andalucía, bien de la Consejería de Empleo. Es un criterio inadmisibles. La importancia cuantitativa de los caudales públicos deriva de su cuantía y no de su comparación con la totalidad o parte del presupuesto del ente público correspondiente.

Piénsese como referencia interpretativa y para contextualizar lo que venimos diciendo que el vigente Código Penal aplica la agravación a malversaciones superiores a 50.000 euros sin referencia alguna, por descontado, a criterios de cuantificación contextuales o porcentuales con el presupuesto del órgano público en el que se produce la acción ilícita.

El motivo se desestima.

VIII JUICIO DE AUTORÍA

43. Juicio de autoría.

43.1 En muchos de los recursos 8 se cuestiona el juicio de autoría realizado en la sentencia, tanto por infracción de ley como invocando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por ausencia de prueba sobre la existencia del acuerdo o connivencia exigible en los casos de coautoría.

Se alega que la resolución impugnada ha excluido la autoría por cooperación necesaria y parece inclinarse por considerar a los distintos condenados autores directos y conjuntos, pero para establecer esa construcción habría sido necesario que resultara acreditado que tenían el dominio funcional del hecho y que realizaron actos ejecutivos en el marco de ese dominio, tanto en relación con la prevaricación como con la malversación. Sin embargo, no es posible encontrar referencias de ese dominio ya que ni se describe reparto de funciones, ni un acuerdo o participación entre los distintos autores, estableciéndose una conexión débil e hipotética entre las resoluciones adoptadas y las irregularidades en la concesión y tramitación de las ayudas. Se argumenta que el relato de los hechos probados se presenta en la sentencia como una sucesión de acontecimientos difuso, conjunto e impersonal, estableciendo una vinculación débil entre la aprobación presupuestaria y las irregularidades de la gestión en la concesión de las ayudas, con términos tan imprecisos como "posibilitó" o "podía ocurrir". Se aduce, en fin, que la autoría directa y conjunta, sin referencia a acuerdo o comunicación, convenio o vínculo con los otros autores directos, nos remite a la incriminación de la actuación de entidades y organismos públicos, con quiebra de principios generales del derecho penal.

8Recurso de don Cesareo, motivo I.1º; Recurso de Emilia, motivo 7º; Recurso de don Segundo, motivo 1º ; Recurso de Marcelina, motivo 11º,

43.2 Es cierto que la sentencia impugnada, a pesar de ser muy extensa, guarda un silencio que podría calificarse de clamoroso en relación con el criterio de atribución de autoría.

El laconismo de la sentencia sobre este particular no guarda proporción con la extensión que se ha dedicado a otras cuestiones jurídicas y, sobre todo, con la relevancia del problema, al haberse enjuiciado unas acciones prolongadas en el tiempo, con la intervención de múltiples personas que tenían entre sí relación jerárquica y ejercían distintas funciones dentro de una única institución, la Junta de Andalucía.

Y decimos esto porque la autoría es tratada en el fundamento jurídico 47º de la sentencia impugnada de forma muy sucinta y no aborda en profundidad el problema.

Respecto del delito de prevaricación únicamente se proclama que los distintos acusados son autores "por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 del Código Penal , en relación con el artículo 27 del mismo texto legal ".

Y en relación con el delito de malversación atribuye la condición de autores en función de distintas contribuciones: Dice la sentencia (pág. 1754- 1755)

Del delito de malversación son penalmente responsables en concepto de autores los acusados Borja, Mariano, Severiano, Domingo, Amadeo, Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina, y Cesareo, por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 del Código Penal , en relación con el artículo 27 del mismo texto legal . Conforme a lo que expusimos al realizar la valoración de la prueba respecto de cada uno de estos acusados.

Los acusados Borja y Amadeo, por su participación directa en la disposición de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados; Mariano, por su participación directa en la disposición de los fondos, y permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los mismos; Domingo, por su participación directa en la disposición de los fondos, y permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los mismos; Severiano, por permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos; Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina, y Cesareo, por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Todo ello, conforme a lo expuesto en los hechos probados y al valorar la prueba respecto de cada acusado a los acusados condenados por este delito bien "por su participación directa en la disposición de fondos y permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de los mismos".

El Ministerio Fiscal en su informe considera que los distintos acusados son coautores porque "la declaración de hechos probados contiene los episodios que plasman la actuación consciente y orientada de los recurrentes en el ilícito sistema utilizado para la concesión de subvenciones". El Ministerio Público en su elaborado informe señala el relato fáctico describe con suficiencia esa autoría conjunta. Afirma que "el relato histórico describe todo un sistema que persiguió y consiguió el otorgamiento de subvenciones excepcionales. En la medida que la aportación de cada uno de los recurrentes, por su intervención en dicho sistema, contribuía eficazmente a su mantenimiento y realización, cubre los cánones exigidos por la autoría en este delito continuado de prevaricación. Su configuración

de delito especial propio admite no sólo la autoría única en aquellos supuestos en que el sujeto cualificado realice el hecho por sí sólo, también la coautoría cuando el hecho se realice conjuntamente por plurales sujetos cualificados (art. 28CP). Es evidente, por otro lado, que la existencia de órganos colegiados en este ámbito, donde no se produjo oposición formal alguna de sus integrantes en las decisiones o acuerdos que tomaban, abre otra senda más en la trayectoria que recorren los supuestos de coautoría". Y en relación con aquellos acusados que intervinieron cuando el sistema de presupuestación y gestión ya estaba operativo señala el Ministerio Público que se trataría de un supuesto de coautoría aditiva o sucesiva.

43.3 Una primera aproximación al problema nos induciría a pensar que el tribunal de instancia, aunque no lo haya dicho expresamente, ha considerado que los condenados fueron coautores de los hechos, es decir, cometieron el delito conjuntamente, de forma consciente y voluntaria. Ese entendimiento se derivaría de la evidencia del enjuiciamiento de un hecho complejo, con pluralidad de autores, todos ellos integrados en una estructura administrativa común, con vínculos de dependencia jerárquica y con un propósito o finalidad también común. Pero la falta de explicaciones de la sentencia nos obliga a profundizar en esta cuestión.

La coautoría precisa de la concurrencia de dos elementos:

(i) La existencia de una decisión conjunta o acuerdo previo. Se trata de un elemento subjetivo, que sirve de soporte al llamado principio de imputación recíproca. La existencia de ese acuerdo permite considerar que todos los coautores aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer y a todos les es imputable la ejecución del delito con independencia de su singular contribución. Ese acuerdo, con o sin reparto de papeles, puede ser previo a la ejecución del delito o puede surgir durante la ejecución (coautoría adhesiva) o puede producirse cuando alguien se suma a un comportamiento ya iniciado aportando actos que tienen como fin lograr la conclusión de la ejecución (coautoría adhesiva). Y ese acuerdo puede ser expreso o implícito, y

(ii) La aportación en la fase de ejecución de un elemento esencial para la realización del propósito común - elemento objetivo-. Cada uno de los coautores ha de realizar una contribución esencial en la fase ejecutiva, por más que esa contribución no consista en la realización en su totalidad del acto tipificado en la ley. Todos los coautores deben realizar una aportación esencial, objetiva y causal eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, ya que a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. Esa aportación esencial determina que todos los autores tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que éste a todos pertenezca. (Vid. STS 666/2010, de 14 de julio, con cita de abundantes precedentes, por todas)

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, los escritos de acusación no hicieron mención alguna a la coautoría y la argumentación jurídica de la sentencia tampoco se refiere a ella. La única mención que hemos podido localizar de esta figura jurídica se encuentra, de forma tangencial, en el fundamento jurídico 47º, en el que, en respuesta a unas alegaciones sobre la participación de los señores Esteban y Laureano, en nada diferente a la de los restantes acusados, se afirma que se trata de un "supuesto de coautoría con división de funciones entre los intervinientes" (pág. 1753). Pese a esta aislada mención, en los hechos probados no se declara que los acusados actuaran de forma conjunta o de mutuo acuerdo y en la fundamentación jurídica no se argumenta sobre la concurrencia de los elementos estructurales de la coautoría, tales como acuerdo de voluntades, dominio funcional del hecho o imputación recíproca a todos los coautores de sus aportaciones individuales.

Por otra parte, al argumentar en el juicio de autoría de los distintos acusados la sentencia identifica individualmente los hechos que se atribuyen a cada uno de ellos aisladamente. Así, en el caso del delito de prevaricación individualiza las resoluciones dictadas por cada uno de los acusados y en lo referente al delito de malversación realiza también esa individualización, ya que a unos se les condena por la disposición ilícita de fondos y a otros por consentir esa disposición.

La sentencia no imputa a todos los acusados la totalidad de los actos calificados como delictivos por lo que excluye el efecto más característico de la coautoría, la imputación recíproca. A cada acusado se le condena por su conducta y el delito no se construye por la contribución global de todos los acusados, sino que hay tantos delitos individualizados como conductas de los singulares acusados.

La sentencia utiliza en distintos pasajes locuciones que pudieran conducir a la consideración de una actuación conjunta. Se habla en la sentencia de articulación, organización, ideación o asunción de un nuevo "sistema" de presupuestación o de otorgamiento de ayudas, pero la acción ilícita no se concreta en la aportación conjunta a ese sistema sino en los actos individuales realizados por cada acusado. Es altamente probable que existiera concierto previo entre las autoridades que pusieron en funcionamiento el sistema y concierto adhesivo en aquellas autoridades que se sumaron con posterioridad a las prácticas ilícitas, pero en este caso para afirmar la responsabilidad penal no es necesario acudir a la coautoría.

La sentencia no se ha adentrado en esos terrenos, primero, al descartar por razones procesales la acusación por delito de asociación ilícita, que hubiera obligado a profundizar en la existencia de acuerdo entre todos los acusados, así como en la existencia de una división funcional de actuaciones para afirmar la existencia de una estructura criminal. Y, segundo, porque no era necesario.

Era suficiente individualizar la conducta de cada acusado y desde su singularidad determinar si en cada caso concurrían los elementos típicos exigibles. Los hechos sancionados no son la ideación, desarrollo o mantenimiento de un nuevo sistema de presupuestación y ayudas, sino la adopción de las resoluciones administrativas singulares que lo posibilitaron (en el caso de la prevaricación) y la posterior disposición ilícita de fondos o las omisiones que hicieron posible esa disposición (en el caso de la malversación).

Cierto que es que todas las acciones respondían a un propósito común, pero los hechos punibles han sido configurados de forma individual.

La dinámica comisiva no ha consistido en la realización de un hecho al que contribuyen las aportaciones de cada acusado, sino en distintos hechos, realizados individualmente por distintas autoridades a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, que se explican porque tenían una finalidad común y se produjeron en el ámbito de una misma organización administrativa.

43.4 En relación con el delito de prevaricación la sentencia de instancia ha condenado a los acusados que dictaron resoluciones administrativas groseramente ilegales, según hemos razonado anteriormente. Todos ellos participaban del conocimiento de que la finalidad de las cantidades que se presupuestaron ilegalmente para financiar las ayudas sociolaborales era que el Director General de Trabajo y Seguridad Social dispusiera de las cantidades presupuestarias libérrimamente y sin control, pero ese conocimiento que resulta determinante para afirmar la arbitrariedad en lo resuelto y la existencia de dolo, no configura una actuación conjunta en el sentido penal de la coautoría. Cada acusado fue condenado exclusivamente por el dictado de sus resoluciones y eso explica, además, que habiéndose dictado esas resoluciones en el ámbito de órganos colegiados, sólo se haya condenado a quienes, dentro de los mismos, tenían conocimiento de la ilegalidad de lo resuelto.

43.5 En relación con el delito de malversación de caudales públicos el análisis es más complejo porque el tipo penal incluye dos modalidades de acción.

La primera modalidad es la sustracción o disposición de los bienes en beneficio de tercero, que se atribuye a los acusados que intervinieron directamente en la disposición de fondos.

La segunda modalidad es un tipo de comisión por omisión u omisión impropia en la que el resultado de la sustracción se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarla. La omisión supone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, ya que el tipo no exige ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores. Sin embargo, entendemos que no se trata de una simple dejación de deber, sino una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente. Precisamente porque se impone al funcionario que incumple su deber la misma pena que al sustractor no se trata de un supuesto de participación en el delito cometido por otro sino en un delito en que se sanciona el incumplimiento del deber propio del funcionario. Éste asume por disposición legal la custodia del patrimonio público y tiene frente a él la posición de garante, en la medida en que el ordenamiento jurídico no sólo espera que actúe en cumplimiento de su deber, sino que también espera que evite el resultado. En eso radica la esencia de la comisión por omisión.

En este caso se ha condenado por esta modalidad comisiva a los acusados que conociendo cómo se estaba llevando a cabo la concesión y pago de las ayudas y teniendo competencia para impedir que se llevara a cabo la sustracción de los fondos no lo impidieron. La sentencia, al analizar la autoría de cada uno de los acusados, ha precisado sus competencias, deduciendo de ellas que, por el conocimiento que tuvieron de la irregularidad gestión de los fondos, tuvieron capacidad legal para impedir la aprobación y pago de las ayudas. Podrían haber aprobado las partidas presupuestarias para la concesión de las subvenciones utilizando la clasificación adecuada, lo que hubiera posibilitado el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía, así como la tramitación de los expedientes de concesión con arreglo a derecho y no lo hicieron.

Frente a esa conclusión fáctica se alega que a los funcionarios que no intervinieron en los actos dispositivos no se les puede atribuir la posición de garante por el solo hecho de que tenga encomendadas genéricas funciones de superior dirección o de coordinación y control o de aprobación de instrumentos normativos y que por exigencias del principio de intervención mínima, no basta con un deber general de control, sino que exige un especial deber jurídico del autor, y no sólo eso, exige además una específica obligación legal o contractual de actuar, o la creación de una ocasión de riesgo, de modo que la omisión pueda equipararse a la acción, pues en otro caso todo superior jerárquico sería responsable penalmente, en concepto de autor en comisión por omisión, de los delitos del subordinado, lo que parece evidente que no es la intención del legislador y ensancharía de manera injustificada el ámbito punitivo, convirtiendo en autor criminal a todo responsable por culpa in eligendo o in vigilando. Se añade que de la legislación aplicable no puede colegirse deberes específicos de control al detalle de los innumerables gastos autorizados a cada Consejería ni asumir funciones de control que corresponden a la Intervención.

En este caso debe ponerse el acento en que el tipo penal prevé específicamente un tipo de omisión impropia sancionando la conducta de quien consiente la sustracción por otro, lo que es sumamente revelador de la intención del Legislador de sancionar no sólo a quien materialmente dispone de los caudales públicos sino de todo aquel que consiente esa disposición, lo que obliga a determinar, más allá de la asignación formal de competencias, qué personas tienen la capacidad y el deber de evitar la comisión del delito, lo que está en necesaria relación con el conocimiento que se tenga de la forma en que se va a disponer de los bienes públicos.

Es impensable admitir que el Director General de Trabajo pudiera disponer de los fondos públicos al margen de los controles y requisitos legales sin la autorización de los restantes responsables políticos condenados. Todos ellos tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de esos fondos, aprobando o no las correspondientes partidas presupuestarias o, incluso, dando las órdenes pertinentes para que los expedientes se tramitaran siguiendo los trámites legales y con el control previo de la Intervención General, por lo que no sólo no evitaron el delito sino que contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción ilícita.

Se aprobaron unas partidas presupuestarias en contra de lo establecido en las leyes, posibilitando con ello el descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales. Eso es lo que explica la existencia de procedimientos posteriores de reintegro en los que se declara no sólo la ilicitud de las ayudas sociolaborales concedidas sino también el indebido criterio de presupuestación que hizo posible la concesión de las ayudas y eso permite afirmar la vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la falta de control y demás ilegalidades producidas en el proceso de concesión de las ayudas.

IX CONCURSO MEDIAL

44. Relación concursal entre los delitos de prevaricación y malversación

En numerosos pronunciamientos esta Sala ha admitido la posibilidad de un concurso ideal entre ambos delitos. En la STS 498/2019, por citar un pronunciamiento relativamente cercano y que expresa la doctrina de la Sala, se argumenta que "en los supuestos en los que existe una transgresión plural de bienes tutelables y solo la aplicación conjunta de los distintos tipos penales que les prestan cobertura permite afrontar en su integridad la significación antijurídica del comportamiento, nos encontramos con el concurso real o ideal de delitos, en los que resulta acumulable la punición prevista para todos ellos (art. 73 del Código Penal), justificando así que el legislador haya dispuesto un conjunto de normas punitivas (art. 74 a 77) que, desde la regla constitucional de la proporcionalidad, permiten ajustar la pena a la gravedad del hecho, a la peligrosidad del sujeto, y al principio de culpabilidad".

Hemos indicado anteriormente que, en el delito de prevaricación administrativa, el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, con pleno sometimiento a la ley, y sujeción al servicio de los intereses generales, así como a la objetividad en el cumplimiento de sus fines. Por contra, el delito de malversación de fondos públicos responde a la tutela de un interés mucho más específico, por más que referido al adecuado y correcto funcionamiento de la Administración. El bien jurídico protegido es, en este delito, el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La protección de bienes jurídicos tan sustancialmente distintos como la legalidad en el funcionamiento de la Administración y su patrimonio, ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala a destacar que la prevaricación y la malversación de fondos públicos tienen su propio y autónomo contenido, además de una específica y diferenciada estructura, lo que conduce normalmente a que los comportamientos que afecten a ambos tipos penales sean perfectamente separables y compatibles, rigiéndose por el concurso de delitos y no por el concurso de normas (STS 857/03, de 13 de junio o 629/13, de 19 de julio, entre otras)".

Por consiguiente, el concurso medial, también llamado ideal impropio, que doctrina y jurisprudencia reputan como modalidad o subforma del concurso real (v. SSTS 604/2014, de 30-9; 539/2015, de 1-10 y 507/2020, de 14-10, entre otras), en concreto, en el delito de prevaricación para cometer otro de malversación, está admitido por la Sala II (v. también STS 670/2013, de 19-7).

El requisito de la necesidad medial es apuntado por la STS 507/2020, que, por un lado, cita la s. 297/2007, de 13-4, para decir que «la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, eso es, se ha de analizar si de la específica situación fáctica del delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro» y, por otro, con las SSTS 326/98, de 2-3 ; 123/2003, de 3-2 ; 297/2007 , de 134, recuerda que «para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos precedentes, pues el precepto atiende la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no al orden teleológico individual».

En este caso los actos prevaricadores, ya analizados, fueron el medio para lograr la disposición de los fondos públicos. Se utilizó un concreto sistema de presupuestación, abandonando el criterio correcto que se seguía con anterioridad precisamente para hacer posible un nuevo modo de gestión y pago de las ayudas sociolaborales, ajenas a todo control y sin cumplir las exigencias legales. Por tanto, las resoluciones administrativas dictadas a tal fin fueron el instrumento imprescindible. Hubo relación de medio a fin y nuestra doctrina es constante al afirmar, como señaló la STS 277/2015, de 3 de junio, que "cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad; a la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11-3 ó STS 394/2014, de 7-5)".

La sentencia proclama esta vinculación en su juicio histórico. Dice la sentencia:

"Mediante el procedimiento expuesto, este caudal de fondos públicos fue el que permitió nutrir a la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de las cantidades de las que dispuso para atender los compromisos asumidos frente a terceros: (...) Sin el mecanismo ya descrito, hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, acreditado éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo. Y ello, pese a que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, carecía de competencia para la concesión de subvenciones hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010 (...) así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L, que ya han sido descritas, y que posibilitaron y permitieron que, año tras año, -conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados-, se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito".

Por tanto, los motivos en que se cuestiona la relación de concurso medial entre los delitos de prevaricación y malversación serán desestimados.

X JUICIO SOBRE LA PRUEBA

45. Consideraciones generales sobre la valoración de la prueba

45.1 Control casacional de la presunción de inocencia

Son muchos los motivos en los que se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y, antes de dar respuesta a cada uno de ellos, resulta conveniente delimitar nuestro ámbito de enjuiciamiento, con la previa precisión de que la sentencia recurrida no ha sido sometida al filtro previo del recurso de apelación, por lo que nuestro análisis es más extenso que el que procedería si la sentencia recurrida fuera la de segunda instancia.

Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este tribunal constatar si la sentencia impugnada se fundamenta en:

- (i) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- (ii) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas;
- (iii) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y
- (iv) Una prueba racionalmente valorada, lo que supone que de la prueba practicada debe inferirse la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

La invocación de la vulneración de la presunción de inocencia no supone que podamos suplantar la valoración que el tribunal sentenciador haya hecho de las pruebas practicadas a su presencia, ni que podamos realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir esa valoración. Lo que debemos comprobar es si el tribunal de instancia ha dispuesto de prueba de cargo, suficiente y válida, y si la ha valorado razonablemente.

En ese cometido el canon de suficiencia de la prueba de cargo obliga a que la hipótesis acusatoria quede acreditada más allá de toda duda razonable, situación que no se producirá cuando no se hayan aportado hipótesis de descargo que resulten atendibles o razonables y que, por ello, debiliten la solidez de la tesis acusatoria. La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo-.

No es esta Sala la que tiene que alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable respecto de la culpabilidad de los acusados. Lo que debemos comprobar es si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, lo que exige que su convicción sea "compartible" objetivamente, aunque no sea "compartida" concretamente. Por esa razón, en la STS 794/2014, de 4 diciembre, precisamos qué se exige en casación para anular una sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Dice la sentencia:

"no basta con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Sólo debemos sopesar si en el camino discursivo a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe

alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente, es decir, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad [...]"

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el canon de suficiencia de la prueba afirmando en la STC 15/2014, de 30 de enero, con abundante cita de otros precedentes que:

"sólo considera insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable" (SSTC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), 126/2011 , FJ 25, 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006 , de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio .".

También ha precisado el modo en que debe procederse en este juicio crítico de la valoración de la prueba. El alto tribunal ha declarado;

"se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)". También se ha señalado que , STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

45.2 Doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria

Buena parte de las discrepancias sobre la valoración de la prueba se centran en si existió o no conocimiento sobre la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado y sobre la ilegalidad en la concesión, gestión y pago de las ayudas.

La sentencia de instancia se ha apoyado, en muchas ocasiones, en indicios para afirmar ese conocimiento. Por tal motivo no está de más hacer una sucinta referencia a este medio de prueba, de modo que los parámetros de valoración que ahora sintetizamos habrán de servir para justificar la respuesta que demos a cada uno de los motivos en los que se alude a la insuficiencia de estos indicios.

En ocasiones se ha minusvalorado esta modalidad probatoria afirmando su menor potencia informativa frente a la prueba directa, pero la distinción entre ambas es más artificial de lo que se suele estimar y se ha llegado a afirmar por algún tratadista que, en realidad, nunca hay prueba directa y que toda es indiciaria.

La valoración de la prueba indiciaria, por tanto, no debe analizarse como una prueba de segundo orden o como un medio de prueba que rebaja o relaja las exigencias de la presunción de inocencia. Como hemos dicho en alguna ocasión, la prueba indiciaria es muchas veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes.

Era lugar común la afirmación de que la prueba directa era más segura y deja menos margen de duda que la prueba indiciaria, pero en los últimos tiempos hay construcciones dogmáticas y doctrinales que ponen en cuestión esta afirmación, al menos respecto de determinadas pruebas directas, como la testifical, ya que ésta se basa en la credibilidad que se otorgue al testigo, mientras que la prueba indiciaria se apoya en un proceso racional que ha de vincular el inicio con la consecuencia fáctica, proceso que es más seguro que la apreciación más o menos subjetiva de un testimonio.

En todo caso y en la medida en que la prueba indiciaria carece de una disciplina de garantía establecida legalmente, la jurisprudencia (STS 215/2019, de 24 de abril, por todas) viene estableciendo una serie de parámetros para ponderar su capacidad convictiva, y son los siguientes:

(i) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante, que aumentaría los riesgos en la valoración.

(ii) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto a la prueba del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción etc.

(iii) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único, aunque acreditado por distintas fuentes. La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza persuasiva, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

(iv) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia.

(v) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

(vi) La prueba indiciaria exige, como conclusión de lo anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos -indicios- se deducen otros hechos-consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el propio aplicador de la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias.

45.3 Consideraciones generales sobre la valoración de la prueba en el caso enjuiciado

En los distintos motivos que censuran la sentencia invocando la vulneración de la presunción de inocencia la queja común es la ausencia de prueba sobre el conocimiento que la sentencia atribuye a cada uno de los autores.

En el delito de prevaricación administrativa para afirmar que la resolución ilegal es arbitraria, injusta y ha sido dictada "a sabiendas" se exige que el autor sepa que la resolución es palmariamente contraria a derecho. En este caso esa exigencia se concreta en que los autores conocieran que el instrumento presupuestario utilizado (transferencias de financiación) era contrario a la legislación presupuestaria y que esa utilización tenía una concreta finalidad, también ilegal: Eludir la normativa de subvenciones, especialmente exigente en sus presupuestos de concesión y controles.

Para la condena por el delito de malversación de caudales públicos se precisa, en cambio, que los autores hayan dispuesto de los fondos públicos libremente como si fueran propios, al margen de toda exigencia legal, o que, sin haber dispuesto de ellos, hayan consentido esa situación, lo que exige probar, para esta segunda clase de autores, que conocían que se estaban dilapidando los caudales públicos mediante su disposición discrecional.

En casi todos los recursos la alegación es la misma. No se tenía conocimiento de la ilegalidad del sistema implementado y no se sabía en qué forma se estaban disponiendo de los caudales públicos. Y frente a ese planteamiento, la sentencia toma en consideración distintos indicios, que se infieren de pruebas documentales, testificales y periciales para afirmar la existencia de ese conocimiento.

En general, en los recursos se viene a sostener que los distintos autores actuaron en la confianza de la plena legalidad de los actos realizados por sus subordinados y no fueron conscientes de la situación, bien porque no leyeron los informes y documentos que sirvieron de base a la adopción de sus decisiones, al tratarse de decisiones de mero trámite o sin trascendencia política, bien porque no fueron informados por sus subordinados. Esos mismos argumentos sirven de soporte a las distintas declaraciones prestadas, en las que los acusados negaron todo conocimiento, tanto de la ilicitud del criterio de presupuestación como de la forma en que se estaba gestionando la concesión de las ayudas sociolaborales.

Es innegable que para que una organización compleja funcione con eficacia e incluso para que sus gestores cumplan con el deber de diligencia que les es exigible es necesaria una cierta división de funciones. En el caso de la administración pública esa división se instrumenta, entre otros cauces, a través de las normas de distribución de competencias, que pueden ser únicas o compartidas.

En efecto, en el ámbito administrativo la competencia es el conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye por el ordenamiento jurídico a un ente o a un órgano administrativo. Dentro de un mismo ente la ley atribuye a los distintos órganos que se integran en él las competencias correspondientes, que obedecen a criterios de división del trabajo y eficacia. Los posibles criterios de distribución de competencias son múltiples y en lo que ahora interesa pueden distinguirse entre competencias exclusivas y compartidas. En las exclusivas el órgano ejerce la competencia con exclusión de los demás, a salvo de los supuestos de delegación o avocación. En las compartidas, la competencia se distribuye entre distintos órganos y esa concurrencia puede ser horizontal o vertical. Esta última se da cuando la competencia se atribuye a distintos órganos que tienen relación jerárquica y se produce en las distintas fases de una concreta actuación administrativa, ordenación, ejecución y control.

En este caso, según hemos expuesto, las competencias para la aprobación de los distintos instrumentos presupuestarios eran compartidas en cuanto el proceso de elaboración incluía un conjunto de decisiones escalonadas sin las cuales el proyecto normativo no podía ser elevado al Parlamento (proyectos de ley de presupuestos), o no podía ser aprobado por la autoridad administrativa competente (modificaciones presupuestarias).

Y en cuanto a las competencias para el manejo de los fondos públicos consta que unas autoridades disponían de ellos y otras consintieron esa disposición, en la medida en que tenían instrumentos y competencia para poner fin a esa actuación.

Es cierto que no se puede exigir de quienes están en el vértice de una organización administrativa tan compleja como la Junta de Andalucía el conocimiento preciso de cuestiones de detalle que, generalmente, son elaboradas por órganos jerárquicamente subordinados e informados por los distintos órganos que la propia administración establece como filtros o instrumentos de control (STS 82/2017, de 13 de febrero), pero también lo es que el ejercicio de la competencia obliga a que se actúe responsablemente y con diligencia, por lo que no resulta creíble un absoluto desconocimiento de los hechos cuando lo que se afirma como desconocido es una flagrante y relevante infracción de la ley cometida en el núcleo de las propias competencias.

En efecto, para valorar el conocimiento del superior jerárquico sobre la ilegalidad de su propia actuación (prevaricación) o de la forma en que se gestionan los asuntos por sus subordinados o de los asuntos en los que tienen capacidad de decisión (malversación), más allá del principio de confianza, deben tenerse en cuenta factores como el deber de diligencia en el ejercicio del cargo, las competencias asignadas, la formación que cada uno tenga, la información que puede recibir de sus subordinados, etc. De ahí que si bien el principio de confianza juega un papel relevante para determinar ese conocimiento no es el único parámetro a considerar, ni siquiera el más relevante.

En esa dirección la sentencia de instancia ha señalado respecto de cada condenado un conjunto de hechos indiciarios que deben ser valorados en su conjunto para determinar si el discurso valorativo es razonable o si, por el contrario, y como todos los recursos sostienen, está anclado en el vacío probatorio y en la más absoluta irracionalidad.

Esos hechos, que se presentan como fuentes diversas de conocimiento sobre la ilegalidad a la que todos los condenados contribuyeron desde su posición institucional, hacen referencia, en lo sustancial, a lo siguiente: El origen político de la concesión de las ayudas y su relevancia dentro del programa político del Gobierno; la forma en que se gestó el cambio de presupuestación; las consecuencias inmediatas que tuvo en orden a la supresión de controles y opacidad en la concesión de las ayudas; los problemas recurrentes que se produjeron en la contabilidad de los pagos realizados por el IFA /IDEA; la intervención de algunos de estos condenados en las gestiones previas con las empresas para la concesión de las ayudas; el conocimiento de la normativa que cada uno debía tener en atención al cargo desempeñado; los criterios exigibles a una administración o ejercicio del cargo mínimamente diligente; el contenido del documentos formalizados para la aprobación de los créditos presupuestarios y las advertencias que se produjeron en distintos informes de la Intervención sobre la ilegalidad del proceso de presupuestación o sobre la forma en que se estaban gestionando las ayudas. También se han valorado las declaraciones prestadas por los acusados (debidamente introducidas al plenario y sobre cuya introducción de las que no se han formulado queja), así como las declaraciones de determinados testigos y el contenido de los informes periciales y de distintas autoridades y organismos.

Sobre la solidez y correcta valoración de los indicios y demás pruebas nos pronunciaremos en los distintos motivos articulados por cada uno de los acusados, pero sí conviene salir al paso de un argumento impugnativo que se ha repetido en muchos recursos. Los acusados no han sido condenados por razón de su cargo, sino por haberse probado los distintos presupuestos típicos de los delitos imputados y por haberse acreditado que actuaron con pleno conocimiento de los hechos.

Anticipamos que las condenas que esta sentencia ratifica lo han sido con el soporte de prueba de cargo suficiente y mediante juicios de inferencia y valoraciones ajustadas a criterios de racionalidad.

XI RECURSO DE DON Florentino

46. Motivos primero a cuatro, por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal

Los cuatro primeros motivos de este recurso se han formulado por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim.

En el primer motivo se alega que la aprobación de un proyecto de ley se enmarca en un proceso legislativo, constituye la manifestación de la iniciativa legislativa, es una acción política inmune al control jurisdiccional y, en todo caso, es una propuesta que está sujeta a la aprobación parlamentaria, por lo que no se cumplen las exigencias típicas del delito previsto en el artículo 404 CP. En el segundo motivo se hacen las mismas consideraciones respecto de las modificaciones presupuestarias que son normas con fuerza de ley. Y en el tercer y cuarto motivo se alega que la actuación del Sr. Florentino, en todo caso, estuvo exenta de arbitrariedad, destacando a este respecto las doctas opiniones ofrecidas en el plenario por consumados especialistas, en relación con la adecuación a la ley de las distintas iniciativas legislativas de naturaleza presupuestaria aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, tanto las concernientes a la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos como las referentes a las modificaciones presupuestarias.

Todos estos argumentos impugnativos han sido extensamente contestados y desestimados en los fundamentos jurídicos incluidos en el apartado VI de la sentencia (FJ 17º a 31º), destinado al análisis del juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa. Para no incurrir en duplicidades reiteramos lo dicho.

Los cuatro motivos se desestiman.

47. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia
47.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia

En el quinto motivo de este recurso se denuncia la lesión del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, al amparo del artículo 852 de la LECrim, del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 24.2 de la Constitución.

La defensa del Sr. Florentino afirma que la prueba de cargo aportada por la acusación no es suficiente para un pronunciamiento de culpabilidad y que el discurso valorativo de la sentencia de instancia no se ajusta a parámetros de racionalidad.

Para analizar esta queja resulta imprescindible hacer una breve referencia a las pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia, que han sido las siguientes:

(i) Se ha tenido en consideración el cargo desempeñado por el Sr. Florentino (Prueba de cargo 1).

Según consta acreditado documentalmente, fue presidente de la Junta de Andalucía desde el año 1990 hasta el 7 de abril de 2009.

(ii) También refiere la sentencia de instancia las funciones y competencias que le correspondían por razón de los cargos ostentados

De conformidad con las leyes reguladoras del gobierno de la Junta de Andalucía (Ley 6/1983, de 21 de julio, Ley 6/2006, de 24 de octubre) y La Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía), tenía, entre otras, las siguientes funciones:

- Desarrollar el programa de gobierno, de acuerdo con las directrices fijadas por el Presidente. - Aprobar los Anteproyectos de Ley, autorizar su remisión al Parlamento y acordar, en su caso, su retirada. - Otorgar o denegar la conformidad a la tramitación de las Proposiciones de Ley que impliquen aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. - Elaborar los Presupuestos Generales, remitirlos al Parlamento para su aprobación y aplicarlos. - Firmar los decretos acordados por el Consejo de Gobierno y ordenar su publicación

(iii) Durante su mandato se procedió a articular el pago de las primeras ayudas, entre ellas las concedidas a las empresas HAMSA y IAMASA, que se tramitaron como subvenciones excepcionales (Prueba de cargo 2).

(iv) Fue el Consejo de Gobierno, presidido por él, el que adoptó la decisión de conceder las ayudas sociolaborales y esa decisión tuvo su origen en el programa político con el que el Sr. Florentino se presentó a las elecciones, dato confirmado en su declaración judicial y en la declaración prestada por el Sr. Demetrio (Prueba de cargo 3).

El resultado de esa política fue el desembolso de importantes cantidades, con las que se pretendía dar respuesta a crisis sociales, por lo que resultaba lógico suponer que cualquier variación en el sistema de ayudas, los retrasos o los impedimentos que se produjeran tenían que pasar necesariamente por la decisión final del superior jerárquico, es decir, del presidente de la Junta de Andalucía (Prueba de cargo 4). Esta última afirmación no es una prueba, por más que así se catalogue en la sentencia, sino una inferencia.

(v) Tras los problemas habidos en los expedientes de HAMSA e IAMASA se cambió el criterio de presupuestación y se optó por la utilización de las transferencias de financiación.

Resulta obligado precisar que las ayudas concedidas a las empresas HAMSA e IAMASA se aprobaron siguiendo los trámites de las subvenciones excepcionales y, debido a los retrasos, el IFA adelantó el dinero para su pago. Eso motivó que la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo formulara informe de disconformidad, fechado el 19/06/2000, que conllevaba efectos suspensivos del expediente, dato acreditado documentalmente en autos.

Paralelamente y ante los problemas que se venían produciendo en la gestión de las ayudas se decidió el cambio en la tramitación de los expedientes. Y así, en el 18/04/2000 se aprobó una modificación presupuestaria en la que por primera vez se utilizó la transferencia de financiación y mediante la cual se trasvasaron los fondos de las partidas correctas (47 y 48) a una partida indebida (440), ya que venimos reiterando que las transferencias de financiación no son el instrumento hábil para el pago de subvenciones, sino para cubrir la cuenta de explotación de una empresa pública.

(vi) En la sentencia de instancia se afirma que el cambio de presupuestación no era un simple cambio de expediente sino un cambio respecto a las normas de estructura presupuestaria que se venían aplicando, que vulneraba la Orden de 22/05/1998 y que conllevaba que se prescindiera de la fiscalización previa (Prueba de cargo 6).

Por ello el tribunal de instancia considera impensable que el Consejero de Empleo tomara esta decisión unilateralmente, máxime si tenía que contar con el beneplácito de la Consejera de Economía y Hacienda, de lo que deduce que el cambio exigió la decisión del superior jerárquico de ambos, el Presidente de la Junta de Andalucía. También afirma la sentencia que, dada la trascendencia de la cuestión como eje clave de la política del Gobierno, según reconoció el propio recurrente, es impensable que no fuera informado por el Consejero, persona de su máxima confianza (prueba de cargo 5).

La sentencia destaca que la primera vez que se utilizaron las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 22E, "Transferencias de financiación al IFA", fue a través de la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000. Pone el acento en que esta modificación presupuestaria era innecesaria, pues no respondía a ninguna de las finalidades previstas normativamente, dado que una modificación presupuestaria solo podía llevarse a cabo en supuestos excepcionales (concretamente, cuando se tratase de un gasto inaplazable, provocado por una circunstancia sobrevenida) lo que no era el caso, ya que, en la partida 472 del programa 22E, había fondos bastantes para la concesión de las ayudas. Es decir, con la citada modificación presupuestaria, al igual que con las restantes aprobadas en los años 2000 y 2001 (a excepción de la de 5 de diciembre de 2001), no se realizó una adaptación de la ejecución del presupuesto a necesidades no previstas. La finalidad seguía siendo la misma, pues no se cambiaba el programa 22E, solo se transferían fondos entre las partidas del mismo programa. Estas afirmaciones vienen avaladas por el Informe elaborado por la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 20/12/2011, obrante en autos.

Por tanto, se utilizaron las modificaciones presupuestarias, no para cubrir un déficit de financiación de un ente público, sino como instrumento para cambiar los fondos de una partida ya aprobada a otra partida. Pues bien, el Sr. Florentino conocía la finalidad de las modificaciones presupuestarias, según reconoció en su declaración judicial, por lo que no es creíble que este nuevo criterio le pasara desapercibido.

(vii) Como presidente del Consejo de Gobierno, aprobó las modificaciones presupuestarias que afectaron al programa 31L hasta su cese en abril de 2009 (Prueba de cargo 7)

(viii) También participó, en esa misma condición en la aprobación de los anteproyectos de presupuestos de 2002 a 2009, en los que se utilizó el sistema de presupuestación ilícito (Prueba de cargo 8).

(ix) En relación con las dos pruebas antes aludidas, la sentencia de instancia da respuesta a la alegación de que no conocía el contenido de los proyectos normativos porque se elevaban al Consejo de Gobierno clasificados como "índice verde", es decir, como asuntos de mero trámite ya suficientemente debatidos y analizados.

Sobre este particular y según hace la sentencia de instancia, debemos también enfatizar que los Consejeros y Viceconsejeros también alegan que desconocían el contenido y que su intervención en la Comisión General que acordaba la remisión de los proyectos al Consejo de Gobierno también era de mero trámite, lo que llevaría al absurdo de afirmar que el destino de la administración de la Junta, en decisiones relevantes, estaría en manos de cargos intermedios o de funcionarios de rango inferior.

No parece razonable, y la sentencia así lo proclama, que del cambio de presupuestación, mediante la utilización de una partida presupuestaria inadecuada, no se informara al Presidente, por más que el asunto se clasificara con "índice verde" y que la decisión la adoptara por su cuenta la Comisión General de Viceconsejeros o el Consejero de Empleo.

También se destaca, como un dato singular más, que cuando la agencia IDEA pasó a depender de la Consejería de Innovación se permitió que siguiera asumiendo las órdenes de pago de la Consejería de Empleo, a pesar de que la agencia ya no estaba adscrita a Empleo. Es un hecho más que refuerza la conclusión de que todo este asunto era conocido por el Presidente del Gobierno andaluz.

(x) El Sr. Florentino reconoció en su declaración judicial que cuando había discrepancias entre consejerías solía dar la razón al Consejero de Hacienda y recuerda que este dato especialmente en materias de educación y sanidad (Prueba de cargo 10).

La sentencia no precisa que en la materia que nos ocupa hubiera discrepancias por lo que el dato fáctico aludido carece de interés.

(xi) La sentencia deduce que el recurrente conocía la forma en que se articulaba la financiación de las ayudas porque intervino como interlocutor de algunas empresas y sindicatos en las reclamaciones de los trabajadores en supuestos de crisis empresarias (Prueba de cargo 11).

(xii) También deduce ese conocimiento del dato acreditado relativo a que el pago de las ayudas generaba anualmente déficit en el ente encargo de realizar los pagos, el IFA/IDEA. La Audiencia Provincial considera irrazonable que el Consejero de Empleo no comunicara al Presidente esta situación, a pesar de que contravenía palmariamente lo previsto en el artículo 38 de la Ley 5/1983, de la Hacienda de la Comunidad de Andalucía (Prueba de cargo 12).

(xiii) En el apartado 13 de las pruebas de cargo se destaca que el trascendental informe de cumplimiento del IFA del ejercicio 2003 se notificó a tres consejeros (Hacienda, Innovación y Empleo) calificando de increíble la afirmación del acusado de que no tuvo conocimiento de este dato, si se atiende a un desempeño mínimamente diligente de la alta función pública que desempeñaba.

En este particular se remarca la afirmación del Sr. Florentino en la que dijo que "yo nunca he conocido un informe de un interventor de la Junta de Andalucía. Nuncia. En otras cosas, por yo tenía la posibilidad de que cualquier irregularidad me podía venir, por un lado, por los despachos con los consejeros".

Dado que los consejeros eran personas de su máxima confianza no resulta creíble que éstos no le informaran del contenido del citado informe.

(xiv) En el apartado 14 de la relación de pruebas de cargo se hace referencia al alto poder convictivo de los Programas Anuales de Control Financiero que aprobaba anualmente el Consejo de Gobierno, y que se remitía al

Consejo con "índice rojo". El reclamante reconoció en su declaración la relevancia de los programas anuales de control financiero de las empresas de la Junta de Andalucía.

La documentación que se remitía en ese expediente, que hacía referencia a la actividad de los entes públicos durante el ejercicio anterior, incorporaba como anexo una Memoria de Control Financiero en la que se mencionaba la irregularidad en el uso de las transferencias de financiación.

Se pone como ejemplo, la Memoria correspondiente a 2006, en la que se describe esa irregularidad, como también el hecho de que IDEA presentaba defectos de contabilización de las transferencias de financiación, haciendo difícil o inviable el sistema de reintegros previsto en el artículo 18 de la Ley 15/2001.

(xv) Se señala como indicio acreditativo de la opacidad del sistema instaurado que no se elevara al Consejo de Gobierno las propuestas de concesión de ayudas superiores a 1.200.000 €, tal y como disponía el artículo 104 de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de Andalucía, que no se publicaran en el BOJA y que se hurtaran del conocimiento del Consejo Rector del IFA. Sólo una de ellas fue examinada por la Comisión General de Viceconsejeros (PICKMAN) y fue retirada.

La sentencia afirma como incomprensible que al Presidente del Consejo de Gobierno no le extrañara que no se sometieran a aprobación ayudas por cuantiosas cantidades de dinero para la solución de relevantes crisis empresariales, en cuya negociación intervino personalmente y que el declarante en su declaración sumarial manifestó conocer, tales como las correspondientes a las empresas HIJOS DE ANDRÉS MOLINA, SANTANA MOTOR O DELPHI (Prueba de cargo 5).

(xvi) Se argumenta que no es lógico suponer que los consejeros no informaran al Presidente de los asuntos de relevancia o de las denuncias o reclamaciones de las consejerías, ni de las gestiones realizadas con motivos de esas denuncias o reclamaciones. En este contexto, la sentencia destaca el valor probatorio de determinados documentos, acreditativos del conocimiento por parte del Presidente del Consejo de Gobierno de las ilegalidades en el sistema de concesión de las ayudas sociolaborales (Prueba de cargo 16).

- Carta de 19/11/2004, remitida por el representante legal de la empresa A NOVO, reunión con representantes sindicales de dicha empresa el 20/05/2005 y nueva carta de 08/04/2005 del Comité de Empresa, reclamando la concesión de una subvención, lo que finalmente llevó a efecto la Consejería de Empleo.

- Carta de 22/12/2003, remitida por un minero de FAJA PIRÍTICA DE HUELVA, denunciando la discriminación que habían sufrido él y otros compañeros por no haber sido incluidos en las pólizas de ayudas, de la que se dio traslado a la Consejería de Empleo.

- Carta de 11/02/2004, entregada por los trabajadores de BILORE al presidente de la Junta de Andalucía, con motivo de una visita a Osuna, pidiendo ayuda y explicándole la situación de la empresa, que fue seguida de una entrevista personal, según declararon en juicio dos de esos trabajadores.

- Carta del presidente de la empresa PROMI, de 27/09/2001, en el que se le expuso la intervención que había tenido la Dirección General de Trabajo y se le pide una reunión personal. Dicha petición fue remitida por la Oficina del Presidente al Consejero de Empleo y reenviada al Director General citado, pidiéndole que atendiera la queja.

(xvii) Por último, la sentencia de instancia tomó en consideración la declaración judicial del Sr. Florentino en la que reconoció que conocía las "transferencias de financiación" desde que fue Ministro de Trabajo y Seguridad Social y durante su mandato como Presidente de la Junta de Andalucía se aprobó el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, regulador del procedimiento para la concesión de subvenciones, que excluía de dicho procedimiento a las "transferencias de financiación" (Prueba de cargo 17).

47.2 Alegaciones de descargo.

47.2.1 En el recurso se afirma que el objeto de prueba respecto del delito de prevaricación consiste en " el conocimiento del resultado materialmente injusto consistente en el riesgo de menoscabo de los fondos públicos".

Entendemos que no es exactamente así. El dolo del delito de prevaricación administrativa precisa el conocimiento dictar a sabiendas una resolución injusta lo que exige saber que se dictó una resolución manifiestamente contraria a derecho, cuya finalidad era eludir las garantías y presupuestos de la normativa de subvenciones. La elusión de garantías conlleva como resultado la alta probabilidad de menoscabo de los fondos públicos, pero no su conocimiento efectivo, ya que, en tal caso, el recurrente habría sido condenado también por delito de malversación.

No hay prueba directa de que el Presidente de la Junta de Andalucía conociera que aprobara partidas presupuestarias utilizando indebidamente transferencias de financiación para eludir los controles y presupuestos de la normativa de subvenciones, pero, al igual que acontece con otros condenados, la prueba aportada por la acusación viene constituida por un conjunto de indicios que tienen como soporte hechos acreditados y que acabamos de detallar.

47.2.2 Frente al juicio probatorio de la sentencia la defensa ha planteado profundas discrepancias a las que damos respuesta a continuación.

(i) Un primer grupo de argumentos impugnativos se dirigen a reprochar que se haya atribuido valor probatorio a determinados hechos que han servido de contexto para determinar el grado de conocimiento que el Sr. Florentino

podría tener de la ilegalidad del proceso seguido en la presupuestación de las transferencias de financiación y de la finalidad perseguida.

Se expone que el cargo ostentado carece del más mínimo contenido incriminatorio, precisándose que este cargo conlleva una doble faceta, la política y la administrativa, sin que puedan confundirse ambas. Tampoco puede predicarse ese contenido del hecho que, siendo Presidente, se iniciara el nuevo sistema de gestión de las ayudas sociolaborales. No tiene soporte probatorio la afirmación de que el cambio de sistema tuviera que ser decisión del Gobierno y no de la Consejería de Empleo, ni que el nuevo sistema de ayudas formara parte de la política del Gobierno. Se afirma que el sistema no fue opaco, como lo evidencia que el Presidente informara al Parlamento sobre esta cuestión hasta en 27 ocasiones y se incluyera en los Planes Económicos, así como en el Plan Económico Andalucía Horizonte (1998-20009) y que no hay lógica ni prueba sobre la inferencia relativa a que el cambio de presupuestación fuera dispuesto por el superior jerárquico a los consejeros de Empleo y Hacienda. Tampoco hay prueba de que ese cambio no fuera menor y no pudiera ser adoptado unilateralmente por la Consejería de Empleo, como tampoco de la afirmación de que el uso de una modificación presupuestaria para trasvasar fondos de una partida a otra tuviera que ser consentido por el Presidente de la Junta.

Para dar respuesta a este grupo de argumentos conviene situar los hechos en su contexto histórico. La Sala de instancia señaló que, a finales de los años 90 y principios de 2000, dada la situación de crisis económica y social imperante en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se firmaron el Pacto por el Empleo y los Acuerdos de Concertación que le sucedieron, siendo la firma del Pacto por el Empleo del año 1997. En tales Acuerdos, se contemplaba que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía articularía una línea de ayudas a trabajadores afectados por las crisis empresariales, las cuales, inicialmente, se tramitaron y concedieron por la Consejería de Empleo, como subvenciones excepcionales, con cargo a las partidas 47 y 48 del programa 22E, que estaban debidamente presupuestadas para la concesión de subvenciones excepcionales y sometidas, por tanto, al control de la fiscalización previa por parte de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo.

Los Acuerdos de Concertación Social y el Pacto por el Empleo, según afirmó el propio recurrente, "eran el eje de cumplimiento del programa de gobierno", y tenían por objeto atajar y dar respuesta a las crisis empresariales y social a través, entre otros instrumentos, de la concesión de ayudas sociolaborales. Y la acreditación de estos hechos se apoya en la declaración del propio recurrente, alguno de cuyos párrafos más significativos se transcriben en la sentencia impugnada.

En particular, el recurrente, en su declaración ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo afirmó que:

"(...) en Andalucía ha habido 7 acuerdos de concertación. El diálogo social era uno de los ejes clave de la política del gobierno porque figuraba en el programa de gobierno. Ahí es donde están las fuentes de las políticas sociolaborales, de las políticas de empleo. Porque en Andalucía en esos años estábamos atravesando una crisis. Estaban cerrando empresas, empresas emblemáticas como Delphi o como Astilleros o como Santana o la Franja Pirítica de Huelva, y teníamos que articular una política.

(...) Para mí los acuerdos de concertación eran fundamentales, Señoría, eran el eje de cumplimiento del programa de gobierno.

(...) lógicamente yo conocía los problemas, la situación conflictiva de las empresas y conocía concretamente la conflictividad en relación con Hijos de Andrés Molina, como conocía la de Santana o la de Delphi. Señoría, los tenía debajo de mi balcón. Se manifestaban debajo de mi balcón o cuando iba a un acto público los tenía allí delante, manifestándose sobre sus problemas y yo para mal o para bien, yo creo que tenía que hacer lo que hice.

Pues lógicamente si estaban en un plan pacífico los escuchaba. Me he reunido con muchos comités de empresas. Cuando se daba una ayuda a una empresa, que las ayudas como he dicho antes, Señoría, tenían su base política en un acuerdo de concertación que tenía y que buscaba como objetivo la paz social y el diálogo social (...).

(...) Estas eran las empresas que a mí me preocupaban: era Astilleros, era Santana, era HYTASA, era Delphi. ¿Por qué? Porque había un conflicto social, no solamente un conflicto laboral.

(...) el conflicto que políticamente debatía y el conflicto que a mí me preocupaba era el conflicto derivado de las grandes empresas. De la crisis, de las grandes empresas. Por la razón que he apuntado antes, porque no solamente era un conflicto laboral, era un conflicto social".

Por el contenido del Pacto por el Empleo y de los Acuerdos de Concertación (cuya efectiva existencia y celebración es asumida por el recurrente), se evidencia el compromiso de la Junta de Andalucía de favorecer la permanencia y subsistencia de las empresas existentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía y, en todo caso, el compromiso de fomentar el empleo mediante líneas oportunas de formación de los trabajadores y búsqueda de actividades empresariales.

Este dato debe ponerse en relación con otros.

- El pago de las ayudas sociolaborales, como subvenciones excepcionales, dio lugar a problemas en el año 2000 y se pretendió solucionarlos mediante anticipos de pago por el IFA, criterio que dio lugar a que la Intervención Delegada formulara reparos en los expedientes de HAMSA e IAMASA.

Conviene recordar que hay un testimonio fundamental que acredita que el cambio de presupuestación estuvo marcado por criterios políticos para evitar que se produjeran problemas con la Intervención Delegada. Nos referimos a la declaración judicial del Director General de Trabajo, don Borja, que en su declaración judicial prestada el 07/03/2012, declaró lo siguiente:

"5) ¿Cuál era el procedimiento para concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas que se utilizaba antes del Acuerdo Marco de 17 de julio de 2001 y cuáles eran las disposiciones legales que lo amparaban?

Manifiesta que no recuerda las disposiciones legales, pero recuerda que justo a la semana de entrar en la Dirección General, tuvo una primera reunión para solucionar la problemática de los trabajadores de Cárnicas Molina. Había un acuerdo tácito de que a estos extrabajadores había que ayudarles (...). El declarante coge la parte final de estas negociaciones, (...). Que los pagos empiezan a hacerse mediante una resolución de la misma Consejería, si bien el declarante no recuerda quien la dictaba en aquel momento, si el Consejero, el Viceconsejero o él mismo como Director General; los pagos se hacían por la Consejería de Trabajo con el visto de la Intervención Delegada que fiscalizaba todos los pagos que se hacían. Pero llega un momento en que en el último pago de este expediente dicha Intervención Delegada opuso reparo, a pesar de que previamente siempre había mostrado su conformidad.

6) Aparte del expediente de Cárnicas Molina ¿ocurrió en algún otro expediente algún hecho concreto, como en el expediente de Santana Motor, que motivara el cambio de sistema operativo o de trabajo existente hasta entonces?

Manifiesta que sí, que, en relación al expediente de Santana Motor, el mismo coincide con el momento de la finalización del pago de Cárnicas Molina. Que, en Santana Motor, al abandonarlo el grupo japonés, pasa a ser una empresa perteneciente a la Junta de Andalucía en el 100 % de su capital social. En dicha sociedad, dado que los japoneses habían retirado parte de las licencias de la distribución y producción, había que hacer una reestructuración tremenda de personal, había que despedir a 600 personas y también había que reubicar a 400 personas en el parque de proveedores de la propia Santana. Por ello después de lo ocurrido en Cárnicas Molina, en la Consejería de Trabajo se tenía la preocupación que lo mismo que había ocurrido en Cárnicas Molina se extendiera a Santana Motor. Pero es que también estaba apuntando el tema de Astilleros, la Bahía de Cádiz e incluso la Faja Pirítica de Huelva. Por consiguiente, ante esta situación y lo que había ocurrido en Cárnicas Molina (...) le transmiten al declarante que había que dotarse de un sistema operativo con los propios medios de la Consejería de Empleo (ya que el IFA pertenecía por aquel entonces a dicha consejería), pues era una preocupación de la Junta de Andalucía, que conocía todos estos temas, el mantenimiento de la 'paz social' ".

... "que las explicaciones que le dieron al declarante tras la elaboración del Acuerdo Marco fueron muy concretas (...) a partir de ese momento todo se iba a realizar por convenios particulares con el IFA bajo el paraguas del Acuerdo Marco y que además la partida presupuestaria 31L se incorporaría al PAIF del entonces IFA que sería quien gestionaría todos los pagos mediante la firma de esos Convenios particulares. Que el PAIF tenía que ser nuevamente aprobado por la Intervención General y por el Consejero de turno de la Consejería de Economía y Hacienda".

- Se procedió también a elaborar un proyecto de Decreto en el año 2000 para regular el pago de las ayudas, que no fue aprobado y, finalmente se optó por cambiar el criterio de presupuestación, utilizando un instrumento manifiestamente ilegal para la finalidad perseguida, las transferencias de financiación.

- Según se ha justificado con extensión en esta sentencia, las transferencias de financiación tenían (y tienen hoy) por objeto exclusivo el traspaso de fondos de una Consejería a un ente público dependiente de la misma para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueran otorgadas o, en su caso, para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Orden de 22 de mayo de 1998, sobre elaboración de presupuestos y clasificación presupuestaria, que fue dictada por la Consejería de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 de la LHAJA. La citada Orden fue desatendida.

- Las primeras modificaciones presupuestarias aprobadas no tuvieron como finalidad un trasvase de fondos para dotar de capital al IFA sino cambios de la partida presupuestaria correcta (subvenciones) a otra partida incorrecta (transferencias de financiación).

- El nuevo criterio de presupuestación determinó, a su vez, un cambio sustancial en la concesión de las ayudas, ya que dejó de aplicarse el régimen de las subvenciones y, singularmente, dejó de aplicarse el control previo de la Intervención para la aprobación de las ayudas.

- El Sr. Florentino reconoció que intervino personalmente en algunas de procesos de crisis empresariales importantes y que tuvo comunicación con trabajadores y sindicatos, recibiendo peticiones y quejas diversas, de las que se dio la tramitación oportuna para que fueran atendidas.

- También reconoció en su propia declaración ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, que conocía las transferencias de financiación desde que fue "Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en los presupuestos generales del estado, (pues) con ese nombre o con otro había trasferencias de financiación a los entes públicos o empresas públicas dependientes de las distintas administraciones".

- Y, por último, siendo Presidente del Consejo de Gobierno, se aprobó en el Consejo de Gobierno el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para

la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, cuyo artículo 1.2 dispone que:

"Quedan excluidas de este Reglamento: a) Las subvenciones de explotación y de capital realizadas a favor de Organismos Autónomos, empresas de la Junta de Andalucía o Universidades. Tendrán la consideración de subvenciones de explotación o de capital las que se abonen mediante transferencias de financiación y tengan como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

- El cambio de presupuestación fue conocido por el Consejero de Empleo (pues las modificaciones presupuestarias tenían lugar en el Programa 31L, relativo a su Consejería y se promovían desde ella) y por la entonces Consejera de Economía y Hacienda, Doña Emilia, dado el contenido de la Orden de 22 de mayo de 1998, que fue realizada en la Consejería que ella dirigía y bajo su mandato y, además, dado que las modificaciones presupuestarias se tramitaban en la Consejería de Economía y Hacienda.

Pues bien, a partir de todos estos datos es razonable suponer que la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones era también conocida por el Presidente de la Junta de Andalucía.

Bajo su mandato se aprobaron diversas normas que prohibían el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones, singularmente el Decreto 254/2001 por lo que no es irrazonable suponer que el recurrente conociera esa prohibición. El pago de estas subvenciones era un eje central de la política de su gobierno e intervino personalmente en las gestiones previas para la concesión de algunas de ellas, recibiendo propuestas y también quejas sobre la gestión que se estaba haciendo, por lo que también es razonable suponer que estaba al tanto de las incidencias que se produjeran en esta cuestión. Para gestionar la concesión y pago de las ayudas y ante los reparos que puso la Intervención de la Junta de Andalucía, se ideó un nuevo sistema de presupuestación que tuvo como efecto inmediato la eliminación de los controles, y la ausencia de bases reguladoras y de publicidad, y ese cambio, además, era contrario a la Ley General de la Hacienda Pública y a las normas aprobadas por la Consejería de Hacienda y precisaba de la aquiescencia de dos consejerías, la de Empleo y Economía y Hacienda.

Dado ese cúmulo de circunstancias no es razonable suponer que la aprobación del nuevo sistema no contara con la autorización del recurrente. Desde luego esa inferencia no se opone a criterios de razonabilidad y sentido común. La estrategia que persigue la defensa de aislar cada uno de los indicios para privarles de significación probatoria no puede ser acogida, ya que sólo desde una valoración de conjunto es posible comprender la secuencia de los hechos y el conocimiento que sus distintos actores pudieron tener sobre la ilicitud de su conducta.

(ii) La defensa, también como alegación de descargo, afirma que todas las modificaciones presupuestarias en las que intervino, al haber sido aprobadas por el Consejo de Gobierno, fueron tramitadas con arreglo a las previsiones de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía, contaron con todos los documentos e informes preceptivos y con las memorias justificativas, crearon el impacto de los objetivos de los programas de actuación, inversión y financiación afectados; también contaron con el preceptivo informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía, fueron incluidas en el denominado Índice Verde del Consejo de Gobierno, por lo que fueron consideradas como un asunto de mero trámite y, por ello, no fueron siquiera deliberadas y de todas las modificaciones presupuestarias recibió el Parlamento de Andalucía la información legalmente exigible.

Se argumenta también que a la hora de valorar el conocimiento que pudiera tener el Presidente de los asuntos que llegaban al Consejo de Gobierno con índice verde, es decir, cumplidos todos los trámites y con todos los informes preceptivos, no es suficiente afirmar si es lógico o no, sino de determinar con pruebas qué conocimiento tuvo, presupuesto que la sentencia de instancia no cumple.

Tampoco estas alegaciones son viables. De un lado, ya hemos argumentado que tanto las modificaciones presupuestarias como los anteproyectos de ley de presupuestos contravenían palmariamente la Ley General de la Hacienda Pública y la normativa sobre subvenciones aprobada por la Junta de Andalucía, así como las normas presupuestarias establecidas por la Consejería de Economía y Hacienda. El hecho de que en su tramitación se contara con informes favorables no excluye la ilegalidad de las decisiones. No se juzga el comportamiento de los órganos técnicos sino de los órganos decisores y no puede dejarse de mencionar que a lo largo de los años se produjeron múltiples informes, a los que alude la sentencia, en los que se puso de manifiesto la ilegalidad del criterio de presupuestación instaurado así como la ilegalidad en la gestión de las ayudas, hasta el punto de que en muchos de ellos se concluye que se prescindió de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido, señalando gravísimas irregularidades en la gestión de las ayudas.

Por otra parte y según hemos razonado antes, el conocimiento de la ilegalidad fue previo a la aprobación de los instrumentos presupuestarios. Los documentos integrantes de cada uno de los expedientes de modificaciones presupuestarias que nos atañen apuntalan la conclusión de la Sala de instancia de que fue consciente de aquel uso y, por tanto, de que el Sr. Florentino fue conocedor del sistema ilegal de ayudas objeto del presente procedimiento, pues en la documentación anexa a cada modificación presupuestaria se especificaba el uso que iba a darse a las transferencias de financiación.

Así, en el ejemplo destacado por la Sala de instancia, relativo al expediente para el Consejo de Gobierno de la modificación presupuestaria de 15 de octubre de 2002. Consejo de Gobierno que fue presidido por el recurrente, se afirmaba que:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 7469 de 11 de marzo de 2002, modificación presupuestaria por importe de 3.386.017 €. La modificación de referencia consiste en una transferencia de créditos en la Sección 13.00, Servicio 01, del Capítulo IV al IV y del Programa presupuestario 3.2.D al 3.1.L 'Administración de las Relaciones Laborales', cuya finalidad es impulsar las demandas surgidas como consecuencia de acuerdos sociales alcanzados en negociaciones de expedientes de regulación de empleo, como consecuencia de adaptación de plantillas contemplados en los planes de viabilidad y reestructuración de empresas en crisis".

De este documento tuvo también conocimiento el Presidente del Consejo de Gobierno. Sabía que el destino que se iba a dar a las transferencias de financiación, sabía que ese destino era ilegal y lo supo desde el principio, desde la implantación de la nueva operativa a través de distintas modificaciones presupuestarias.

En efecto, la sentencia impugnada declara que en el Anteproyecto de Ley de Presupuestos del año 2002 se introdujo, por primera vez, el uso de la transferencia de financiación al IFA, dentro del programa 31L (antes 22E) y que, asimismo, se empleó en los Anteproyectos de ley de presupuestos de los años 2003 y 2004.

En las memorias de los citados Anteproyectos se expresaba que las transferencias de financiación se iban a utilizar para pagar subvenciones. En este sentido y respecto al presupuesto del año 2003, su memoria afirma que las transferencias de financiación tienen por finalidad "atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis". Tales memorias eran remitidas al Consejo de Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la LGHPA.

Por tanto, los instrumentos presupuestarios en cuya aprobación intervenía e Sr. Florentino, contaban con información sobre el destino de los fondos, debiéndose destacar, según hemos argumentado en otros pasajes de la sentencia, que el gobierno contaba con una información mucho más extensa y precisa que la que se remitía al Parlamento.

Frente a esta evidencia se insiste en que en la documentación de los expedientes de modificaciones presupuestarias, se incorporó, siempre y sin excepción, el informe favorable del Interventor General de la Junta de Andalucía quien, tras haber sido acusado por la emisión de tales informes de un delito de prevaricación administrativa, fue absuelto. Pero debe recordarse que el Interventor fue absuelto, no porque actuara correctamente, sino porque no dictó resolución en asunto administrativo, en los términos exigidos por el artículo 404 CP, y también debe recordarse que, con independencia del sentido de los informes, el recurrente fue conocedor de la ilicitud del uso de las transferencias de financiación con anterioridad a su intervención en el Consejo de Gobierno, de acuerdo con las pruebas objetivas expuestas en los párrafos precedentes.

También se justifica la razonabilidad del desconocimiento sobre toda esta cuestión invocando el auto de esta Excm. Sala de fecha 26 de abril de 2016, en el que, a juicio del recurrente, se contienen "consideraciones sobre el conocimiento que resulta lógico presumir en quien está en la cúspide de una Administración de cierta complejidad, aplicables al caso que nos ocupa. En particular refiere el siguiente pasaje:

"Es muy significativo que al pasarse a la firma de la Alcaldesa cada uno de esos sucesivos acuerdos se contase con los preceptivos informes de los órganos técnicos del Ayuntamiento: la intervención; el informe sobre la urgencia asumido por el gerente del Instituto, Justiniano, según vino a declarar; el informe del Secretario del Ayuntamiento. Exigir a la Presidenta de la Corporación que desconfiase de todos y cada uno de esos informes e imputarle que no verificó personal y detalladamente la corrección de cada uno de esos puntos es un despropósito".

Siendo cierta esa apreciación de principio también lo es que no faltan resoluciones de esta Sala en la que el conocimiento de un hecho ilegal por parte del superior jerárquico puede establecerse a partir de la prueba indiciaria, incluso cuando la resolución haya contado con informes técnicos o jurídicos favorables.

El tribunal de instancia cita de forma atinada la STS 797/2015, de 24 de noviembre, en la que se afirma como punto de partida que " Las Autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan (...), pero declara el conocimiento de la ilegalidad del Alcalde a partir de una racional valoración de prueba indiciaria.

Dicho de otro modo, esta Sala ya ha admitido en otras ocasiones que, a través de prueba indiciaria, puede llegarse al racional convencimiento del dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, a pesar de que, en un concreto expediente administrativo, se hubiesen emitido todos los informes favorables necesarios para su tramitación.

(iii) Se censura que se haya dado valor de prueba de cargo a su declaración judicial en la que afirmó que en caso de discrepancia entre sus consejeros solía dar la razón a Hacienda "sobre todo en materia de educación y sanidad" y también al afirmar que tenía conocimiento de las modificaciones presupuestarias cuando llegaban al Consejo de Gobierno " salvo, lógicamente, el despacho con el consejero de economía previo".

Dado que no consta que las ayudas sociolaborales generaran discrepancia alguna entre los consejeros y que tampoco consta que hubiera habido conversaciones concretas sobre esta cuestión con sus consejeros se estima que la declaración judicial del recurrente carece de contenido incriminatorio.

El valor de estas inferencias es muy escaso. Sin embargo, aun cuando no hay prueba de que los consejeros informaran al presidente sobre esta cuestión, no cabe duda que por su cualificación, por ser personas de especial confianza del presidente y por formar parte del Gobierno, cuya acción política es colegiada, es razonable suponer que informan al presidente de las cuestiones de relevancia, por lo que no es contrario a las máximas de experiencia que los consejeros fueran fuente de información sobre este asunto, dada su importancia política y los problemas de legalidad que incorporaba y de los que tenían noticia algunos de los consejeros.

(iv) En otro de los pasajes del motivo se aduce que carece de valor probatorio que en su declaración manifestara que conocía las transferencias de financiación de su época de Ministerio de Trabajo.

Compartimos con el tribunal de instancia que no es un dato irrelevante ya que el conocimiento de ese instrumento presupuestario conduce desde parámetros de racionalidad a inferir que conocía también su finalidad.

(v) El motivo de casación abunda en la idea de que, al igual que sucedía con las modificaciones presupuestarias, como Presidente de la Junta de Andalucía, no analizaba de forma individualizada los Proyectos de Presupuestos, ni mucho menos las partidas ni los programas que integraban el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sostiene que tal conclusión, a la que llegó la Sala de instancia, es contraria a las reglas de la lógica, la razón y las máximas de experiencia.

En línea con este argumento se aduce que la sentencia impugnada omite cualquier referencia a la concreta participación del Presidente en la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias y también el dato de que durante su mandato se aprobaron 1271 modificaciones y que las aprobaciones presupuestarias a que se refiere la sentencia supusieron sobre el todo el presupuesto y en el periodo 2000-2010 un porcentaje medio de únicamente el 0,32%, siendo uno entre los 118 programas que, como media, integraban dicho presupuesto.

Por un lado, es obligado insistir que el conocimiento de la ilicitud del uso de las transferencias de financiación y de su inclusión en los Proyectos de Presupuestos por parte del Sr. Florentino fue previo a su aprobación en el Consejo de Gobierno. Si a ello se añade, además, que en la documentación anexa se hacía expresa referencia a tal uso y que el reclamante despachaba con el Consejero de Economía y Hacienda los Proyectos de Presupuestos antes de su aprobación en el correspondiente Consejo de Gobierno, la conclusión de que tuvo conocimiento de que en aquellos Consejos de Gobierno se aprobaron los Anteproyectos de Presupuestos (como Proyectos de Presupuestos) en los que se previó la utilización de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 31L, deviene, si cabe, aún más razonable y lógica.

En relación con la relevancia de la concesión de las ayudas no es asumible la alegación de su falta de trascendencia cuantitativa. El 0,32% anual de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el caso concreto, se tradujo, según los ejercicios afectados, en cientos o miles de millones de pesetas o en decenas o cientos de millones de euros. Tal porcentaje no es mínimo y la cuantía de las ayudas no puede calificarse de irrelevante o de menor importancia. Pero, aun admitiendo tal afirmación a efectos dialécticos, lo relevante en el caso concreto es que con las cantidades de fondos públicos que integraron ese porcentaje medio del 0,32% sobre el presupuesto anual de la Junta de Andalucía, perseguían paliar las crisis empresariales y sociales que abrumaban a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Es decir, perseguía dar respuesta al eje del programa de Gobierno. Cualitativamente su relevancia era evidente.

Por ello, concluimos que ni cuantitativamente, ni cualitativamente las cuantías presupuestadas pueden reputarse irrelevantes y desconocidas para quien ejercía la presidencia de la Junta de Andalucía.

(vi) La sentencia añade en el catálogo de pruebas de cargo otras pruebas, que, si bien no evidencian por sí solas el conocimiento por parte del recurrente de la ilicitud del criterio de presupuestación así como de la finalidad que se perseguía con ello, sirven como elemento de refuerzo de las restantes pruebas. Nos referimos a los documentos señalados en el apartado 16 de las pruebas de cargo y a los que nos hemos referido con anterioridad.

Estos documentos acreditan el conocimiento por parte del recurrente del sistema de concesión ilegal de las ayudas, pues en todos ellos se evidencia que las ayudas serían concedidas por la Consejería de Empleo, con la intervención del Director General de Trabajo y que el Sr. Florentino actuó como interlocutor al efecto. Convenimos con la Sala de instancia en que los documentos refuerzan el convencimiento de que era perfecto conocedor del sistema ilegal de ayudas.

La defensa, sin embargo, cuestiona el valor probatorio de tales documentos, de acuerdo con las siguientes alegaciones de descargo.

En primer lugar, y respecto de las cartas que le fueron remitidas en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía, se sostiene que los documentos que menciona la sentencia fueron destacados por el Fiscal después de rebuscar en 270 expedientes y no acreditan que tuviera conocimiento de la forma en que se gestionaban las ayudas, ni del procedimiento que se seguía. El testigo Sr. Gustavo explicó que las cartas que se recibían en presidencia se remitían directamente a cada consejería y la mecánica que se seguía en el Gabinete de la Presidencia de la Junta consistía en que cada carta o fax que se recibía se remitía a la Consejería u organismo competente por razón de la materia y se utilizaba la fórmula de estilo "Por indicación del Presidente", lo que no implicaba que, en realidad, el Presidente de la Junta de Andalucía conociese el contenido de las citadas cartas.

En la sentencia impugnada se anticipa la respuesta a tal alegación. Afirma la sentencia que, de conformidad con las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, no es razonable que su propio Gabinete no le informase

de las peticiones, denuncias o reclamaciones que se hacían en temas de trascendencia social, que recordemos, constituían el eje de la política del Gobierno. A ello añade, que tampoco es razonable que, ni siquiera, se le diese cuenta de aquellas remisiones, dado el objeto de las cartas.

La conclusión, en el caso concreto, es lógica. El propio Sr. Florentino reconoció que las crisis empresariales y la crisis social de ellas derivada constituían el eje de la política de Gobierno, por ello, es razonable suponer que todas las cartas remitidas por los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas por aquellas crisis (debe tenerse en cuenta que actuaron como representantes de un gran número de trabajadores afectados y en una de las cartas -fax- se denunciaba la existencia de los denominados intrusos) le fuesen remitidas, máxime cuando él mismo reconoció haberse inmiscuido en la solución de aquellas crisis, lo que, por otro lado, quedó acreditado en las reuniones a las que se refieren los documentos antes citados.

En segundo lugar, el reproche se centra en la relevancia probatoria del documento acreditativo de la reunión, habida en la sede de la Presidencia de la Junta de Andalucía antes expuesta (en relación con la mercantil A NOVO COMLINK ESPAÑA, SL). Se trata de una nota manuscrita en la que se corrobora lo afirmado por el Sr. Florentino en su declaración en el acto del plenario, sobre su participación en los conflictos laborales. En esa nota se constata que habló de "salvar proyectos industriales, en esa dirección, todo el apoyo desde la J.A."

Ya hemos delimitado el valor probatorio de cargo que debe darse a todos estos documentos. Refuerzan la racionalidad de la valoración efectuada por el Tribunal de instancia, relativa a que tuvo conocimiento del sistema ilegal de concesión de ayudas que se venía aplicando en Andalucía. Por ello, aun cuando se pretenda disminuir el valor probatorio mediante la individual refutación de los distintos documentos, éstos, considerados en su conjunto y de conformidad con el resto de la prueba advertida en el plenario y, en particular, en atención al compromiso asumido por el propio presidente de la Junta de Andalucía de atajar las crisis empresariales mediante la concesión de ayudas y subvenciones, permiten afirmar que fue perfectamente consciente del sistema ilegal de concesión de ayudas instaurado, que tuvo su origen en las dificultades habidas para la concesión de aquéllas, conforme a la normativa vigente y que por medio del mismo se trató de paliar.

(vii) Un indicio más en la dirección de afirmar el conocimiento de la ilegalidad es la prueba de cargo contenida en el ordinal número 12. La Sala de instancia destaca la existencia del déficit que se arrastró al programa presupuestario utilizado para la concesión de las ayudas, así como de la forma en que se generó tal déficit, que no fue otro que la adquisición de compromisos por parte de la Consejería de Empleo, por encima de la cobertura presupuestaria, lo que implicó la vulneración del artículo 38 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad de Andalucía. En la sentencia impugnada se argumenta que el presidente de la Junta de Andalucía, por razón de su cargo y del origen de aquel déficit presupuestario, debió tener conocimiento de su existencia, máxime cuando éste se generó al concederse ayudas sociolaborales en cumplimiento del Pacto por el Empleo y de los Acuerdos de Concertación Social, que el recurrente consideraba como el eje de cumplimiento del programa de Gobierno.

La conclusión es razonable. Recordemos que nos hallamos ante un indicio más del conocimiento del mecanismo ilegal de concesión de las ayudas que nos ocupa, al menos, puesto que se utilizaban las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA, que actuaba como caja pagadora de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo, y tal uso fue aprobado en distintos Consejos de Gobierno que el presidió.

La generación del déficit presupuestario no es una cuestión menor. Para la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos sucesivos, el Presidente del Consejo despachaba con el Consejero de Economía y Hacienda, según él mismo reconoció y de los Proyectos de Presupuestos también tenía conocimiento, en su condición de miembro y presidente del Consejo de Gobierno.

(viii) Otra fuente de conocimiento más viene constituida por los Planes Anuales de Control Financiero, cuya importancia destacó el propio Sr. Florentino ante el Instructor y que eran debatidos en el Consejo de Gobierno (índice rojo). Estos informes, previo estudio por las consejerías concernidas, incorporaban una Memoria de Control Financiero Permanente referida a los trabajos de control realizados en el ejercicio anterior. Es lógico suponer que el Presidente conociera el contenido del documento o fuera informado por sus Consejeros.

También se alega desconocimiento por diversos motivos.

En primer lugar, en la medida en que los Planes de Control Financiero no hicieron sino reflejar la propuesta adoptada por el Consejo de Gobierno íntegramente redactada por la Intervención General de la Junta de Andalucía. Y, en segundo lugar y principalmente, en la medida en que él, como reconoce el propio Tribunal de instancia, no asistió a la sesión del Consejo de Gobierno, en el que se aprobó dicho Plan y en cuya Memoria anexa se reflejó el uso indebido de las transferencias de financiación.

Ya hemos advertido que, dado el contenido de la Memoria, es razonable que se le informara de su contenido, conclusión que, de nuevo, debe ponerse en relación con el contexto en el que se produjeron estos hechos.

(ix) Por último, otro elemento convictivo es la opacidad del sistema utilizado. El Consejo de Gobierno no dio su aprobación a la concesión de ayudas superiores a 1.200.000 euros, a pesar de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 5/12983, general de la Hacienda Pública de Andalucía; las ayudas no se publicaban en el BOJA y la concesión de ayudas se sustrajo del conocimiento del Consejo Rector del IFA.

Se destaca como paradójico que a pesar de que fue el propio Gobierno el impulsor de las ayudas, como eje central de su política social, no tuviera participación alguna en su aprobación, a pesar de que las normas aplicables exigían su intervención a partir de una determinada cuantía.

Un exponente de esta paradoja es lo ocurrido con las ayudas a la empresa PICKMAN, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno un convenio provisional suscrito por el IFA y la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de 29 de enero de 2004, en virtud del cual el IFA, entre otros compromisos otorgaba a PICKMAN, S. A., una subvención de 1.800.000 euros, pero tal convenio no llegó a elevarse al Consejo de Gobierno, ya que, como paso previo a su ratificación, debía ser examinado por la Comisión General de Viceconsejeros, y, en la comisión que se celebró el día 25 de febrero, el referido Convenio Provisional se retiró del orden del día. A continuación, el día 2 de marzo de 2004, en el Convenio Provisional, se firmó una adenda, en virtud de la cual se acordó la revocación de la subvención de 1.800.000 euros, para a continuación conceder 3 subvenciones por importes de 625.000 euros (año 2004), 600.000 euros (año 2005) y 575.000 euros (año 2006); es decir, para conceder una subvención fraccionada por importe de 1.800.000 euros, pero eludiendo la necesidad de que fuese ratificada por el Consejo de Gobierno.

La defensa en su descargo aduce que la Sala de instancia valora en sentido inculpativo el hecho de que el Sr. Florentino no interviniera en la aprobación de aquellas ayudas, cuando debe ser considerado como una prueba de naturaleza exculpativa.

Sin embargo, lo que evidencia esta maniobra es que se pretendía evitar la intervención del Consejo de Gobierno y la publicidad vinculada a dicha intervención. La concesión de las ayudas era un eje central de la acción política del Sr. Florentino y es del todo lógico suponer que estuviera al tanto de las ayudas que se concedían y de su importe aproximado, al menos de las más relevantes, y sabía que ninguna de ellas se aprobaba en Consejo de Gobierno a pesar de que éste tenía competencias para aprobación de subvenciones superiores a 1.200.000 euros.

47.3 Consideraciones finales.

En el acto del juicio se aportó un conjunto de elementos indiciarios que convergen todos ellos en la lógica conclusión de que el Sr. Florentino conoció el cambio del sistema de presupuestación, su ilegalidad y la finalidad perseguida. Dictó, por tanto, distintas resoluciones a sabiendas de su injusticia y mantuvo vigente un sistema ilegal para conceder las ayudas sociolaborales de acuerdo con criterios de discrecionalidad contrarios a la normativa aplicable.

La concesión de ayudas sociolaborales era uno de los ejes de su acción política y el cambio del sistema de presupuestación y concesión tuvo su origen en las dificultades que se venían produciendo en el pago de las ayudas. Es de todo punto irracional suponer que el Presidente de la Junta de Andalucía no tuviera conocimiento de este asunto.

Ya hemos argumentado que no era un tema menor. A través de las ayudas se gestionaban cuantiosas partidas presupuestarias y se ejecutaba una de las líneas políticas centrales de su gobierno. Intervino personalmente en las conversaciones previas para la concesión de algunas de estas ayudas y la documentación que tuvo a su alcance le permitía conocer que esas partidas se destinaban al pago de las ayudas a través del IFA. También sabía en qué consistían las transferencias de financiación y que no se podían utilizar para pago de subvenciones y tan es así que su gobierno aprobó un Decreto en el que precisamente se establecía de forma palmaria esa prohibición.

El cambio presupuestario y el nuevo modelo de gestión de las ayudas se produjo precisamente porque en el año 2000 el pago de las ayudas estaba dando lugar a reparos de la Intervención y el nuevo modelo dio lugar a informes de ilegalidad relativos tanto al uso inadecuado de las transferencias de financiación, como a la generación de un déficit anual en el organismo que efectuaba los pagos. Es contrario a la lógica suponer que de nada de esto tuvo conocimiento.

La concesión de estas ayudas y la creación del nuevo sistema fue posible dada la intervención combinada de dos consejerías, Empleo y Hacienda, y tampoco es razonable suponer que no se le diera cuenta de este asunto o que no leyera un solo papel, ni los informes y memorias que se remitían al gobierno para la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias y para la aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos.

Por tanto, los indicios referidos en la sentencia permiten afirmar con la suficiente solidez que el Presidente de la Junta de Andalucía conocía la ilegalidad del nuevo sistema instaurado y la finalidad que se perseguía con ello. Esos indicios son plurales, convergen todos en la conclusión del conocimiento que se afirma, tienen su fundamento en hechos acreditados y han sido valorados con criterios de racionalidad a los que nada cabe objetar. La hipótesis alternativa es completamente irrazonable.

Pugna con la razón y con la propia organización y funcionamiento de un gobierno, que se rige por el principio de jerarquía respecto de su presidente y en el que los miembros son de libre designación y de la confianza éste, que sin su conocimiento y con la intervención de los responsables de dos consejerías se llevara a cabo el cambio de criterio de presupuestación de las ayudas sociolaborales (que se venían concediendo con arreglo a derecho) y se modificara la gestión de esas ayudas, posibilitando su concesión al margen de todo control administrativo. El cambio de sistema generó un fondo que permitió durante 9 años no sólo para el pago de primas de los trabajadores afectados por crisis empresariales, sino la concesión de subvenciones para otras finalidades distintas, según conveniencias políticas y al margen de criterios reglados y objetivos, y no es razonable suponer que el acusado

desconociera no sólo la existencia sino la propia ilegalidad del sistema, que fue implantado para la consecución de los intereses políticos del gobierno que presidía.

Las fuentes de conocimiento de la ilegalidad, según hemos expresado, fueron muy diversas y permiten afirmar el conocimiento de la ilegalidad con la necesaria certeza que se exige para un pronunciamiento de culpabilidad.

En consecuencia, el motivo se desestima.

XII RECURSO DE DOÑA Emilia

48. Motivo por vulneración de derechos fundamentales: Motivación arbitraria de la sentencia de instancia.

Este recurso tiene un denominador común. En ocho de los nueve motivos, que se formalizan por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim, se denuncia que la sentencia de instancia ha realizado una interpretación de la ley contraria a la razón y arbitraria en todas y cada una de las cuestiones jurídicas a que aluden los distintos motivos.

La defensa durante toda su extensa exposición utiliza de forma continua frases rotundamente descalificadoras de la sentencia de las que reproducimos sólo una pequeña muestra: "prescindir de toda atención al análisis teleológico de los preceptos que regulan la transferencia de financiación es signo inequívoco de la irrazonabilidad que preside la exégesis en que la Sala sostiene la pretendida ilegalidad normativa"... "la arbitrariedad de dicha exégesis se incrementa aún más, si cabe, al desprestigiar también el método sistemático..." "la complejidad interpretativa sólo surge si asumimos los arbitrarios razonamientos de la Sala a quo..." "dicho sea con todo respecto y a los solos fines de defensa, se incurre en una argumentación falaz..." "pero sus argumentos resultan arbitrarios, al incurrir en contradicciones internas insalvables acerca del contenido de las Leyes de Presupuestos..." "parte de una argumentación radicalmente arbitraria al incurrir en insoportables contradicciones lógicas..." "esa contradicción impregna toda la argumentación de la sentencia, reproduciendo en diversos apartados el sinsentido de decir una cosa y su contraria, incluso en ocasiones enmarcando ambas premisas en un mismo pasaje-haciendo más visible, si cabe la contradicción..." "ese argumento, dicho sea con todo respeto, resulta falaz y, por ende arbitrario..."

Se denuncia, por tanto, el incumplimiento del deber de motivación, deber sobre el que esta Sala se ha pronunciado en múltiples resoluciones. Dicho deber se deduce directamente del artículo 120.3 de la Constitución, pero es asimismo una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 CE. La motivación satisface el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la decisión judicial y garantiza y facilita el control de esa decisión a través de los recursos (SSTS 1192/2003, de 19 de septiembre).

El deber de motivación debe abarcar tres aspectos relevantes: Fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena (SSTS 84/1998, de 14 de mayo, 584/1998, de 14 de mayo, y 1132/2003, de 10 de septiembre), porque las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, falta que tradicionalmente se ha denominado "incongruencia omisiva".

La motivación precisa de una argumentación ajustada al objeto del enjuiciamiento, para evaluar y comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional de la misma y no fruto de la arbitrariedad. No conlleva, pues, ni la imposición de una determinada extensión, ni de un determinado nivel de rigor lógico o de apoyo científico, o ni siquiera que se singularicen todos y cada uno de los extremos de un relato que haya podido conducir a la persuasión (no siempre coincidente en los motivos) de los distintos integrantes del tribunal.

De ahí que, según criterio constancia de esta Sala, sólo haya lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación cuando la resolución judicial carezca de ella de forma absoluta o cuando contenga una motivación meramente aparente, lo que sucede en los casos en que se parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas o cuando sigue un desarrollo argumental con quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTS 628/2010, de 1 de julio y 770/2006 de 13 de julio).

En lo que a este caso concierne la sentencia ha dado respuesta a todas las cuestiones jurídicas de relevancia, realizando un notable esfuerzo de justificación, si se atiende a la extensión, a la diversidad y a la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas durante el juicio.

El tribunal de instancia ha motivado y justificado su decisión con sólidos argumentos jurídicos que, en modo alguno, pueden ser calificados de arbitrarios, contradictorios o falaces. Por nuestra parte en los distintos fundamentos jurídicos de esta sentencia tratamos de dar respuesta a los motivos de censura planteados por los recurrentes, confirmando o revocando, en su caso, los criterios interpretativos de la sentencia de instancia, pero en ningún momento los términos del debate jurídico permiten situar la argumentación de la sentencia impugnada en el umbral de la arbitrariedad o de la falsedad. Podemos entender el despreciativo tono del recurso como una estrategia dirigida a enfatizar la pretendida solidez de sus argumentos, pero lo rechazamos rotundamente.

No ha habido, por tanto, lesión del derecho constitucional invocado, en su vertiente de falta de motivación, razón por la que los ocho primeros motivos del recurso deben ser abordados, no por el cauce del artículo 852 de la LECrim, sino como motivos de infracción de ley conforme a la vía casacional del artículo 849.1 de ese mismo texto legal, en el bien entendido que la posición de esta Sala sobre las cuestiones fundamentales ya ha sido expuesta en anteriores fundamentos jurídicos, por lo que ahora se dará contestación a aquellas alegaciones que incorporan argumentos o planteamientos sobre los que no nos hemos pronunciado.

49. Motivo por infracción de ley: Finalidad de las transferencias de financiación. En el primer motivo del recurso, invocando el principio de legalidad, por la vía de la infracción de derecho constitucional del artículo 852 de la LECrim, y subsidiariamente por el cauce casacional del artículo 849.1 del mismo texto legal, se censura la sentencia de instancia por la interpretación que realiza del artículo 18 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, respecto a que las transferencias de financiación hayan de tener como único fin la cobertura el equilibrio de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Se argumenta que el criterio del tribunal de instancia es arbitrario e irrazonable, ya que desde criterios hermenéuticos de literalidad y finalidad de la norma las transferencias de financiación pueden utilizarse para fines diferentes del antes señalado, señalando que, en todo caso, se trata de una cuestión que presenta un notable grado de complejidad y no admite una solución unívoca.

Esta impugnación ha sido extensamente respondida en los fundamentos jurídicos sexto a noveno.

El motivo se desestima.

50. Motivo por infracción de ley: Errónea interpretación de las leyes presupuestarias.

En el segundo motivo del recurso se censura la sentencia por la interpretación que realiza de las normas presupuestarias. El argumento impugnativo central estriba en el hecho de que si el Parlamento aprobó año tras año los proyectos de ley presupuestos, que incluían las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales, resulta imposible calificar como ilegales tales proyectos.

No es admisible afirmar, como hace la sentencia, que la aprobación de las leyes de presupuestos no alteró la finalidad de las transferencias de financiación, ya que se aprobó lo mismo que incluía el proyecto de ley.

No puede tampoco afirmarse que existiera vinculación causal entre los proyectos de ley y la ejecución del presupuesto y que no es admisible sostener un supuesto engaño al Parlamento ni tampoco que se ocultara información para que conociera con exactitud del destino de los créditos presupuestarios.

Afirma que la sentencia incurre en la osadía de atribuir un error al Parlamento sin base probatoria alguna, y es un contrasentido que se afirme la ilegalidad del proyecto de ley a la par que la legalidad de la ley.

Este motivo ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico undécimo, que reiteramos.

El motivo se desestima.

51. Motivo por infracción de ley por el que se afirma que las supuestas irregularidades no pueden imputarse al criterio de presupuestación utilizado en los proyectos de ley de presupuestos.

En el tercer motivo el núcleo de la discrepancia se formula a partir la idea de que la irregularidad de la operativa seguida y que ha sido objeto de enjuiciamiento no se sitúa en el uso de las transferencias de financiación sino en el modelo de gestión del gasto, por lo que ninguna ilegalidad cabe imputar a la fase de presupuestación.

De conformidad con el artículo 32 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía todo crédito presupuestario es un habilitación del gasto, sujeta a principios de especialidad cuantitativa y cualitativa, y de acuerdo con las normas presupuestarias de aplicación el crédito introducido en el estado de gastos de la Consejería de Empleo incluía todos los extremos de obligada mención y lo que no incluía, porque la ley así lo dispone, era la forma en que debía ejecutarse el gasto y, por lo tanto, no debía precisar si las ayudas las concedía la propia Consejería o el IFA. Lo que sí debía determinar era la finalidad del gasto y esa exigencia fue cumplida.

La disociación entre habilitación de crédito y ejecución de gasto conduce, a juicio de esta defensa, a afirmar que las irregularidades producidas no derivan del criterio de presupuestación, que es neutro y no adolece de ilegalidad, sino del modelo de gestión adoptado por la Consejería de Empleo.

Lo que el Parlamento aprobó fue transferencias de financiación para que el IFA concediera las subvenciones, si la documentación anexa no permitía conocer la forma en que iban a gestionarse los créditos presupuestarios aprobados, y si lo se acordó fue que fuera la Dirección General quien concediera las subvenciones, sería esta decisión la causante de las irregularidades, decisiones totalmente ajenas a las competencias de la recurrente.

Este motivo ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico décimo tercero, que damos por reproducido.

El motivo se desestima.

52. Motivo por infracción de ley en el que se cuestiona la vinculación causal entre el criterio de presupuestación utilizado y la falta de control previo en la concesión de las ayudas sociolaborales.

El argumento central del cuarto motivo de este recurso, es muy similar al utilizado en el motivo anterior en cuanto se afirma que la ilegalidad derivada del déficit de fiscalización de las ayudas sociolaborales no estuvo en la utilización de transferencias de financiación, porque eso fue aprobado por el Parlamento, sino en las decisiones adoptadas en la fase de ejecución del gasto, e independientes, por tanto, del instrumento presupuestario utilizado,

concretamente, en haber separado las competencias entre el gasto y el pago, habiendo asignado a la Dirección General de Trabajo el otorgamiento de las ayudas, de modo que el IFA, titular del crédito, se limitaba a efectuar al pago.

Se insiste en que el error en que incurre la Sala de instancia, y que le lleva a efectuar una calificación jurídica arbitraria, es confundir la fase de presupuestación con la de ejecución y se añade que, con independencia de que hubiera existido un criterio erróneo de presupuestación, era perfectamente posible someter las ayudas sociolaborales concedidas a fiscalización previa.

Si no se hizo fue por una descoordinación interna entre la Dirección General de Trabajo y la Intervención General de la Junta de Andalucía, descoordinación ajena a las competencias y actuación de la recurrente.

El argumento según el cual una vez realizada la transferencia de financiación no cabe la fiscalización presenta una dosis de formalismo y artificiosidad que no resiste un mínimo contraste con la legislación vigente y con lo asumido por otras instancias institucionales.

Este motivo ha sido contestado y desestimado en los fundamentos jurídicos décimo cuarto a décimo sexto que reiteramos.

El motivo se desestima.

53. Motivo por infracción de ley en el que se cuestiona la vinculación causal entre el criterio de presupuestación utilizado y la falta de control previo en la concesión de las ayudas sociolaborales.

En el quinto motivo del recurso se dice que las resoluciones aprobatorias de las modificaciones presupuestarias no son ilegales y, por tanto, no pueden ser subsumidas en el delito de prevaricación administrativa porque en su tramitación y aprobación se cumplieron todos los requisitos legales, siendo informadas favorablemente por el Interventor General y aprobadas por el Parlamento en la Cuenta General, tras ser propuesta por la cámara de Cuentas, que nunca puso reparos a las modificaciones presupuestarias del programa 22E o 31L. A todo lo anterior, añade el recurso como factores adicionales que impiden calificar como ilegales las modificaciones presupuestarias, el que el Parlamento las avalara año a año no sólo aprobando desde 2002 la misma partida en los presupuestos anuales, sino -previamente en el 2000 y 2001- a través del conocimiento que tuvo de las modificaciones con la recepción trimestral -mensual en el periodo de mi mandante- de las modificaciones presupuestarias aprobadas por el Ejecutivo.

Este argumento impugnativo ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico vigésimo cuarto, que reiteramos.

El motivo se desestima.

54. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal por la no concurrencia del elemento típico de "resolución en asunto administrativo", en relación con los proyectos de ley, por aplicación retroactiva de un novedoso criterio jurisprudencia y por inaplicación del instituto de la prescripción.

En el sexto motivo del recurso se aduce que la aprobación de un anteproyecto o proyecto de ley se enmarca en un proceso legislativo y se trata de un acto preparatorio que ni presupone la aprobación parlamentaria posterior ni tiene fuerza ejecutiva alguna. Se expone que estas resoluciones son actos que exteriorizan una facultad netamente política como lo es la iniciativa legislativa y son inmunes a control jurisdiccional conforme a reiterada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Se añade que similares consideraciones cabe hacer de la aprobación de las modificaciones presupuestarias que son actos con fuerza de ley.

Todos estos argumentos ya han sido desestimados en el fundamento jurídico vigésimo, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Sin embargo, el motivo introduce dos nuevos argumentos a los que se debe dar respuesta.

54.1 De un lado, de forma alternativa y para el caso de que se entendiera que la STS 163/2019 modifica el tradicional entendimiento de lo que deba entenderse por "resolución" a efectos del delito de prevaricación, de aplicarse dicha doctrina se produciría una aplicación retroactiva, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto Del Río Prada c. España). Se reconoce que esta Sala ha rechazado semejante planteamiento en diversas resoluciones (SSTS 611/2011, de 9 de junio y 438/2018, de 3 de octubre) pero se insiste en que dicha doctrina debe aplicarse ex artículo 10.2 de la Constitución.

El propio recurrente, consciente de la debilidad de su argumento, cita la doctrina constante de este Tribunal que excluye la posibilidad de entender la jurisprudencia como norma, a los efectos de lo previsto en el artículo 2.2 del Código Penal.

Lo que garantiza el principio de legalidad, a partir de los artículos 25.1 CE y 2 CP, es la irretroactividad de la norma penal no de la jurisprudencia, por lo que los cambios jurisprudenciales pueden afectar a hechos cometidos con anterioridad al pronunciamiento del tribunal sin que por ello se lesione el principio de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal desfavorable, la prohibición de irretroactividad de la ley penal o el derecho a la tutela judicial efectiva, éste último si el cambio jurisprudencial está debidamente motivado (SSTS 1179/2001, de 20 de julio, 611/2011, de 9 de junio y 438/2018, de 23 de octubre).

En la propia sentencia del TEDH que se cita (asunto del Río Prada) se proclama en su párrafo 92 lo siguiente:

"dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (Kokkinakis, antes citado, § 40, y Cantoni, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (Kafkaris, § 141, de 12 de febrero de 2008). Y continúa en el párrafo 93 diciendo que "la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas (ibid.). Es más, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, § 29, serie A nº 176A). El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (S.W. y C.R. c. Reino Unido, antes citados, respectivamente § 36 y § 34, Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, antes citado, § 50, K.H.W. c. Alemania (GC), nº 37201/97, § 85, TEDH 2008, y Kononov c. Letonia (GC), nº 36376/04, § 185, TEDH 2010). Como consecuencia de todo ello se reconoce que está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte del Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal (Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990, § 29, serie A nº 176A). "El artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible (S.W. y C.R.c. Reino Unido, antes citados, respectivamente § 36 y § 34, Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, antes citado, § 50, K.H.W. c. Alemania (GC), nº 37201/97, § 85, TEDH 2008, y Kononov c. Letonia (GC), nº 36376/04, § 185, TEDH 2010)".

En este caso, y según hemos expuesto en el fundamento jurídico vigésimo segundo, la doctrina de esta Sala ha ido evolucionando en su interpretación del concepto jurídico "resolución en asunto administrativo" y desde luego nuestra doctrina sobre esta concepto jurídico no permitía en modo alguno entender como previsible que no hubiera respuesta penal alguna en caso de adopción de resoluciones en el proceso prelegislativo abiertamente ilegales, dirigidas a la disposición de fondos públicos al margen de los presupuestos y de las exigencias de control establecidas en la ley.

El motivo es inviable.

54.2 La segunda novedosa cuestión que plantea este apartado del recurso, viene referida a la prescripción del delito de prevaricación.

Se afirma que los distintos acuerdos de aprobación de las modificaciones presupuestarias atribuidas a la Sra. Emilia (18 de abril de 2000, 28 de julio de 2000, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 13 de noviembre de 2001, 5 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002) habrían de considerarse prescritos.

Partiendo del citado dies a quo (15 de octubre de 2002), el primer auto de imputación de la recurrente está fechado el 28 de junio de 2013 (D.P. 174/2011, Tomo 133, folios 49.633 y ss.) -después anulado- y se dictó pasado el plazo de diez años de prescripción previsto para la prevaricación en el Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

La sentencia de instancia guarda silencio sobre este extremo porque ni en el juicio oral ni en los escritos de conclusiones, se invocó la excepción de prescripción del delito de prevaricación. Sin embargo, la falta de planteamiento previo no es óbice para que esta cuestión sea resuelta en casación.

En efecto. Tiene declarado esta Sala en numerosos precedentes (SSTS.760/2014 de 20 noviembre, 414/2015 de 6 julio y más recientemente, 105/2017, de 21 de febrero) que la prescripción tiene una naturaleza sustantiva, de legalidad ordinaria y próxima al instituto de la caducidad, y por responder a principios de orden público y de interés general, puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del proceso en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan y no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, siendo incluso factible en algunos supuestos, su aplicación después de celebrado el juicio oral y dictada sentencia, es decir, dentro del trámite del recurso casacional (SSTS.1505/99 de 1 de diciembre, 1173/2000 de 30 de junio, 1132/2000 de 30 de junio, 420/2004 de 30 de marzo y 1404/2004 de 30 de noviembre).

Para dar respuesta a la cuestión planteada resulta obligado recordar que, conforme al artículo 132.1 del Código Penal, la prescripción comienza cuando el delito termina, o sea cuando se produce el resultado típico. En caso de infracciones con habitualidad, dentro de las que cabe incluir los delitos permanentes y los delitos continuados, es criterio constante de esta Sala que el plazo de prescripción empieza a computarse desde el día en que se realizó la última infracción o desde el día en que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. (STS 1125/2009, de 12 de noviembre y 137/2016, de 24 de febrero).

En este caso la última infracción a que se refiere el relato fáctico no fue la que señala la recurrente, ya que intervino no sólo en la aprobación de las modificaciones presupuestarias de 2000 a 2002, sino en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos de 2002 a 2004, por lo que la última resolución englobada dentro del delito continuado de prevaricación fue la aprobación del proyecto de ley de presupuestos de 2004, que tuvo lugar en la sesión del Consejo de Gobierno de 18/10/2003. Por tanto, es esta fecha la que ha de computarse para el inicio del cómputo del plazo de prescripción.

En cuanto al plazo de prescripción aplicable debe tenerse en cuenta que en la presente causa se ha enjuiciado un complejo delictivo compuesto por dos delitos en situación de concurso medial, delitos que aisladamente tienen un plazo de prescripción diferente.

Esta Sala, en una ya lejano Acuerdo del Pleno de 26/10/2010, declaró que "en los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunalsentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivoenjuiciado".

Con posterioridad y como consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 131.4 CP dispuso que "en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave".

A pesar de la aparente claridad de la disposición normativa, su interpretación plantea algunos interrogantes.

El primero de ellos estriba en determinar qué ha de entenderse por infracciones conexas. En un primer momento se consideró suficiente la conexidad procesal, pero en la actualidad ese criterio se ha abandonado y se exige una conexidad material que se da cuando los delitos conexos forman parte de una realidad delictiva global proyectada por el autor y cuando la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 293/2019, de 3 de junio). En este caso los delitos están en relación de concurso medial y, por lo mismo, se relacionan mediante una conexidad no sólo formal sino material. Las infracciones se integran en una única proyección desde el plan de lo perseguido por los autores y el enjuiciamiento conjunto es imprescindible para una comprensión global y completa de la acción ilícita por ellos desplegada.

El segundo de los interrogantes es si el plazo prescriptivo debe ser único para todos los acusados o debe individualizarse en función del delito o delitos por los que cada uno de ellos sea condenado.

Sobre esta cuestión no hay una posición definitiva de esta Sala. En la STS 984/2013, de 17 de diciembre, dictada antes de la reforma introducida por la LO 1/2015, se consideró que el plazo de prescripción debía ser único para todos los acusados, aunque fueran condenados por delitos diferentes, siempre que los delitos objeto de enjuiciamiento guardaran entre sí una conexión natural. La sentencia lo expresaba así: "el procedimiento ha de considerarse a estos efectos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones, no siendo posible, por consiguiente, aplicar la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre los ilícitos, sino que mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir aquel con el que está conectado (STS de 22 de abril 2004 , etc.).

En la misma dirección se pronunció implícitamente la STS 749/2015, de 13 de noviembre que, sin embargo, fue revocada por el Tribunal Constitucional en la STC 25/2018, de 5 de marzo, en la que se atisba una dirección distinta. Sin cuestionar el Acuerdo de esta Sala de 26/10/2010, la sentencia del alto tribunal afirma que para apreciar conexidad entre los delitos y para apreciar el plazo de prescripción único no basta con que los delitos sean conexos o que estén en relación de concurso, sino que las acciones del acusado deben estar vinculadas con los dos delitos. Y, en esa misma dirección, aun con matices, se ha pronunciado esta Sala en la STS 463/2018, de 11 de octubre. Se recuerda que el criterio de cómputo de plazo único de prescripción se suele dar en supuestos de concursos mediales y cuando el concurso se aplica al mismo acusado pero en el caso allí resuelto no se daba ninguna de las dos circunstancias razón por la que se aplicó el plazo de prescripción correspondiente al delito por el que el recurrente fue condenado.

Pues bien, en este caso es incuestionable que no hay problema de conexidad entre los delitos porque, como ya hemos dicho, los dos delitos están en concurso medial por lo que, de acuerdo con los pronunciamientos anteriores de esta Sala, el plazo de prescripción debería ser el correspondiente al delito más grave, esto es, el de 15 años. Sin embargo, la Sra. Emilia ha sido condenada por uno solo de los delitos (prevaricación) y en los hechos probados no se hace mención alguna a que interviniera o tuviera relación alguna con los hechos constitutivos de malversación, por lo que surge la duda de si a ella ha de aplicársele el plazo correspondiente al delito cometido o el asignado al complejo delictivo enjuiciado.

No se nos oculta que la cuestión es problemática dado que una determinación individualizada del plazo de prescripción parece más conforme con las exigencias del principio de culpabilidad, que exige también en el ámbito de la prescripción un enfoque individualizado, es decir, un acto de imputación frente a cada persona concreta y por el delito por el que finalmente resulte condenada. Sólo ese acto singular sería apto para interrumpir el plazo prescriptivo. Los plazos habrían de concretarse individualmente desterrándose una suerte de solidaridad entre todos los investigados, ajena al principio de culpabilidad individual. Desde este enfoque se argumenta que de la misma manera que para computar el plazo no ha de tomarse como referencia el delito imputado inicialmente o el delito

objeto de acusación, sino el delito realmente cometido, en caso de conexidad y frente a personas que sólo son condenadas por uno solo de los delitos no tendría razón de ser aplicar el plazo correspondiente al complejo delictivo. En ambos casos se haría recaer sobre la persona sometida a proceso los plazos de prescripción correspondientes a una infracción que no había cometido y de la que tampoco habría de ser responsables.

Por el contrario, también hay razones que abogan por un criterio diferente, más de orden práctico, ya que un único plazo de prescripción en delitos en situación de concurso excluye la posibilidad de un tratamiento punitivo diferenciado por unos mismos hechos y en un mismo proceso, situación que puede resultar, en ocasiones, difícilmente justificable.

54.3 Sin embargo, para la resolución de esta queja no es necesario que nos pronunciemos sobre si debe aplicarse o no el plazo correspondiente al concurso de delitos (15 años) o el plazo correspondiente al único delito por el que la Sra. Emilia ha sido condenada (10 años). Aun aplicando este último plazo no habría prescripción porque, según hemos señalado antes, la última infracción se cometió el 28/10/2003 y el proceso se dirigió contra la recurrente mediante auto de 28/06/2013, sin que hubiera transcurrido, por tanto, el plazo prescriptivo de 10 años.

Cierto es que el auto citado fue anulado y se produjo un nuevo auto de imputación el 31/10/2013, que se dictó transcurrido el plazo antes aludido, pero, conforme a la doctrina reiterada de este tribunal, la nulidad del auto por el que inicialmente se dirigió el proceso contra la recurrente no afecta a los efectos interruptivos que cabe atribuir a esa resolución.

En efecto, en Acuerdo Pleno de esta Sala de 27/04/2011 se declaró que "las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento" y ello es lógico, por cuanto el fundamento de la prescripción tiene mucho que ver con la inactividad de los poderes públicos que, por una u otra razón, ralentizan de forma injustificada la investigación y persecución de los hechos constitutivos de delito. En aquellas ocasiones, sin embargo, en que la voluntad estatal de persecución del hecho resulta incuestionable, las razones para el efecto extintivo se difuminan. De ahí que cuando la sucesión de actos procesales encaminados al ejercicio del ius puniendi resulte afectada por alguna causa de nulidad, su misma preexistencia, en cuanto expresión del propósito del Estado de no abdicar de su deber, es más que suficiente para provocar el efecto interruptivo (STS 413/2013, de 10 de mayo).

En esa misma dirección en la STS 1169/2011, de 3 de junio, precisábamos que " no se corresponde con el sentido de las palabras equiparar actuación nula del procedimiento con paralización del procedimiento. (...) Anular una resolución puede implicar el decaimiento de los efectos establecidos por lo decidido, pero no implica privarle de todos los efectos derivados de su existencia. La nulidad, valga como ejemplo, de una resolución de prisión provisional no hace desaparecer las consecuencias de la privación de libertad que se haya sufrido por consecuencia de ella. Ni tal nulidad impide el devengo de derecho al pago de las costas ocasionadas por actos afectados por dicha nulidad. La consecuencia interruptora de la prescripción, inherente a la existencia de un acto del procedimiento, es ajena a su validez y, por ello, aquella consecuencia subsiste si se declara su nulidad". En esta misma dirección se han pronunciado, entre otras, las SSTS 954/2021, de 2 de diciembre, 27 de abril de 2011 y 3 de junio de 2011.

Por las razones que anteceden el motivo se desestima.

55. Motivo por infracción de ley en el que se cuestiona las competencias de la Consejería de Hacienda en las resoluciones en materia presupuestaria

Después de insistir en planteamientos formulados en los motivos anteriores, en el séptimo motivo casacional el núcleo de la discrepancia se centra en las facultades de la Consejera de Hacienda. Entiende la defensa que la resolución combatida, a partir de una interpretación formalista y sesgada de la legislación, asume que es a la Consejería de Hacienda a la que corresponde la completa elaboración del Anteproyecto de Ley, y que por ello tiene la competencia para decidir también sobre el estado de gastos de las restantes Consejerías. Con ello, se atribuye a la Consejera de Hacienda y al resto de los miembros de su consejería la responsabilidad por la decisión de incluir la partida presupuestaria controvertida en el estado de gastos de la Consejería de Empleo.

Se afirma, por un lado, que la Consejería de Hacienda no tiene competencia alguna en la fase de ejecución del gasto que, es cuando se produjeron las irregularidades, ajenas por completo a la actuación de la recurrente. A la Consejería de Hacienda le corresponde un fundamental papel de coordinación, compilación y tramitación de las propuestas de las restantes Consejerías, pero ni decide sobre los presupuestos de las diferentes Consejerías, ni puede sustituir o enmendar decisiones adoptadas por esas otras Consejerías sobre los estados de gastos, tal como se refleja en los artículos 33 y siguientes de la Ley 5/1983.

La labor de coordinación se plasma en la elaboración de una Orden anual en la que se establece la estructura presupuestaria a utilizar en la elaboración de los presupuestos (artículo 33 Ley 5/1983). Concretamente, en ella se definen los criterios a seguir, la estructura presupuestaria a utilizar (orgánica, económica y funcional por programas), el calendario de actuaciones y el procedimiento de la elaboración del Anteproyecto y del proyecto de presupuesto, tanto de las Consejerías como de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía.

A la Consejería de Hacienda le corresponde la elaboración del texto articulado del proyecto de ley de presupuestos y eso es a lo que se refiere el artículo 33 de la Ley 5/1983, previa consulta con las distintas Consejerías

con la Intervención General y previa revisión del Consejo Consultivo, pero las órdenes de elaboración de ese presupuesto no recogen ni imponen un determinado contenido de la presupuestación.

Debe distinguirse entre el texto articulado y el estado de gastos. En el texto articulado la inclusión de las transferencias de financiación se hace en abstracto y es con el estado de gastos que elabora la consejería correspondiente cuando las transferencias adquieren una dimensión aplicativa.

La Consejería de Hacienda, en función de las previsiones de ingresos, determina el límite de gasto de cada consejería, pero son las consejerías las que precisan su estado de gastos y las que elaboran sus propios presupuestos y, en cuanto a las empresas públicas, les corresponde la elaboración de su presupuesto de explotación y del Programa anual de actuaciones, inversiones y financiación (PAIF), todo ello conforme al artículo 39.5 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza y al artículo 11 del Decreto 122/1987, de 6 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento del IFA. Como apoyo de este planteamiento se cita el Informe de la Secretaría General Técnica (Tomo I, folios 1 y siguientes), el Informe emitido por la Consejería de Hacienda (tomo II, folio 697, pdf. 102) y las declaraciones de múltiples testigos.

Se concluye afirmando que ni es cierto que la Consejería de Hacienda tomara la iniciativa para la inclusión de las transferencias de financiación, como se sugiere en algunos pasajes de la sentencia, ni tampoco que tuviera facultades de control y supervisión, porque ninguna norma establece semejante obligación, lo que resulta coherente con la ingente documentación y el escaso tiempo del que se dispone para la elaboración de los presupuestos.

Iguals consideraciones se realizan respecto de las modificaciones presupuestarias. En esa dirección se argumenta que la iniciativa de la modificación presupuestaria corresponde a la Consejería sectorial titular del crédito, que es la que establece todas las decisiones relacionadas con la presupuestación: el titular del crédito, los instrumentos presupuestarios, las partidas presupuestarias de alta y baja, y es la que acompaña la propuesta de una memoria explicativa. Ello es perfectamente coherente con el procedimiento de elaboración de los presupuestos: si es cada Consejería sectorial la que elabora y propone su estado de gastos, decidiendo cómo distribuir sus propios recursos, habrá de ser esa Consejería la que después tenga capacidad para modificar la distribución inicialmente planteada.

Todos estos argumentos ya han sido desestimados en los fundamentos jurídicos vigésimo tercero a quinto y vigésimo séptimo, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias

56. Motivo por infracción de ley por el que se censura la sentencia en el juicio de autoría por inaplicación indebida de las reglas de imputación objetiva

En el octavo motivo del recurso se censura el juicio de autoría desde la perspectiva de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de una organización compleja sujeta a criterios de división de funciones y desconcentración.

Se alega que la función esencial en materia presupuestaria corresponde a la Dirección General de Presupuestos, que depende directamente del Secretario General de la Hacienda de Andalucía. Se aduce que "resulta arbitrario y manifiestamente irrazonable asignar al titular de la Consejería de Hacienda funciones concretas de análisis sobre las cuestiones técnico-jurídicas relacionadas con las competencias propias de su Consejería; por el contrario, la estructura coherente de tales competencias de carácter técnico se ordena desde los funcionarios jerárquicamente inferiores, actuando como progresivo filtro cada uno de los escalones por los que asciende la cuestión a decidir, y situándose en el ámbito de funciones del Consejero aquellos aspectos de cariz político antes que técnico".

Con cita de la doctrina de esta Sala se señala que en supuestos de desconcentración rige el principio de confianza como límite a un entendimiento puramente causal de atribución de la autoría o de una extensión indebida de la responsabilidad penal de la mano del criterio de la accesoriedad. El principio de confianza debe conducir a atribuir la responsabilidad a quien ejerce materialmente la competencia con plena capacidad para ello, sin que exista un deber adicional de vigilancia sobre la persona en quien se delega la competencia, deber que sólo existe respecto de actividades peligrosas o cuando existieren sospechas razonables de una actuación negligente o ilícita.

El motivo es improsperable.

En el ámbito administrativo la idea de capacidad es sustituida por la de competencia. La competencia de un órgano administrativo es el conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye por el ordenamiento jurídico a un ente o a un órgano administrativo. Dentro de un mismo ente administrativo la ley atribuye a los distintos órganos que se integran en él las competencias correspondientes, que obedecen a criterios de división del trabajo y eficacia. Los posibles criterios de distribución de competencias son múltiples y en lo que ahora interesa pueden distinguirse entre competencias exclusivas y compartidas. En las exclusivas el órgano ejerce la competencia con exclusión de los demás, a salvo de los supuestos de delegación o avocación. En las compartidas, la competencia se distribuye entre distintos órganos y esa concurrencia puede ser horizontal o vertical. Esta última se da cuando la competencia se atribuye a distintos órganos que tienen relación jerárquica y se produce en las distintas fases de una concreta actuación administrativa, ordenación, ejecución y control.

La aprobación de las distintas normas presupuestarias (proyectos de ley de presupuestos y modificaciones presupuestarias) se producía mediante una compleja tramitación con intervención escalonada de distintas autoridades administrativas y a ello nos hemos referido en el fundamento jurídico vigésimo tercero.

Es cierto que en esa compleja tramitación la Dirección General de Presupuestos tenía un papel especialmente destacado ya que le correspondían las competencias que, a continuación se resumen:

(i) El estudio y elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos de ingresos y gastos, y coordinación de los distintos Centros Directivos que intervienen en su elaboración;

(ii) La obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes para la elaboración y seguimiento de los estados de gastos e ingresos y

(iii) La tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria y las incidencias que surjan en la ejecución del Presupuesto, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda, modificado por el Decreto 239/2004, de 18 de mayo.

Pero el trabajo desarrollado por la Dirección General de Presupuestos estaba sometido a la posterior fiscalización y aprobación de la Consejera de Hacienda, que tenía la competencia de elevarlo al Consejo de Gobierno, rechazarlo o modificarlo.

Así lo disponía el artículo 34.4ª de la Ley 5/1983, de 19 de julio, cuyo tenor literal es el siguiente: "Con base en los referidos anteproyectos de gastos, a las estimaciones de ingresos y a la previsible economía durante el ejercicio presupuestario siguiente, la Consejería de Hacienda, previo estudio y deliberación en la Comisión Delegada de Planificación y Asuntos Económicos del Anteproyecto de Ley del Presupuesto, someterá el mismo al Acuerdo del Consejo de Gobierno". En esa misma dirección el artículo 9 b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, disponía que corresponde al Consejero de Hacienda la competencia para "elaborar y someter el acuerdo del Consejo de Gobierno el Anteproyecto de Ley del Presupuesto".

De lo expuesto se infiere que la Consejera de Hacienda tenía competencia propia para analizar, revisar y modificar el proyecto de presupuestos o los proyectos de modificaciones presupuestarias elaborados por la Dirección General de Presupuestos. Es cierto que la Dirección General de Presupuestos es el órgano especializado en materia presupuestaria y también que sus trabajos, que deben seguir las directrices técnicas y políticas emanadas de la Consejería, suelen ser aprobados, lo que no excluye que sean corregidos. No estamos en disposición de afirmar en qué medida estos trabajos suelen ser rectificadas, porque ni en la sentencia ni en los recursos se aportan datos sobre este extremo. En todo caso resulta relevante afirmar que el principio de confianza hacia los inferiores jerárquicos tiene su límite en el ejercicio de competencias propias de aprobación, fiscalización, revisión o control.

Aun así, en el derecho penal rige el principio de culpabilidad y por esa razón en la STS 82/2017, de 13 de febrero hemos reiterado que, si bien las autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no tienen que conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, es posible que cometan prevaricación. En tal caso hemos afirmado que es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el principio de confianza puede ser tomado en consideración, no tanto para aplicar criterios de imputación objetiva del resultado, como para excluir el elemento subjetivo exigible en el delito de prevaricación. A ello nos hemos referido en el fundamento jurídico trigésimo primero, que reiteramos.

El delito de prevaricación administrativa no sólo exige el dictado de una resolución injusta, sino que se haga a sabiendas, y ese presupuesto típico quedaría excluido si la autoridad administrativa, al aprobar un proyecto elaborado por órganos jerárquicamente subordinados, actúa en la confianza de que el proyecto no es contrario a la legalidad siempre que esa falta de control, atendidas las circunstancias, resulte razonable en función del tipo de decisión que se deba adoptar y de los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico.

Pero en este caso no puede afirmarse tal cosa.

De un lado, los hechos probados de la sentencia declaran que la Sra. Emilia dictó las resoluciones conociendo su ilegalidad, lo que bastaría para desestimar el motivo porque, según ya hemos dicho de forma reiterada, este cauce casacional debe respetar el juicio histórico. De otro, la sentencia justifica la existencia de ese conocimiento y la actuación deliberadamente ilegal en un conjunto de datos e inferencias fácticas a los que nos referiremos extensamente en el siguiente motivo.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

57. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

57.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

En el motivo noveno de este recurso se censura la sentencia, por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Para dar debida contestación a este reproche haremos una referencia a las pruebas valoradas por el tribunal de instancia, que han sido las siguientes:

(i) El cargo desempeñado y las funciones inherentes al mismo, toda vez que las ilegalidades analizadas en la sentencia se sitúan en el núcleo de las competencias propias de dicho cargo (Prueba de cargo 1). La prueba documental acredita que fue Consejera de Economía y Hacienda desde el 02/08/1994 al 07/02/2004.

No vamos a reiterar las competencias propias del cargo, cuestión a la que nos hemos referido ampliamente en los fundamentos jurídicos 23º, 24º, 25º y 27º de esta sentencia. Únicamente mencionaremos en este particular que, conforme al artículo 9 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tenía asignada la competencia de "elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley de presupuesto", así como "velar por la ejecución del presupuesto".

La Sra. Emilia era la primera autoridad de la Consejería de Hacienda y entre sus funciones estaba la de intervenir en la elaboración de los presupuestos y aprobar los distintos proyectos normativos para que continuaran su tramitación en instancias superiores. Era el superior jerárquico tanto de la Intervención General como de la Dirección de Presupuestos que, en lo que concierne a este caso, han tenido un papel destacado en el control y en la elaboración de las normas presupuestarias, respectivamente.

La elaboración de las normas presupuestarias venía atribuida a la Dirección General de Presupuestos, que actuaba bajo la superior dirección de la Consejera, y hemos dicho en anteriores fundamentos que la elaboración del presupuesto no era ni es una mera agregación u ordenación de los datos que remitan las consejerías y demás centros directivos. Esa función consistía en examinar las propuestas de todos los centros directivos de la Junta de Andalucía, ordenarlas, comprobar su legalidad y comprobar que se ajustaban a las normas reglamentarias aprobadas por propia Consejería y a las directrices políticas del Consejo.

Conviene recordar que la función presupuestaria es reglada y que su contenido material, salvo derogación expresa, está predeterminado en las leyes y demás normas de aplicación. Y conviene recordar también que el principio de legalidad presupuestaria está en la base del cumplimiento de la gestión económica de la Junta de Andalucía, incluida la presupuestaria, y así lo proclamaba el artículo 3.1 de la citada Ley 5/1983, de 19 de julio, en el que se dispone:

"La administración de la Hacienda de la Comunidad Autónoma cumplirá sus obligaciones económicas y las de sus organismos e institucionales mediante la gestión y aplicación de su haber, con respeto absoluto a los principios de legalidad y eficacia, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico y a la ordenación de lo que en materia de política económica y financiera sea de la competencia de la comunidad".

A partir de esa función central en la elaboración presupuestaria, que se residencia competencialmente en la Consejería de Hacienda, y contando también con la formación especializada que tenía la Sr. Emilia, es razonable suponer que conocía el contenido y las implicaciones de los proyectos presupuestarios, singularmente aquellos que podrían plantear problemas de legalidad o de otro orden, como sucedía con los ayudas sociolaborales sobre las que versa este proceso.

Se trata de un punto de partida crucial al que se ha referido el Ministerio Público en su informe. No es razonable asumir y aceptar un desconocimiento de lo que estaba sucediendo y a la vez argumentar que la recurrente propició la aprobación de numerosas normas para mejorar la estructura y el contenido de los presupuestos y los mecanismos de control en su ejecución. No es razonable afirmar una intervención pasiva, de mera ordenación material, en base a una falsa autonomía presupuestaria de las Consejerías, cuando a la Consejería de Hacienda le correspondía el control de la legalidad presupuestaria. Tampoco es razonable negar todo conocimiento cuando se constituían grupos de trabajo de alto nivel para evaluar la ejecución de los programas del ejercicio anterior y la previsión del vigente, analizar el grado de cumplimiento de los objetivos y sus desviaciones y revisar el programa de gastos, y no es asumible sostener el desconocimiento cuando las memorias de las modificaciones presupuestarias y de los anteproyectos de ley de presupuestos contenían información sobre la finalidad a la que iban a destinarse las partidas aprobadas, que no se correspondía con la funcionalidad de las partidas presupuestarias que se pretendían aprobar. La información con que contaba la consejería, además, era muy superior a la que se incorporaba al anteproyecto de presupuestos.

(ii) La Sra. Emilia tiene formación especializada: Es doctora en ciencias económicas e inspectora de finanzas del Estado (Prueba de cargo 10), dato de relevancia para suponer que tenía conocimientos suficientes para discriminar los distintos instrumentos presupuestarios y su finalidad.

(iii) Formó parte del gobierno andaluz cuando se empezaron a articular las primeras ayudas en los procesos de reestructuración empresarial, en concreto, las correspondientes a las empresas HANSA y IAMASA, que dieron lugar a reparos por parte de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 2).

En el caso de esta última empresa el reparo de la Intervención se produjo el 15/12/2000 y así consta documentado en autos. Pero no fue el único caso. El testigo don Obdulio en su declaración policial refirió que se habían formulado reparos por importe de 63 millones de pesetas y rechazos de expedientes por importe de más de 80 millones.

La relevancia y reiteración del problema permite inferir razonablemente que la Consejera de Hacienda debía estar al tanto del mismo.

Conviene recordar que tanto la Intervención General como la Intervención Delegada están bajo la dependencia de la Consejera de Hacienda (Artículos 68 y 73 del Decreto 148/1988, de 5 de abril, que aprobó el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía y artículos 2.1 y 17 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regulaba la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda), por lo que es razonable suponer que fuera informada del problema.

(iv) Poco antes se produjo el cambio del criterio de presupuestación para el pago de las ayudas, con la aprobación de la modificación presupuestaria de 18/04/2000 que, recordemos, introdujo un cambio en la clasificación económica del gasto, pasando los fondos de una partida correcta a una incorrecta. Se aumentó la partida 440, destinada a "transferencias de empresas y otros entes públicos" con fondos procedentes de las partidas 472 y 481, destinadas al pago de ayudas a empresas o a familias y entidades sin ánimo de lucro (Prueba de cargo 3).

La sentencia de instancia destaca que no fue un cambio menor dado que con el nuevo sistema se incumplía la Orden de 22/05/1998, dictada precisamente por la Consejería de Economía y Hacienda (Prueba de cargo 4). Añadiremos, además, que ese nuevo criterio era contrario a la Ley General de la Hacienda Pública y a un gran número de disposiciones que, desde muchos años antes, determinaban con absoluta claridad cuál debía ser la finalidad de los fondos públicos financiados a través de las transferencias de financiación.

En la sentencia se afirma que "resulta impensable que el Consejero de Empleo tomara esta decisión por sí solo, pues, tenía que contar con el beneplácito de la Consejera de Economía y Hacienda, para poder utilizar la aplicación presupuestaria de transferencias de financiación, a sabiendas de que se iban a seguir dando subvenciones excepcionales, cuyo cauce presupuestariamente adecuado, seguía siendo las partidas 472 y 481".

Compartimos esa inferencia que la Audiencia Provincial deduce de dos hechos acreditados.

El primero, que la modificación presupuestaria contó con el beneplácito de la Consejería de Economía y Hacienda, ya que, como se ha dicho en la normativa antecedente, a la Consejería de Economía y Hacienda le compete la elaboración, seguimiento y control del Presupuesto, lo que se lleva a cabo a través de sus propios Órganos Directivos (entre los que se encuentra la Dirección General de Presupuestos y la Vice consejería), sometidas a la superior dirección de su titular (arts. 1.4 y 2.1 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo).

El segundo, que las partidas correctas para la concesión de las subvenciones excepcionales y que se venían utilizando hasta ese momento eran las partidas 472 y 481.

La recurrente insiste en negar tal afirmación, al sostener que también podía concederse a través de la partida 440 (transferencias al IFA), lo que, sin embargo, hemos descartado, porque las transferencias de financiación tenían por único objeto la cobertura de capital o la cobertura de pérdidas y ganancias de las empresas públicas.

(v) También en aquellas mismas fechas se produjo un intento de regulación de las ayudas sociolaborales en el año 2000, mediante un proyecto de Decreto, impulsado por la Consejería de Empleo e informado por la Intervención General y del que tuvo conocimiento, al menos, el Viceconsejero de Hacienda.

En ese informe, entre otras recomendaciones, se señalaba que para que el IFA pudiera actuar como entidad colaboradora debería establecerse expresamente y que debería acompañarse una memoria económica y funcional para determinar la aplicación presupuestaria procedente.

El citado proyecto estuvo tres veces en la mesa de la Comisión General de Viceconsejeros pero finalmente no fue elevado al Consejo de Gobierno para su aprobación. El hecho de que fuera un proyecto normativo que habría de aprobar el Consejo de Gobierno, en el que había informado la Intervención General y que había sido examinado por el Viceconsejero de Hacienda, es suficiente para suponer también que la Consejera fue informada de su contenido y de las razones de su génesis.

(vi) La resolución de la Audiencia Provincial considera como pruebas de cargo las distintas modificaciones presupuestarias aprobadas durante su mandato con la nueva clasificación del gasto. La sentencia hace referencia específica a tres modificaciones presupuestarias:

- La modificación de 28/07/2000 (Prueba de cargo 5), en cuyo extracto, que se confeccionaba para la remisión del proyecto al Consejo de Gobierno, se puede leer:

«La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 298 de 11 de julio, transferencia de créditos entre capítulos II y IV por importe de 965.000.000 ptas.

La modificación propuesta tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01, con el crédito suficiente para desarrollar el Convenio Marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas».

Esta exposición permite situar con toda precisión el objetivo de la modificación: Utilizar la partida 440 para habilitar transferencias de créditos al IFA y dotarle de los fondos para desarrollar el Convenio Marco de 2001.

- Las modificaciones de 05/12/2001 y 27/11/2001 (Prueba de cargo 6), en las que para financiar las ayudas se generaron nuevos créditos, por importe de 38 millones de euros y 6 millones trescientos mil euros, respectivamente, siendo obligada la aprobación del Consejo de Gobierno. Por tanto, hubo una decisión política de que esos nuevos recursos se dedicaran a la partida 31L y no a otras.

Resulta razonable afirmar, tal y como hizo el Tribunal a quo, que las señaladas modificaciones, en particular, las que conllevaban generación de crédito, al ser necesario que fuesen aprobadas por el Consejo de Gobierno, fuesen conocidas previamente por la Consejera de Hacienda, tanto porque las mismas fueron elaboradas en la Consejería de Economía y Hacienda que dirigía y supusieron un trascendente cambio en materia subvencional, como por sus conocimientos específicos en la materia, dada su cualificación profesional.

(vii) Intervino en la elaboración y aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos de los ejercicios 2002, 2003 y 2004, que incluían la indebida presupuestación de las ayudas a través de las transferencias de financiación, de conformidad con la normativa aplicable, a la que tantas veces hemos hecho alusión en distintos pasajes de esta sentencia (Prueba de cargo 7).

En la documentación, tanto de los anteproyectos de ley de presupuestos, como en los proyectos de modificaciones presupuestarias, se precisaba la finalidad de las partidas presupuestadas mediante transferencias de financiación. A partir de las fichas, y extractos la recurrente conoció que se iban a pagar ayudas sociolaborales, lo que no se correspondía con el uso de las transferencias de financiación.

(viii) Se adoptaron las resoluciones conociendo que la finalidad a la que estaban destinadas las transferencias de financiación era el pago de las subvenciones aprobadas por la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 8).

Como elemento de convicción acreditativo de esa inferencia se señala que en las Memorias de los citados Anteproyectos se expresaba que las transferencias de financiación se iban a utilizar para pagar subvenciones.

En concreto, en la Memoria del anteproyecto de año 2003 se indica que la partida en cuestión tiene por finalidad "atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis" (-PESP, Tomo 4, folios 1270 y ss, páginas del pdf 174 y ss-). Y lo mismo se hizo en la Memoria del presupuesto de 2004 (folio 230 del PDF antes indicado).

Por otra parte, para compensar contablemente los ingresos que para el IFA suponían las transferencias de financiación, se contabilizaron indebidamente los pagos realizados con cargo a las mismas como "gastos de explotación", hecho acreditado por la declaración plenaria de don Constantino (Director de Administración y Finanzas de IFA/IDEA), así como por el informe pericial del IGAE. La información era conocida, además, por la Consejería de Hacienda, porque esa contabilización figuraba en los PAIF del IFA/IDEA que se remitían a la Dirección General de Presupuestos.

Se alega que las pruebas de cargo 7 y 8 no son bastantes para justificar que tuviese conocimiento de todos los extremos que deben contenerse el anteproyecto de presupuestos, como tampoco y en particular, del presupuesto del IFA, dado que correspondía al Consejo Rector del IFA "elaborarlo definitivamente". Por lo tanto, no pudo conocer que los gastos contenidos en el mismo fuesen ficticios.

No compartimos esa conclusión. Como diremos a lo largo de esta sentencia en más de una ocasión, los indicios no pueden aislarse y la prueba no puede ser objeto de un análisis fragmentado, de ahí que la afirmación de que la Sra. Emilia tuvo conocimiento, no sólo de la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación, sino también de que ese uso tenía como finalidad eludir los controles y exigencias de la normativa de subvenciones, haya sido establecida mediante la valoración conjunta de la prueba.

(ix) El uso de las transferencias de financiación siguió dando problemas y buena prueba de que debía conocerlos la encontramos en la Instrucción 1/2003, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, dependiente de ella, en la que se establecen criterios para la fiscalización de las transferencias de financiación. En su Exposición de Motivos advertimos un párrafo muy significativo que pone en evidencia que a través de los informes de control financiero de las empresas públicas (PAIF) se conocían las deficiencias existentes. Dice la norma:

" En relación con las mencionadas fuentes financieras se han detectado, en los informes de control financiero efectuados a empresas públicas, deficiencias y contradicciones entre, por una parte, el expediente administrativo de gasto tramitado por el correspondiente gestor presupuestario y fiscalizado por la Intervención competente y, por otra, la realidad económica y contable de tal expediente en el seno de la empresa afectada. Ello ha provocado problemas, fundamentalmente, al enjuiciar los criterios de contabilidad privada seguidos por las empresas, así como al aplicar las correspondientes normas sobre reintegros vigentes en materia de transferencias de financiación".

(x) Hay una referencia indirecta de ese conocimiento en el acta del Consejo Rector del IFA de 27/05/2003, en la que se deja constancia de que el Viceconsejero de Empleo había comunicado al Viceconsejero de Hacienda los problemas financieros del IFA (referidos a los déficits anuales que se producían por atender el pago de las subvenciones ordenadas por el Director General de Trabajo) y le propone varias soluciones, una de las cuales es que se generen documentos de transferencias aprobadas para que tales documentos (identificados como CE y DT) puedan ser objeto de descuento bancario, manifestando el Viceconsejero que la Consejera no daba su aquiescencia a esa solución, lo que permite suponer, y es lo racional, que la recurrente estaba al tanto de todo lo que sucedía tanto en la Consejería de Empleo como en el IFA (Prueba de cargo 12).

(xi) Durante su mandato se aprobó el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, relativo al Reglamento General de Subvenciones y se dictó la Orden de 25/02/2002, por la que se creó y reguló la base de datos de subvenciones y ayudas públicas, de especial relevancia para su control. El citado Decreto excluía del ámbito de las subvenciones el uso de las transferencias de financiación y la Orden establecía especiales exigencias de publicidad para las subvenciones (Prueba de cargo 13).

La defensa, sin discutir los datos señalados por la Sala de instancia, no atribuye ninguna consecuencia probatoria de cargo a la señalada prueba. Sin embargo, estos hechos son muy relevantes. Estas dos normas establecen prescripciones directas sobre la prohibición de uso de las transferencias de financiación en material subvencional y la necesaria publicidad de las subvenciones y ambas normas fueron incumplidas.

Añadimos nosotros, poniendo en relación la prueba de cargo relacionada con la mencionada para otros altos cargos de la Consejería de Hacienda, que durante su mandato se aprobaron otras normas vinculadas con la presupuestación y con el régimen de las subvenciones que también fueron incumplidas y que se generaron por órganos administrativos dependientes jerárquicamente de la Sra. Emilia, por lo que cabe inferir que tuvo conocimiento de esos instrumentos normativos. Nos referimos a los siguientes:

a) Las leyes de acompañamiento de los Presupuestos en las que se delimitaba la finalidad de las transferencias de financiación (Vid. Fundamento Jurídico 8º).

b) La Instrucción conjunta 2/2002, de 21 de marzo, de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General, desarrollando el artículo 18 de la Ley 15/2001, sobre la forma en que habían de producirse los reintegros de las transferencias de financiación. En dicha Instrucción se establece:

(...) "la Dirección General de Presupuestos, como centro directivo con competencias en la evaluación y seguimiento de los Programas de Actuación, Inversión y Financiación y los Presupuestos de Explotación y Capital, elementos éstos de planificación a través de los que se instrumentan las transferencias corrientes y de capital a las empresas de la Junta de Andalucía y la Intervención General, como centro directivo de la fiscalización de los distintos actos de ejecución del Presupuesto de Gastos de la Junta de Andalucía y de la contabilidad pública, dictan las siguientes Instrucciones: PRIMERA.- El reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía del importe de las transferencias corrientes no aplicadas para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, se efectuará en el ejercicio inmediato posterior, una vez aprobadas las cuentas del ejercicio a que se refieran".

c) La Instrucción 5/2002, de 10 de junio, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre procedimientos específicos de fiscalización, derivados de la implantación de la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la comunidad autónoma andaluza .

En dicha Instrucción se reguló el sistema de publicidad de las subvenciones otorgadas por la Junta de Andalucía. Se disponía que toda subvención obligaba a cumplimentar una "hoja de datos" para su posterior inserción en el "Sistema integrado Júpiter", disponiéndose que "el incumplimiento de la obligación de comunicación de datos establecidas en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 25 de febrero de 2002, constituye la omisión de un trámite esencial del correspondiente expediente administrativo".

La Instrucción estableció su ámbito de aplicación en su disposición segunda en los siguientes términos:

1. Para la consecución de los diferentes fines anteriormente establecidos, será objeto de la presente Instrucción todos los expedientes administrativos de subvenciones y ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que haya sido el régimen y procedimiento de concesión y con independencia de que en la distribución de fondos públicos intervengan entidades colaboradoras a las que se refiere el artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía

En su apartado segundo se excluye de su ámbito:

"Transferencias de financiación, corrientes o de capital, a favor de Organismos Autónomos, empresas de la Junta de Andalucía o Universidades"

La Intervención General estaba adscrita a la Consejería de Economía y Hacienda por lo que sus Instrucciones debían ser conocidas necesariamente por el Consejero de Hacienda.

Así las cosas, esta Instrucción evidencia varios datos esenciales: Que las ayudas sociolaborales eran subvenciones a los efectos de esta Instrucción y debían ser objeto de inserción en la base de datos Júpiter y que las transferencias de financiación sólo podían ser "corrientes o de capital", es decir, destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias o a aportar capital para la empresa pública.

Pues bien, nada de esto se observó. Las ayudas no fueron publicadas y se utilizaron las transferencias de financiación para el pago de subvenciones ordenadas por la Dirección General de Empleo y no para financiar la actividad ordinaria del IFA /IDEA.

d) Y la Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, a la que ya nos hemos referido.

(xii) El Tribunal de instancia no atribuyó crédito alguno a las manifestaciones de la Sra. Emilia, en cuanto negó conocer el contenido y finalidad del programa 31L, la existencia del Convenio Marco e incluso que el dinero de las ayudas sociolaborales estuviera destinado al pago del importe de las primas de las pólizas de renta colectiva, en atención a las evidencias documentales a que se ha hecho referencia y al contenido de sus funciones públicas y a dos evidencias documentales:

En primer lugar, en la modificación presupuestaria del año 2000 se hizo referencia expresa al convenio marco de fecha 17 de julio de 2001. Modificación que, como se ha dicho, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, del que formaba parte la recurrente, quien la propuso al referido órgano como Consejera de Economía y Hacienda (PSEP, ANEXO 6, TOMO 1, 140 - 248, páginas 12-16 del PDF).

Y, en segundo lugar, en el Informe Financiero contenido en la memoria económica del presupuesto del año 2003, se hizo una referencia expresa a la existencia de un Convenio Marco, de julio de 2001, firmado entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, todo ello en relación al programa 31L (Documento Parlamento, presupuesto 2003, PDF nº 7-IEF_2003, folios 126 y 127).

En contraposición al criterio del tribunal de instancia se alega que los señalados documentos no pueden reputarse como pruebas de cargo determinantes de su conocimiento, en particular, del modo de ejecución de las subvenciones, dado que esos mismos documentos han sido valorados como insuficientes para concluir que el Parlamento tuviese conocimiento de esos hechos. Esa dualidad argumental es calificada de incongruente por la defensa.

Sin embargo, la alegación parte de un presupuesto erróneo. Los parlamentarios no formaban parte de la Consejería de Economía y Hacienda, ni habían participado en los trabajos preparatorios del Anteproyecto de ley de presupuestos ni de sus modificaciones, como tampoco habían convenido utilizar las transferencias de financiación para el pago de subvenciones. Todo ello fue ocultado o, si se prefiere, insuficientemente justificado en las memorias de los anteproyectos de ley de presupuestos.

Es decir, el hecho de que la información insuficiente y sesgada contenida en las memorias de presupuestos y los documentos antes señalados, fuese inidónea para que los parlamentarios pudiesen conocer que, a través de las transferencias de financiación se iba a realizar el pago de subvenciones por los motivos antes señalados, no quiere decir que tal circunstancia no fuese conocida por la recurrente, pues, siendo ella Consejera de Economía y Hacienda, fue precisamente cuando se introdujeron aquellas referencias en los documentos anexos a las memorias de presupuestos. Esa incorporación confusa e insuficiente en tales documentos es un dato más que avala la evidencia de que la recurrente era perfecta conocedora de que, a través de las transferencias de financiación, sería el IFA, como caja pagadora, la que pagaría las subvenciones previamente aprobadas por la Dirección General de Trabajo.

(xiii) La Sala de Instancia también tomó en consideración la declaración sumarial prestada por la Sra. Emilia en fecha 8 de octubre de 2013 ante el Juzgado de instrucción, donde reconoce el inadecuado uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones (Prueba de cargo 16).

La defensa sostiene que la afirmación era una mera declaración teórica, es decir, desvinculada de los hechos por los que ha sido condenada.

No obstante, esa justificación exculpatoria no se ajusta al contenido de la declaración transcrita, máxime cuando las preguntas estaban vinculadas directamente al IFA. La declaración evidencia, tal y como consideró la Audiencia Provincial, el conocimiento de la recurrente del uso de las transferencias de financiación para el pago de las subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, utilizando al IFA como mera caja pagadora.

(xiv) Es cierto que la sentencia alude a ciertos informes realizados por la Intervención General que daban cuenta de las irregularidades que se venían produciendo y que hubieran sido de singular relevancia para acreditar el conocimiento de aquéllas por parte de la Sra. Emilia (Prueba de cargo 9).

Se trata de informes que o no consta su notificación (Informe definitivo de cuentas anuales del IFA de 2001) o consta que sólo fueron notificados al Viceconsejero para su remisión a la Consejera (informe de cumplimiento de 2002 y primer semestre de 2001) o fueron notificados fechas antes de su cese o después de su cese (Informe de cumplimiento de 2001 y 2002 e Informe de cuentas de 2002). Sólo consta la notificación del informe de cumplimiento de ejercicio 2000 y primer semestre de 2001 pero en dicho informe no se hace referencia al uso inadecuado de las transferencias de financiación.

La inclusión de tal prueba revela el celo de la Sala de instancia en la racional valoración de la totalidad de la prueba afectante a la recurrente, tanto la de cargo como la de descargo, si bien es razonable presumir que los informes notificados al Viceconsejero, para su traslado a la Consejera, fueran recibidos por esta última o, en otro caso, se le diera cuenta de su contenido.

57.2 Argumentos impugnativos.

El juicio sobre la prueba de la sentencia de instancia ha sido objeto de censura, no sólo en atención a las alegaciones que se han ido contestando en el apartado anterior, sino en base a otros argumentos a los que ahora damos respuesta.

(i))La defensa argumenta , como cuestión preliminar, que el Parlamento Andaluz al aprobar los distintos créditos presupuestarios tuvo conocimiento del titular del crédito (IFA), del instrumento presupuestario (transferencias de financiación) y de la finalidad a que iban destinados los créditos aprobados (ayudas sociolaborales) y así lo reconoce la sentencia en alguno de los pasajes (pág. 479). También reconoce que el Parlamento lo que no sabía era la forma en que se iba a ejecutar el gasto (págs. 465-466) y es lógico, porque el modelo de gestión no viene predeterminado por la presupuestación y no se tenía noticia de él ni por las memorias presupuestarias ni a él se aludió en las enmiendas presentadas a los distintos proyectos de ley de presupuestos y así lo reconoce la sentencia (págs. 465-466, 574-575, 579-580).

De tales datos se deriva que las partidas presupuestarias aprobadas eran plenamente legales, conforme al artículo 18 de la Ley 15/2001, por lo que, para afirmar la existencia del delito de prevaricación y para probar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, el conocimiento que debe acreditarse no es de la legalidad del instrumento presupuestario utilizado, sino exclusivamente el conocimiento de lo que el Parlamento no pudo conocer, esto es, que se acordó que la Dirección General de Trabajo sería el órgano concedente de las ayudas y que el IFA limitaría sus funciones a la ejecución del pago.

Siguiendo este hilo discursivo, a juicio de la defensa, la ilegalidad no estaría en el modelo de presupuestación, sino en la forma de ejecución del gasto.

Con este argumento se pretende excluir del juicio probatorio todas las actuaciones realizadas en el proceso de presupuestación, afirmando su licitud derivada de la aprobación parlamentaria y se pretende constreñir la prueba del elemento subjetivo del tipo a las ilicitudes cometidas en la fase de ejecución del gasto, fase en la que la Consejera de Hacienda no participó.

No nos identificamos con ese enfoque de la cuestión.

En el fundamento jurídico décimo primero hemos abordado en profundidad el papel que jugó la aprobación parlamentaria en las ilicitudes cometidas en el proceso de presupuestación y hemos concluido que "la alegación de que la aprobación parlamentaria elimina toda ilicitud de los proyectos de ley no es admisible porque el Parlamento andaluz con su aprobación habilitó unos créditos presupuestarios pero ni modificó la naturaleza de las transferencias de financiación ni autorizó la forma en que se ejecutó el gasto. La prevaricación se produjo por la aprobación de las distintas resoluciones dictadas en el proceso prelegislativo que hicieron posible y dieron cobertura formal a que se concedieran las ayudas al margen de todo control. No cabe disociar los acontecimientos".

Por lo tanto, el elemento subjetivo del tipo de prevaricación exige acreditar, y así se ha hecho, el conocimiento no sólo la palmaria ilegalidad de las decisiones adoptadas, sino también la finalidad ilegal que se perseguía con ello, esto es, eludir los controles y presupuestos que las leyes establecen para las subvenciones.

(ii) El segundo argumento impugnativo que se formula en este motivo parte de la idea de que sólo mediante la prueba de una confabulación entre los distintos acusados puede afirmarse la existencia del delito de prevaricación, que se habría producido mediante el concierto de las distintas autoridades para engañar al Parlamento, aprobando unas partidas con incumplimiento de la normativa presupuestaria y generando unos créditos incompatibles con el modelo de gestión del gasto que ya se sabía que iba a adoptar la Consejería de Empleo. Se dice, sin embargo, que no hay prueba de tal confabulación.

La sentencia, se dice, construye una especie de autoría accesoria incorrecta, dado que la condena se ha producido respecto de varias resoluciones administrativas, independientes entre sí y pertenecientes a distintos ámbitos competenciales. La sentencia presume en algunos de sus párrafos la existencia de un concierto entre algunos de los acusados (págs. 1454, 1564), pero esas presunciones se producen mediante saltos argumentales contrarios a los estándares propios de la presunción de inocencia. De la afirmación de la existencia de una política de ayudas a empresas compartida por todas las autoridades no puede derivarse un concierto para instaurar un régimen de ayudas, sin el apoyo de una sólida prueba.

Frente a esos argumentos conviene recordar que esta Sala ha analizado la atribución de autoría en el fundamento jurídico cuadragésimo tercero y a él nos remitimos.

La objeción que ahora se formula no es estrictamente probatoria porque la necesidad de probanza de connivencia entre los distintos acusados depende del criterio de atribución de autoría, que es una cuestión estrictamente jurídica.

La atribución de autoría de los hechos enjuiciados podría haberse construido a partir de la modalidad de la coautoría, lo que exigiría acreditar que lo acontecido formaba parte de un plan conjunto en el que todos participaban como consecuencia de un acuerdo previo o sobrevenido y que todos contribuían parcialmente al resultado final, que sería, en definitiva, la suma de las aportaciones individuales. Pero la sentencia parece no haberse decantado por esa opción, aunque lo cierto es que sobre esa cuestión ha guardado un silencio que, en otros pasajes de esta resolución, hemos calificado de clamoroso. Por más que sea razonable suponer que entre autoridades, que tenían objetivos y orientación política común y formaban parte de una misma estructura administrativa, hubiera un acuerdo,

más o menos formal, para el desarrollo de una iniciativa política que se mantuvo durante años, la afirmación de ese acuerdo precisa no sólo que sea declarado en la sentencia, sino que sea probado.

No cabe duda que, más allá de presunciones genéricas, la prueba de un acuerdo de semejante naturaleza no era sencilla, máxime después de haberse descartado por razones procesales la acusación por delito de organización criminal que, de haber sido admitida, hubiera exigido indagar a fondo las conexiones entre los acusados para afirmar la existencia de un acuerdo. Pero no era necesario. Y decimos esto porque los delitos objeto de acusación pueden afirmarse en atención a la conducta individual de cada acusado, y así se ha hecho.

Aun sin una prueba de un acuerdo, no es irrazonable suponer que las distintas autoridades condenadas, por más que actuaran en distintos ámbitos competenciales, con distinto nivel jerárquico y en momentos diferentes, hubieran adoptado decisiones ilegales con una finalidad común. Y ello porque se trataba de autoridades que compartían unos mismos objetivos políticos y todas ellas actuaban en el ámbito de la política presupuestaria. No estaban tan alejadas entre sí como presupone el motivo. Todo lo contrario. Ejercían su actividad en el ámbito de competencias compartidas y en el marco de una misma acción política.

Por tanto, para afirmar la existencia del delito de prevaricación bastaba justificar la patente ilegalidad de las resoluciones adoptadas, su conocimiento y el conocimiento también de la finalidad ilegal perseguida.

(iii) iene razón la recurrente cuando alega que para afirmar que actuó persiguiendo una finalidad ilegal no basta con presunciones genéricas, ni puede establecerse con apoyo en el mero ejercicio de un cargo. Se precisan pruebas.

En este caso se censura la sentencia porque sostiene que el cambio de presupuestación fue eludir la fiscalización previa de la Intervención de Junta de Andalucía. A esa conclusión contraponen la defensa otra explicación distinta y razonable, que el tribunal de instancia ha descartado injustificadamente. Nos referimos a la necesidad de establecer un sistema más ágil y rápido en la entrega de fondos a las empresas y trabajadores.

Se pone como ejemplo lo sucedido con las orquestas de la Junta de Andalucía, vinculadas a la Consejería de Cultura, que eran financiadas con subvenciones y para evitar los retrasos en los pagos de salarios y otros gastos, se acudió a la utilización de transferencias de financiación. Años después se volvió al sistema subvencional y se recurrió esa decisión siendo estimado el recurso.

Desconocemos los pormenores de esta actuación pero parece que existe con nuestro caso una diferencia fundamental. El retraso en los pagos se producía respecto de gastos de explotación del órgano administrativo por lo que, sin entrar en profundidades y según lo que hemos argumentado en páginas anteriores, no habría inconveniente legal en financiar esta actividad administrativa a través de las transferencias de financiación. En nuestro caso, ya hemos dicho que el pago de las ayudas sociolaborales por IFA/IDEA no eran gastos de explotación sino subvenciones y no procedía su presupuestación a través de transferencias de financiación.

El tribunal de instancia rechazó fundadamente la tesis de que el cambio presupuestario tuviera como razón de ser la agilización en el pago de las ayudas, fundamentalmente porque el nuevo sistema también obligaba al cumplimiento de determinados trámites que dilataban la concesión y pago. Dice la sentencia:

" Dificilmente puede verse una justificación en razones de agilidad, cuando a partir de la firma de este convenio marco y para que la ayuda concedida por el Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo fuera pagada, ya no bastaba que se diera la orden a Tesorería para que se pagara una cantidad concreta, como así sucedía tras la fiscalización del expediente de gasto de una subvención excepcional, sino que con independencia de la tramitación de dicho expediente, el pago no se verificaba hasta que se firmara el Convenio Particular, ligado a una ayuda específica, y ese convenio pasara, en su caso, por el Consejo Rector del IFA/IDEA, y ya firmado por ambas partes, es cuando por el departamento de finanzas y contabilidad de la Agencia, realizaba la orden de pago desde la cuenta corriente de la Agencia a, bien la cuenta corriente de la empresa beneficiada, bien la cuenta corriente de la compañía de seguros con la que se había formalizado la póliza de renta colectiva. Aun cuando luego se obvió el paso por el Consejo Rector de IDEA, el convenio seguía siendo enviado al Director General de IDEA para su firma, sin la cual no había posibilidad de que se hiciera el pago por el departamento de finanzas de IFA/IDEA" (páginas 249 y 250).

Entendemos que el rechazo de la tesis de la defensa tiene un sólido fundamento porque, desde el mismo momento en que se utilizaron las transferencias de financiación, la gestión de las ayudas sociolaborales cambió, se dejaron de cumplir las exigencias de la normativa de subvenciones y se eliminó el control previo de la Intervención. La hipótesis que plantea el recurso no se corresponde con la realidad y la realidad confirma la tesis de la sentencia.

(iv))La defensa también censura el juicio probatorio por falta de valoración de las pruebas de descargo aportadas por la defensa.

En concreto, la censura se dirige a la ausencia de toma en consideración de 7 instrumentos de distinto rango normativo, cuya redacción o modificación se llevó a cabo bajo su mandato, y que evidencian la voluntad del Consejo de Gobierno y, en particular, de la Consejera de Hacienda de aumentar el control administrativo en materia presupuestaria, con el fin de reforzar la publicidad y el control de las subvenciones concedidas por la Junta de Andalucía.

Son los siguientes:

- Convenio de Colaboración entre el Parlamento y la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía, firmado el 23/04/1997, mediante el cual se creó la Oficina de Control Presupuestario y se acordó la remisión mensual al Parlamento de las modificaciones presupuestarias.

Se aduce que ambas medidas perseguían incrementar la información y asesoramiento técnico del Parlamento en materia presupuestaria.

- Decreto 9/1999 de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, mediante el que se reforzaron los instrumentos de control de auditoría de las empresas públicas.

Se argumenta que con ese Decreto el control posterior ordinario se reforzó, exigiendo un triple control: de cuentas, de cumplimiento de la legalidad y de auditoría.

- Orden de 4 de junio de 2003, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004, donde se introdujo una mayor concreción en la codificación económica de los créditos de las empresas públicas. Concretamente, se introdujo el subconcepto 51 para identificar los créditos del IFA.

Entiende la defensa que la nueva clasificación tenía como finalidad aportar más transparencia y claridad al Presupuesto, así como facilitar, entre otras cuestiones, el control sobre ese concepto presupuestario 440.51.

- Texto articulado de las sucesivas Leyes de Presupuestos (cuya elaboración era competencia de la Consejería de Hacienda, aunque no exclusiva -sic-) en el que se incluía la exigencia (recogida en el apartado 1 del artículo 18) de que siempre que se empleasen entidades colaboradoras para el abono de subvenciones, las normas reguladoras debían prever que las ayudas concedidas fuesen sometidas a fiscalización previa.

- Nueva redacción del Título VIII de la Ley 5/1983, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía que regula las subvenciones y ayudas y su procedimiento de concesión, y aprobación del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que regularon los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico.

- Orden de 25 de febrero de 2002, por la que se creó y reguló la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que fue aprobada por iniciativa de la Consejería de Hacienda.

- Ley 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprobaron medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas en la que se recogía el artículo 18 y que fue elaborada por iniciativa de la Consejería de Hacienda.

La Audiencia Provincial al dar respuesta a las mismas alegaciones exculpatorias formuladas en el acto del plenario, bajo el epígrafe "pruebas de descargo" (donde da respuesta a 24 alegaciones exculpatorias), examinó el corpus normativo referido, lo que de, por sí, contradice la denuncia de que no hubo valoración de esas pruebas.

Pese a que se denuncia esa omisión valorativa lo que, en realidad, se sostiene es que la valoración fue equivocada. A ello debe reducirse su denuncia.

En este punto, se anticipa que, aun cuando las señaladas normas fueran ponderadas en los términos expuestos por esta defensa, carecerían de un verdadero valor de descargo, pues su redacción o aprobación no es incompatible con que la Sra. Emilia hubiera llevado a cabo los hechos por los que fue condenada, con conocimiento de la ilegalidad de su proceder y precisamente por ser contrario a alguna de las normas cuya creación o impulso se atribuye, máxime cuando alguna de las referidas modificaciones legislativas han sido valoradas por la Sala de instancia como pruebas de cargo.

En concreto, el Tribunal a quo consideró como prueba de cargo la aprobación de la Orden de elaboración de presupuestos de 4 de junio de 2003. Esa norma dejó sin efecto lo establecido en la Orden de 22 de mayo de 1998, sobre elaboración de presupuestos y clasificación presupuestaria, manteniendo, sin embargo, la vigencia de las partidas 472 y 481, sin alterar el uso de las transferencias de financiación, como medio para que las empresas públicas pudiesen otorgar subvenciones. Por tanto, la referida Orden evidencia que la Sra. Emilia, que se atribuye su autoría, era conocedora de que las subvenciones solo podían ser concedidas a través de las partidas 472 y 481 del programa 22 L y nunca a través de la partida 440.

Por otro lado, y en relación con el apartado 1 del artículo 18 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, en el que se dispone que siempre que se empleasen entidades colaboradoras para el abono de subvenciones, las normas reguladoras debían prever que las subvenciones fuesen sometidas a fiscalización previa, el tribunal de instancia afirmó que esa inclusión carecía de valor exculpatorio precisamente porque el uso de las transferencias de financiación se utilizó en contra de lo dispuesto en el precepto, dando lugar a que las subvenciones dejaran de ser sometidas a la fiscalización previa.

Y, en relación con la afirmación de que bajo su mandato se introdujera el Título VIII de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía, que regula las subvenciones y ayudas y su procedimiento de concesión, y que se aprobara el Decreto 254/2001 que desarrolla la anterior carece de valor de descargo, no sólo porque de facto se incumplieron las normas a que se refieren a aquellas modificaciones, sino en particular porque el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de subvenciones de la Junta de Andalucía, como hemos dicho, excluye a las transferencias de financiación de su ámbito de aplicación.

De conformidad con lo expuesto, convenimos con la Sala de instancia que la eventual participación en la elaboración o impulso de las normas o convenios referidos por esta defensa no tienen un verdadero valor de descargo. Al contrario, las mismas, puestas en relación con las pruebas de cargo, evidencian que la Sra. Emilia era perfecta conocedora de la vulneración de la diversa normativa cuya creación o impulso se atribuye.

(v) Finalmente, debe darse respuesta a las alegaciones de que bajo su mandato se firmó el Convenio de Colaboración entre la Consejería de Hacienda y el Parlamento de Andalucía, mediante el cual se creó la Oficina de Control Presupuestario y se acordó la remisión mensual al Parlamento de las modificaciones presupuestarias; y de que aprobó el Decreto 9/1999 de 19 de enero, sobre Régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía.

La Sala no da respuesta a estas alegaciones de forma concreta. No obstante, su ausencia de valor exculpatorio es patente. Los hechos que se atribuyen a la Sra. Emilia se inician en el año 2000, mientras que el convenio antes referido se firmó el 23 de abril de 1997 y el Decreto 9/1999, se aprobó el 19 de enero de ese mismo año. La circunstancia de que, con anterioridad a la comisión de los hechos por los que ha sido condenada, hubiese firmado el convenio y participado en la aprobación del Decreto, no implica que, con posterioridad, no haya llevado a cabo los hechos por los que fue condenada. Al contrario, evidencian su profundo conocimiento de la normativa relativa a la elaboración de los presupuestos de la comunidad autónoma de Andalucía y su control.

(vi) La censura del motivo puede resumirse en que no hay prueba del dolo, que se ha construido sobre meras presunciones contrarias a las reglas de la lógica y de las máximas de experiencias.

Se refuta la valoración probatoria, en fin, utilizando tres argumentos centrales:

El primero, porque no hay prueba de que la Sra. Emilia conociera la forma en que se pretendía ejecutar el gasto y que no tuvo conocimiento de los distintos informes en que se alertaba de esta situación. Y en apoyo de su afirmación alega que:

(i) El informe de cuentas anuales de 2001 no fue remitido a la Consejería de Hacienda y menos a su titular, según reconoce la propia sentencia;

(ii) El informe de cumplimiento de 2000 y primer semestre de 2001 no hace referencia alguna al uso inadecuado de las transferencias de financiación;

(iii) El informe de cumplimiento de 2001 y 2002 se remitió días antes de su cese, por lo que la propia Sala de instancia no lo tiene como fuente de conocimiento y

(iv) El informe de cuentas anuales de 2002 fue remitido a la Consejería de Hacienda cuando la recurrente ya había cesado en su cargo, por lo que tampoco puede ser tenido como fuente de conocimiento.

El segundo argumento gira en torno a la idea de que el conocimiento de las ilegalidades no puede deducirse del conocimiento de los PAIF del IFA ya que para detectar que los gastos que se registraban en la contabilidad del IFA no eran subvenciones había que saber previamente que lo que se concedía eran subvenciones. Se alega que se trata de un argumento circular que nada prueba.

Y el tercero y último argumento impugnativo es que la sentencia incurre en la incongruencia de declarar que la Sra. Emilia conocía lo que se afirma que el Parlamento desconoció durante diez años.

Frente a estos argumentos entendemos que, a pesar de que no haya un documento acreditativo de que la reclamante recibiera alguno de los informes que se elaboraron durante su mandato y en los que se alertaba de las ilegalidades de referencia, hay prueba acreditativa de que dictó a sabiendas las resoluciones ilegales y que conocía la finalidad perseguida, también ilícita.

Interesa destacar que con anterioridad al cambio en la presupuestación operado en el año 2000, se utilizaba el criterio de presupuestación correcto; que el IFA procedió a anticipar el pago de las ayudas, lo que dio lugar a la formulación de reparos por la Intervención de la Junta de Andalucía; que se pretendió regular estas ayudas con resultado negativo mediante un proyecto de Decreto del año 2002; que, con esos antecedentes, se procedió al cambio del criterio de presupuestación, a pesar de que no hubo una razón de peso que justificara el cambio, como no fuera la de eludir los controles y que no consta que el criterio de presupuestación utilizado con el IFA/IDEA se hubiera aplicado en otros entes públicos para financiar subvenciones. Por último, la confirmación de la finalidad perseguida se encuentra en lo que sucedió después. Inmediatamente que se utilizó el nuevo criterio de presupuestación se dejó de aplicar el sistema de control previo de la Intervención y se comenzaron a producir las irregularidades en la aprobación y pago de las ayudas.

57.3 Consideraciones finales.

Hemos dicho en el fundamento jurídico cuadragésimo quinto que el control del juicio probatorio que procede cuando se invoca la lesión de la presunción de inocencia consiste, al margen del análisis de legalidad en la producción, práctica y aportación de las pruebas (cuestión sobre la que no se ha formulado queja alguna), en verificar la existencia de prueba de cargo, su suficiencia y la racionalidad de su valoración.

En cuanto a la suficiencia, el canon de valoración obliga a que la hipótesis acusatoria quede acreditada más allá de toda duda razonable, situación que no se producirá cuando no tenga un caudal informativo de calidad y

contenido suficientes y cuando se hayan aportado hipótesis de descargo que resulten atendibles o razonables y que, por ello, debiliten la solidez de la tesis acusatoria.

Pues bien, no puede olvidarse que la forma de abordar el análisis del juicio probatorio no puede hacerse aislando cada prueba para determinar si individualmente tiene o no suficiente información incriminatoria. Por el contrario, tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala venimos insistiendo en esta clase de impugnaciones el análisis debe realizarse atendiendo al conjunto probatorio, sin que sea admisible fragmentar o disgregar esa valoración, ni considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado. No cabe desagregar los distintos medios de prueba ni la línea argumental de la resolución impugnada, sino que se exige una valoración de conjunto, porque sólo desde ese enfoque se puede apreciar la suficiencia del caudal probatorio y si la valoración se ajusta a parámetros de racionalidad.

Esa apreciación conjunta tiene si cabe mayor relevancia cuando se trata de prueba indiciaria, ya que una de las notas características de esta clase de prueba es que se precisan indicios plurales y en una misma dirección, de forma que los distintos indicios se refuerzan entre sí para llegar a una razonable convicción.

Desde esa perspectiva entendemos que el tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente y la ha apreciado razonablemente para la condena a la Sra. Emilia por un delito de prevaricación administrativa.

Sintetizando lo expuesto con anterioridad, no es asumible la tesis de la defensa de que la Consejera de Hacienda desconociera el uso y finalidad del programa 31 L. Hay todo un conjunto de datos indiciarios que permiten afirmar ese conocimiento más allá de toda duda razonable.

De un lado, el papel central que la Sra. Emilia tenía en la elaboración de las normas presupuestarias y su posición jerárquica respecto de los órganos subordinados que efectuaban los controles de legalidad sobre los proyectos de normas presupuestarias: Dirección General de Presupuestos, Intervención y Viceconsejero de Economía y Hacienda. La recurrente, como Consejera de Hacienda, manejaba una copiosa información, procedente de diferentes fuentes, que le permitía conocer todas las particularidades del criterio de presupuestación que venimos analizando.

De otro lado, no puede desconocerse que la recurrente tenía una especial cualificación en materia económica y presupuestaria. En su declaración sumarial manifestó conocer la finalidad de las transferencias de financiación y la documentación anexa a las modificaciones presupuestarias y a los proyectos de ley de presupuestos permitía conocer que las transferencias se iban a destinar al pago de subvenciones, debiéndose destacar que en la Consejería de Hacienda se centralizaba toda la información, por lo que el uso ilegal de las transferencias no podía pasar desapercibido. Sobre este particular debemos destacar, una vez más, las distintas normas presupuestarias que se referían a las transferencias de financiación y que no podían ser desconocidas por la titular de la Consejería de Hacienda.

Por citar una de las más destacadas, resulta de especial significación que durante su mandato se aprobara el Decreto 254/2001, de 20 noviembre, que expresamente excluía a las transferencias de financiación para el pago de las subvenciones, y que un año antes se hubiera intentado la regulación de la concesión de las ayudas mediante un proyecto de Decreto que finalmente no fue aprobado y en el que informó la Intervención y del que tuvo conocimiento

el Viceconsejero de Hacienda, todos ellos dependientes jerárquicamente de la recurrente.

La sentencia cita concretamente el extracto de la modificación presupuestaria de 28/07/2000 como acreditativo de la finalidad que se pretendía con las transferencias de financiación y las modificaciones presupuestarias de 05/12/1991 y 21/10/2002, que se produjeron gracias a la generación de créditos para hacer frente al pago de las ayudas.

Es lógico suponer que la Consejera de Hacienda, que intervino en la aprobación de esos créditos, estuviera al tanto de la finalidad a que se iban a destinar.

Intervino en la génesis del nuevo sistema que, como hemos razonado en otros apartados de la sentencia, se fraguó ante los problemas recurrentes que se estaban produciendo en la gestión de las ayudas sociolaborales, que dieron lugar a la formulación de reparos por la Intervención Delegada, sin que pueda obviarse que ésta dependía jerárquicamente de la Consejera.

En otros apartados de la sentencia hemos justificado las razones por las que el cambio de presupuestación sólo podía tener como finalidad la eliminación de los controles propios de las subvenciones y también hemos dicho que infringía la Orden de la Consejería de Hacienda de 22/05/1998, por lo que no es razonable admitir que ese cambio se hiciera ocultando esas circunstancias a la Consejera de Hacienda o en contra de su criterio, dado que a la postre era necesaria su aprobación.

Y, por último, el resultado inmediato que produjo el cambio de criterio de presupuestación fue la concesión de las ayudas al margen de todo control. A través de los PAIF se tenía noticia de que los pagos que realizaba el IFA se contabilizaban indebidamente como gastos de explotación y que estos pagos generaban un déficit en el IFA contrario a la normativa presupuestaria, según se deduce del acta del Consejo Rector del ente de 27/05/2003.

Todos estos datos confluyen en la necesaria conclusión de que el nuevo sistema era ilegal, se implantó con la finalidad de eludir la normativa de subvenciones y se hizo con conocimiento de la máxima responsable de la Consejería de Hacienda.

Hay prueba de cargo suficiente para un pronunciamiento de culpabilidad y el criterio del tribunal de instancia se ajusta a criterios de racionalidad. La hipótesis alternativa es absolutamente contraria a la razón y a las máximas de experiencia y esa es la razón por la que la declaración exculpatoria de la Sra. Emilia no ha merecido crédito alguno. Por tanto, no apreciamos lesión del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

XIII RECURSO DE DON Cesareo

Seguiremos en la contestación a este recurso el mismo orden sistemático que en los restantes. Primero daremos respuesta al motivo por quebrantamiento de forma. Seguiremos con los motivos por infracción de ley y finalizaremos con los motivos en que se pone en cuestión el derecho a la presunción de inocencia.

58. Motivo por quebrantamiento de forma (artículo 851.1 LECrim): Falta de claridad en los hechos probados.

58.1 En el apartado III, 1 de este recurso y por la vía del artículo 851.1º de la LECrim se denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en el vicio formal de falta de claridad y se interesa, dada la complejidad del proceso, que esa deficiencia sea equiparada a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y se proceda a la libre absolución del recurrente, entendiéndose que la mera anulación de la sentencia, que sería el efecto propio de este vicio formal, resulta inviable y desaconsejable.

En su desarrollo argumental se alude a las siguientes deficiencias:

(i) La indefinición e imprecisión de términos tales como "sistema, operativa, mecanismo, fraudulento". En este particular se señala que el término sistema es abierto y ambivalente y que la sentencia no precisa quien lo ideó, atribuyendo el comportamiento criminal a las instituciones públicas, de forma genérica e innominada. De otro lado, el relato fáctico no establece la conexión del Sr. Cesareo con ese sistema.

(ii) Se queja de que el patrón narrativo de la sentencia es igual para todos los proyectos de presupuestos con la única diferencia de la anualidad correspondiente, estandarizando los hechos, que se le atribuyen por referencia a la dependencia que dirige. Se le atribuye un comportamiento institucional, plano, indefinido en su contenido y derivado del ejercicio de las competencias propias de su cargo.

(iii) Esa imprecisión también se predica de los hechos que concretamente se le atribuyen. A pesar de no formar parte de la Junta de Andalucía en los años 2002 y 2001, se le imputa haber dado continuidad al sistema y se le asignan los hechos de forma impersonal, como comportamiento institucional, derivado exclusivamente de la ocupación de un cargo. Esa falta de claridad, se dice, tiene su expresión más evidente en dos términos ambiguos y polisémicos reiteradamente utilizados para referirse a él: "el proceder" y su participación "en la elaboración" del presupuesto. Se trata de términos muy ambiguos, como también lo son las expresiones o términos "posibilitar", "fraudulento", "plenamente consciente" o "asumiendo la eventualidad".

58.2 Para dar respuesta a la queja debemos recordar que la doctrina de esta Sala viene declarando de forma constante que la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados. Al igual que ocurre con la contradicción, la falta de claridad es un vicio interno del relato fáctico de la sentencia que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impidan conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (STS 766/2015, de 13 de diciembre, entre otras muchas).

Partiendo de estas precisiones anticipamos que el motivo no es admisible.

Las expresiones "sistema, mecanismo u operativa" son vocablos del lenguaje común, perfectamente comprensibles y que aluden a una forma de operar o de actuar de modo continuado que se corresponde con los hechos que se relatan en la sentencia. No hay ambigüedad ni falta de sentido en el uso de esos vocablos.

Como tampoco se aprecia semejante deficiencia en el uso los términos "fraudulento, posibilitar, plenamente consciente o asumiendo la eventualidad", todos ellos propios del lenguaje común y con un sentido muy concreto. Obsérvese que la sentencia refiere una cadena de hechos en el que intervienen distintas autoridades, en distintos niveles de decisión y de forma prolongada en el tiempo, por lo que las menciones del relato fáctico a la existencia de un modo de operar sistemático son perfectamente congruentes con la dinámica comisiva descrita en la sentencia.

No apreciamos deficiencia alguna en referir los hechos, vinculándolos con el cargo que se desempeñaba o referirlos directamente al cargo o departamento en el que se llevó a cabo la actuación, ya que cada uno de los autores actuaron en esa condición. Además, las distintas acciones no sólo se describen de forma impersonal sino identificando a la persona física que la llevó a cabo.

En todo caso es importante destacar que el sentido de las expresiones utilizadas en el relato fáctico, en cuanto describe hechos complejos y reiterados, debe ser interpretado en relación con los demás y de una forma integrada. No cabe destacar un determinado párrafo o expresión de forma aislada, prescindiendo de su contexto, pues es en éste en el que encuentran su verdadero significado.

Y no puede afirmarse, por último, que la sentencia carezca de claridad cuando reitera con similares expresiones la descripción de la elaboración y aprobación de los distintos proyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias en cada anualidad. El tribunal ha utilizado ese modo de redacción, singularizando cada una de las actuaciones, probablemente para evitar que se le censurara por lo contrario, un

relato global sin la necesaria precisión. Pero en ningún caso se han utilizado vocablos o expresiones ininteligibles, ambiguas o que produzcan deficiencias de comprensión que afecten a la calificación jurídica o a la necesaria integridad del juicio histórico.

El motivo se desestima.

59. Motivo por quebrantamiento de forma (artículo 851.1 LECrim): Manifiesta contradicción de los hechos probados.

En el apartado III.2º de este recurso la queja se centra en la contradicción apreciada en ciertos extremos fácticos de la sentencia. A tal fin se hacen algunas observaciones previas: De un lado, los hechos de relevancia se relatan tanto en el juicio histórico como en un apartado de la fundamentación jurídica, circunstancia que debe ser tomada en cuenta a la hora de valorar la existencia de contradicciones fácticas. De otro lado, dado que el relato de hechos probados abunda en la utilización de términos vagos e imprecisos, se incluyen contradicciones que pueden ser calificadas de conceptuales.

Al Sr. Cesareo se le atribuye a lo largo de la sentencia dos afirmaciones antitéticas: Que continuó con el "sistema creado" por otros, que tenía por objeto evitar los controles del destino de los fondos y que desoyó los controles sobre el destino de los fondos. También resulta contradictorio afirmar que en 2003 ya se detectaron irregularidades en la gestión de las ayudas y afirmar a la vez que no se podía ejercer ese control.

La contradicción como motivo casacional previsto en el artículo 851.1 de la LECrim, según la constante doctrina de esta Sala, consiste en el empleo en el hecho probado de términos que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse mutuamente, produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS 253/2007, de 26 de marzo y 121/2008, de 26 de febrero, entre muchas)

En efecto, esta Sala viene declarando que:

"La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características:

a) Tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierte o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución;

b) Ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada;

c) La contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato;

d) Como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas". (STS 869/2015, de 28 de diciembre).

Aplicando al caso los criterios que se acaban de exponer el motivo es improsperable.

En primer lugar y según refiere el Ministerio Fiscal en su informe, la defensa no precisa los párrafos de la sentencia donde se realizan esas afirmaciones y tampoco razona de forma suficiente en base a qué criterios las declaraciones que se destacan del juicio histórico son incompatibles entre sí.

Además, las contradicciones que se denuncian no son semánticas o gramaticales de forma que por su incompatibilidad determinen un vacío fáctico. Lo que se denuncia es una suerte de contradicción conceptual que no tiene cabida en el motivo de casación elegido. Con lo que acabamos de exponer sería suficiente para desestimar el motivo.

Pero abundaremos en otras razones adicionales para su desestimación. Se dice que es contradictorio afirmar al mismo tiempo que se actuara con la finalidad de eludir los controles en la concesión de las subvenciones y que se desoyeran esos controles, pero el planteamiento que se utiliza en el motivo no atiende a la complejidad de los hechos y al sentido de lo que se pretende afirmar. Según se puede advertir de la lectura del juicio histórico se produjo un cambio en el modelo de presupuestación que estuvo precedido de algunas advertencias sobre irregularidades y que se ejecutó a pesar de que se sucedían informes de distinta procedencia en los que se daba cuenta de las irregularidades que se estaban produciendo. Por tanto, se actuó con la finalidad de evitar los controles y se desoyeron las advertencias que se realizaron sobre la falta de control en la concesión y pago de las ayudas. Nada hay de contradictorio en las afirmaciones del juicio fáctico.

Tampoco hay contradicción semántica en afirmar que en 2003 se detectaron irregularidades y que posteriormente no se pudo ejercer ese control. No se trata de una contradicción que impida conocer el sentido de lo que se quiere afirmar sino una simplificación de los hechos probados que se presenta como tal para justificar la impugnación, pero que carece de fundamento. No es contradictorio que en 2003 se advirtieran irregularidades y que con posterioridad no se pudiera ejercer ese control porque el procedimiento creado para la concesión y pago de las

ayudas sociolaborales, a través de las transferencias de financiación, tenía precisamente como finalidad eludir la fiscalización a pesar de las advertencias de ilegalidad que se sucedieron. La realidad, descrita en el juicio fáctico, confirma que ambas afirmaciones son ciertas y, en modo alguno, contradictorias.

El motivo se desestima.

60. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del artículo 404 CP .

El apartado I, 1º de este recurso y con cita del artículo 849.1 de la LECrim se censura la sentencia en lo relativo a la subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación administrativa.

En un extenso motivo, después de perfilar los hechos que se imputan al Sr. Cesareo en la sentencia, tanto en el juicio fáctico como en la fundamentación jurídica, se ofrecen un conjunto de argumentos que confluyen en la idea de que esos hechos no reúnen los presupuestos típicos del delito de prevaricación administrativa. Daremos respuesta individualizada a esos argumentos.

60.1 Se alega, en primer lugar, que los hechos declarados probados entre los años 2000 a 2004 son ajenos al impugnante porque no ostentaba cargo alguno en la Junta de Andalucía. Por ello, no tuvo participación alguna en la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo, en el Convenio Marco de 2001 y en los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA, debiendo quedar limitada su responsabilidad a su participación en la aprobación de los anteproyectos de presupuestos y en las modificaciones presupuestarias, siendo sólo relevantes los hechos probados que revelen comportamientos activos, por la exclusión de los comportamientos omisivos en el fundamento de derecho vigésimo primero (apartado 1.1 del motivo).

Si bien es cierto que al Sr. Cesareo no se le puede atribuir los hechos acaecidos con anterioridad al ejercicio del cargo de Consejero de Economía y Hacienda, también lo es que los hechos referidos en los ocho primeros apartados del relato fáctico, ocurridos antes de su nombramiento, no le son ajenos porque cuando dictó las resoluciones calificadas de prevaricadoras lo hizo conociendo todas las irregularidades que se estaban produciendo y que tuvieron lugar a partir del año 2000.

A ello se refiere expresamente el juicio histórico del que destacamos algunos pasajes:

En el HP 10º se señala, y en relación con el proyecto de presupuestos de 2002 que "con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados (con mención expresa del Sr. Cesareo) no modificaron en ningún expreso el proceder de los ejercicios posteriores (se refiere a anteriores y menciona por error a los posteriores)" . Se refiere la sentencia a la falta de fiscalización previa y a la ausencia de tramitación de expedientes administrativos, que son las deficiencias mencionadas en el párrafo último del hecho probado anterior y que tenían su origen en el cambio de presupuestación puesto en funcionamiento a partir de 2000 mediante la utilización indebida de las transferencias de financiación.

Esto mismo se repite en posteriores pasajes del juicio histórico. En efecto, al resumir las acciones realizadas por los distintos acusados, el relato de hechos probados identifica en cada ejercicio presupuestario las cantidades presupuestadas para el pago de las ayudas sociolaborales, tanto en los proyectos de ley como en las modificaciones presupuestarias, y declara año a año que esas cantidades se pusieron a disposición del Director General de Trabajo "para que este pudiera disponer de las mismas "sin sujeción a fiscalización de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso el de subvenciones excepcionales" (HHPP 10º, 11º, 13º, 15º y 19º).

60.2 Acto seguido se cuestiona la relevancia típica de los hechos constitutivos de prevaricación y en un extenso alegato se aduce que la sentencia no explica la autoría que atribuye al recurrente.

Se argumenta que la resolución impugnada excluye la autoría por cooperación necesaria, por lo que el Sr. Cesareo es autor directo y conjunto y debería haber quedado acreditado que tenía el dominio funcional del hecho y que realizó actos ejecutivos en el marco de ese dominio, tanto en relación con la prevaricación como con la malversación. Sin embargo, no es posible encontrar referencias de ese dominio ya que ni se describe reparto de funciones, ni un acuerdo o participación entre los distintos autores, estableciéndose una conexión débil e hipotética entre las resoluciones adoptadas y las irregularidades en la concesión y tramitación de las ayudas. El relato de los hechos probados se presenta en la sentencia como una sucesión de acontecimientos difuso, conjunto e impersonal, estableciendo una vinculación débil entre la aprobación presupuestaria y las irregularidades de la gestión en la concesión de las ayudas, con términos tan imprecisos como "posibilitó" o "podía ocurrir". Se aduce, en fin, que la autoría directa y conjunta, sin referencia a acuerdo o comunicación, convenio o vínculo con los otros autores directos, nos remite a la incriminación de la actuación de entidades y organismos públicos, con quiebra de principios generales del derecho penal.

Sobre el juicio de autoría nos hemos pronunciado extensamente en el fundamento jurídico cuadragésimo tercero, por lo que resultaría reiterativo exponer de nuevo nuestro criterio.

60.3 En el motivo se alude también a que la descripción fáctica de la sentencia es vaga e imprecisa y no identifica las resoluciones dictadas por el Sr. Cesareo.

Dentro de la complejidad de los hechos enjuiciados, la sentencia ha realizado un esfuerzo de justificación destacable, tanto en la descripción de los hechos, como en la valoración probatoria o en la subsunción normativa, de modo que no puede calificarse la fundamentación de la sentencia de vaga o imprecisa. En uno de los alegatos

se afirma que la sentencia no describe los hechos constitutivos de prevaricación, tesis con la que no nos identificamos.

Los hechos declarados probados y constitutivos de delito de prevaricación son singularmente los siguientes:

1. (HP 10º) "Con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusado (entre ellos, el recurrente citándole nominalmente) en el ejercicio de sus competencias y funciones no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios posteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía para el 2005, presupuesto que consignó como crédito inicial en el programa 31L para estas ayudas, la cantidad de 72.261.575 euros, mediante transferencias de financiación.

El 7 de diciembre de 2005, el Consejo de Gobierno presidido por el acusado Florentino, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 799.895,97 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51. 31L "Transferencias financiación al IFA" dando de baja de las aplicaciones 480.01, 480.03, 480.13 del programa 31 L de "transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro".....El montante total del ejercicio 2005 que se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, alcanza la cifra de 73.061.471 euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

2. (HP 11º) Como resultado del mismo proceder de los acusados (entre ellos el Sr. Cesareo citándole nominalmente) en el ejercicio de sus competencias y funciones, en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto del presupuesto para el ejercicio 2006, se consignó como crédito inicial del programa 31 L, en la aplicación Transferencias de financiación a IDEA, para el pago de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, la cantidad de 77.291.000 euros.

El 7 de noviembre de 2006, el Consejo de Gobierno, presidido por el acusado, Florentino, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos, de la Intervención General, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 9.300.000 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51.31L "Transferencias financiación Agencia IDEA", dando de baja de aplicaciones del programa 32 A. Cantidad destinada según la contabilidad de IDEA y la memoria de la modificación, al pago de ayudas sociolaborales... El montante total del ejercicio 2006 que se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, alcanza la cifra de 86.591.000 euros, dentro del programa 31L, para que ésta dispusiera de los mismos en los términos que han quedado expuestos, alcanzó la cifra de 86.591.000 euros, dentro del programa 31L, para que éste los gestionara, sinsujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

3. (HP 12º) Los acusados, (entre ellos el Sr. Cesareo, citándole nominalmente) como integrantes del Consejo de Gobierno, en el ejercicio de sus funciones y competencias, pese al contenido de dicha memoria, procedieron a la aprobación de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios siguientes, y de sus modificaciones presupuestarias, en su caso. Estas irregularidades o deficiencias recogidas por la Intervención General de la Junta de Andalucía en las memorias relativas a los acuerdos del Consejo de Gobierno, se repetían en los informes trimestrales que elaboraba dicha Intervención General en el marco del control financiero permanente, sobre análisis del cumplimiento, en cuanto a los criterios de contabilización de las transferencias de explotación y capital, o examen de los expedientes administrativos que soportan las operaciones de financiación de las empresas, para actuaciones encargadas con cargo al presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de determinar el grado de cobertura del gasto público ejecutado por esta vía. En la Memoria de la Intervención General que acompañaba al programa anual de control financiero permanente de empresas y entidades públicas correspondiente a 2007, que se aprobó el 08/05/2007 por el Consejo de Gobierno del que formaba parte el Sr. Cesareo se dejaba constancia en relación con IDEA que "Del examen del tratamiento contable dado por las empresas públicas a las transferencias de financiación recibidas, se han puesto de manifiesto irregularidades en la tramitación de los expedientes administrativos utilizados por algunas Consejerías para el envío de fondos a aquéllas. De tal modo que, de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa." "...Por ello, serán objeto de análisis diferenciado cuyas conclusiones se integrarán en anexos a los informes definitivos sobre las empresas, que se remitirán a las consejerías afectadas."

4. (HP 14º) Los acusados, (entre ellos el Sr. Cesareo citándole nominalmente), en el ejercicio de las competencias y funciones de los cargos que desempeñaban, con conocimiento de las deficiencias e irregularidades descritas -como es lógico, con el alcance recogido en documentos de fechas anteriores-, no

cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto del presupuesto para el ejercicio 2007, el cual consignó como crédito inicial del programa 31L, en la aplicación Transferencias de Financiación a IDEA, para el pago de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, la cantidad de 79.207.500 euros, así como, en la siguiente modificación presupuestaria:

El 27 de noviembre de 2007, el Consejo de Gobierno presidido por el acusado Florentino (y del que formaba parte el Sr Cesareo y citándole nominalmente) a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, aprobó una modificación presupuestaria por importe de 7.448.503,44 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51.31L "Transferencias financiación Agencia IDEA", dando de baja de otras aplicaciones. Cantidad destinada, según la contabilidad de IDEA y la memoria de la modificación, al pago de ayudas sociolaborales...El montante total del ejercicio 2007 que se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, dentro del programa 31L, alcanza la cifra de 86.656.003 euros, dentro del programa 31L, para que éste los gestionara, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

5. (HP 15º) Del mismo modo, los acusados (entre ellos, el Sr. Cesareo), en el ejercicio de las competencias y funciones de los cargos que desempeñaban, no cambiaron el proceder en la elaboración, tramitación y aprobación, del anteproyecto de presupuesto de 2008, el cual consignó como crédito inicial en el programa y aplicación presupuestaria ya reseñada, de transferencias de financiación a IDEA por parte de la Consejería de Empleo, la cantidad de 87.478.495 euros, así como en las siguientes modificaciones presupuestarias: El 22 de diciembre de 2008, el Consejo de Gobierno aprobó, presidido por el acusado Florentino (y del que formaba parte el Sr. Cesareo) a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, -de los cuales formaba parte la acusada Penélope desde el 3/05/2008-, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General, y estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, una modificación presupuestaria por importe de 1.253.853,89 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.51.31L "Transferencias de financiación Agencia IDEA" y 740.51.31L "Transferencias de financiación IDEA", dando de baja de otras aplicaciones del programa 32H, "Planificación para el Empleo". Cantidad destinada, según la contabilidad de IDEA y la memoria de la modificación, al pago de ayudas sociolaborales.

El 22 de diciembre de 2008, el Consejo de Gobierno aprobó a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General, y estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, una modificación presupuestaria por importe de 6.011.836,20 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 740.51.31L "Transferencias financiación Agencia IDEA", dando de baja de otras aplicaciones y programas de la Consejería de Empleo.

El 22 de diciembre de 2008, el Consejo de Gobierno aprobó una modificación presupuestaria por importe de 8.000.000 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 740.18.31L "Bahía competitiva de Cádiz", mediante generación de crédito. El crédito generado se aplicó a la financiación de la encomienda de gestión formalizada entre la Consejería de Empleo e IDEA, mediante Orden de 30 de diciembre de 2008, cuyo objeto era la gestión de carácter social, garantes de un nivel mínimo de ingresos para aquellas personas trabajadoras que, teniendo al menos cumplidos 53 años de edad, presentaran mayores dificultades de inserción en el mercado laboral por razones de la edad.

El montante total del ejercicio 2008 que se puso a disposición de los acusados Borja, hasta su cese, y Amadeo, como Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, alcanza la cifra de 94.744.185,09 euros, para que éstos los gestionaran, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

6 (HP 19º) Sin cambiar el proceder, los acusados (entre ellos el Sr. Cesareo citándole nominalmente), en el ejercicio de sus respectivas competencias y funciones, participaron en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto de presupuesto de 2009, el cual consignó como crédito inicial de la aplicación presupuestaria ya reseñada la cantidad de 80.420.634 euros, dentro del programa 31L. El montante total del ejercicio 2009 que se puso a disposición del acusado Amadeo, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, alcanza la cifra de 80.720.634 euros, dentro del programa 31L, para que éste los gestionara sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

60.4 El motivo menciona otros argumentos que abocan a la falta de tipicidad de los hechos. Son resumidamente los siguientes:

(i) El Sr. Cesareo no ha realizado actos que hicieran prevalecer su voluntad frente al criterio de la ley, limitándose a intervenir en procedimientos prelegislativos informados favorablemente por la Intervención de la Junta de Andalucía y por la Comisión General de Viceconsejeros;

(ii) Intervino como miembro de un órgano colegiado en asuntos legislativos, que no cabe calificar como administrativos y adoptó decisiones de naturaleza política que además, tiene el carácter de actos de trámite, dentro del proceso prelegislativo. Las resoluciones dictadas en el proceso prelegislativo carecen de eficacia determinante respecto de la decisión adoptada por el Parlamento y en este punto se hace una mención especial a la STS 163/2019, de 26 de marzo, en la que se apoya el tribunal de instancia para realizar el juicio de tipicidad, argumentando que sus presupuestos fácticos nada tienen que ver con los del presente caso, de ahí que su doctrina no resulte de aplicación;

(iii) La sentencia no expresa en qué medida el proceder del Consejero de Hacienda se apartó del proceso minuciosamente regulado de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias;

(iv) Se cuestiona la concurrencia del elemento de arbitrariedad que exige el artículo 404 CP. Se argumenta que la sentencia impugnada analiza este presupuesto también desde la generalidad y la abstracción, mediante una fundamentación general y difusa. Se señala que en la utilización de las transferencias de financiación, calificadas como instrumento presupuestario inadecuado, intervinieron decenas de funcionarios, además de parlamentarios y órganos de ellos dependientes, y que la inadecuación del criterio de presupuestación aludido no puede ser tenida por arbitraria al contar con todos los informes favorables.

(v) También se aduce que los hechos probados no describen el elemento subjetivo del injusto que exige el tipo penal de prevaricación. En el juicio histórico no hay referencia alguna a que el Sr. Cesareo pretendiera imponer contra viento y marea, en defensa de sus personales propósitos, un determinado criterio o sentido, en su participación en el proceso de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de modificaciones presupuestarias, distinto al de los órganos administrativos y los Centros Directivos que los tramitaron y al órgano de control que los fiscalizó. Tampoco hay referencia a que las actuaciones del recurrente tuvieran una finalidad o intención contraria a las normas o los principios de imparcialidad y objetividad a la que debe someterse la autoridad y el funcionario. Y no hay mención o declaración relativa a que actuara buscando algún tipo de beneficio, ni se justifica su relación directa o indirecta con una eventual sustracción de fondos públicos. Los hechos probados no declaran la equiparación entre el conocimiento de las irregularidades en la gestión de los fondos con la finalidad de sustraer para sí o para otros esos fondos, lo que imposibilita establecer una relación instrumental o medial entre el delito de prevaricación y el de malversación.

A estos argumentos impugnativos a los que ya se ha dado respuesta en el capítulo sexto de esta sentencia (fundamentos 17^a a 31^o), que damos por reproducido para evitar reiteraciones innecesarias.

A todo lo ya expuesto debemos añadir lo siguiente:

El hecho de que existieran informes favorables en la tramitación de los proyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias no excluye la arbitrariedad de las resoluciones dictadas, porque los condenados actuaron con conocimiento de las irregularidades y persiguiendo una concreta finalidad cuya ilicitud conocían. A ello nos hemos referido extensamente en los fundamentos jurídicos trigésimo y trigésimo quinto.

Por otra parte, para la existencia de prevaricación no se precisa que el autor actúe guiado por motivos de interés personal o con un ánimo de enriquecimiento o beneficio personal, siendo suficiente que las resoluciones que se dicten estén orientadas a eludir el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos, y la sentencia declara de forma reiterada la existencia de esa ilícita finalidad.

Por lo tanto y frente a lo que se expone en el recurso, no es cierto que la sentencia no declare que el Sr. Cesareo actuó con una deliberada intención ilícita y contraria a los principios de objetividad e imparcialidad que deben guiar la actuación de la administración pública.

Por otra parte, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, debe salirse al paso de determinadas afirmaciones que se vierten en el motivo casacional. Singularmente, la existencia de una grave crisis social no habilita ni es motivo para conceder subvenciones al margen de la legalidad, ni justifica que se seleccione a los beneficiarios sin atender a criterios objetivos y sin exigir requisito alguno, con posposición del resto de los potenciales beneficiarios.

Por último, la sentencia vincula el indebido criterio de presupuestación utilizado con la indebida e ilegal gestión de los fondos públicos, precisando en el hecho probado 22^o los resultados de esa vinculación. Señala el hecho probado que "sin el mecanismo ya descrito hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de los fondos para conceder y pagar a través del IFA /IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas sino que, acreditado éste, se hubieran aplicados los fondos al mismo. Y ello pese a que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, carecía de competencia para la concesión de subvenciones hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010".

Y esa vinculación entre presupuestación y malversación se concreta en el hecho probado vigésimo tercero en el que se atribuye el delito de malversación a todas aquellas autoridades que participaron activamente en la aprobación de las partidas presupuestarias conociendo las gravísimas irregularidades que se estaban cometiendo en la tramitación de las ayudas, una vez que se tuvo conocimiento del contenido del Informe Adicional al de Cumplimiento del IFA/IDEA del ejercicio 2003. El criterio de presupuestación utilizado fue el instrumento necesario para que tuviera lugar la malversación, de ahí la relación de concurso medial entre ambos delitos (vid. fundamento jurídico cuadragésimo cuarto)

En conclusión y desde el ámbito de análisis que es propio y obligado en el motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, los hechos probados describen con suficiencia la conducta prevaricadora y esos hechos permiten su subsunción normativa en el delito del artículo 404 CP.

61. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del artículo 432 CP .

61.1 En el motivo I, apartado 2º, de este recurso se censura la subsunción típica de los hechos probados en el delito de malversación de caudales públicos.

En la exposición del motivo se incluyen argumentos impugnativos que ya han sido desestimados en el capítulo VII de esta sentencia (Fundamentos Jurídicos 32º a 42º). Nos referimos a cuestiones tales como la supuesta indeterminación de los fondos malversados, la relación del reclamante con los actos dispositivos, la conexión entre irregularidades presupuestarias y disposición de fondos, la existencia o no de acuerdo entre los distintos condenados, la subsunción de los hechos en las acciones típicas del artículo 432 CP o la relación de medialidad entre el delito de prevaricación y el de malversación. Todas estas objeciones ya han sido contestadas y desestimadas.

Resta por analizar el juicio de autoría, que se residencia fundamentalmente en el apartado 2.1 del motivo, frente al que se formulan dos objeciones:

Se cuestiona el conocimiento de la gestión ilegal de las ayudas sociolaborales en tanto que los informes de los que se deduce ese conocimiento nada refieren sobre la forma de gestión del gasto (informes de control financiero del IFA/IDEA e informe adicional de cumplimiento de 2003 de la agencia IFA/IDEA).

Esta cuestión es de orden fáctico y ajena al ámbito propio de este motivo casacional ya que, según doctrina de esta Sala y conforme a lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, el juicio de juridicidad que es propio de este cauce impugnativo debe realizarse a partir de los hechos declarados probados, que no pueden ser desconocidos.

En efecto, en el factum de la sentencia declara expresamente en el hecho probado 23º que el recurrente conocía esas irregularidades. Dice el relato histórico que el Sr. Cesareo "conocía el procedimiento descrito", "así como las consecuencias de la gestión del programa 31 L que ya han sido descritas y que posibilitaron año tras año, conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados, se siguiera produciendo el mecanismo ya descrito" (se refiere a lo declarado en el hecho probado 22º).

Por lo tanto, el análisis del conocimiento que pudiera tener el Sr. Cesareo, tanto en lo referente a la ilicitud del sistema de presupuestación como de la gestión de los fondos ha de residenciarse en el motivo que censura la valoración probatoria, mediante la invocación de la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

La segunda objeción gira en torno a la idea de que los hechos probados no describen una acción malversadora, apoyando su afirmación en los siguientes argumentos:

- (i) En el relato fáctico no se establece vinculación alguna entre el Sr. Cesareo y la gestión de los fondos;
- (ii) Tampoco hay vinculación alguna con los destinos concretos de los fondos;
- (iii) El simple conocimiento del destino de los fondos no es por sí suficiente para afirmar la ilicitud penal de la conducta, porque se requiere alguna forma de participación en la ejecución;
- (iv) La sentencia identifica como fuente de conocimiento el Informe Adicional sobre ayudas de 2003 y los Informes de control financiero permanente del IFA/IDEA, pero en esos informes no aparece mención alguna del destino de los fondos;
- (v) Las irregularidades a que alude la sentencia (falta de bases reguladoras, ausencia de comprobación de los beneficiarios, falta de seguimiento de las subvenciones) son actuaciones ajenas a la Consejería de Hacienda.
- (vi) La vinculación de las ayudas a la previa existencia de Expedientes de Regulación de Empleo constituye por sí un mecanismo de comprobación del cumplimiento de pertenencia del beneficiario al colectivo afectado, siendo insuficiente para describir las posibles irregularidades sobre este particular las vagas referencias que la sentencia a que hubo "personas" sin cuantificar que recibieron las ayudas sin pertenecer al colectivo y, desde luego, no puede establecer vinculación alguna entre esas fugas de fondos y el recurrente;
- (vii) Tampoco se describe vinculación alguna entre la actuación del Sr. Cesareo y el destino de las subvenciones a fines distintos de las ayudas sociolaborales, aludidas en el hecho probado 22º.3 c) de la sentencia impugnada.

61.2 Una vez más para dar respuesta a esta queja debemos acudir a la lectura de los hechos probados de la sentencia y determinar si éstos reflejan los hechos constitutivos de malversación, en el bien entendido que la

lectura del relato fáctico no puede hacerse de forma fragmentada, ya que la malversación se describe en lo sustancial en los apartados vigésimo segundo y vigésimo tercero pero esa esa descripción debe cohonestarse con los apartados precedentes en los que se describe cómo se gestó y se puso en funcionamiento el nuevo sistema de presupuestación, utilizado tanto los proyectos de ley de presupuestos como las distintas modificaciones presupuestarias, para conseguir la concesión y pago de las ayudas sociolaborales al margen de las exigencias y controles establecidos en las normas de obligada aplicación.

En el hecho vigésimo segundo se declara que de acuerdo con el procedimiento de presupuestación establecido en los apartados precedentes (dice la sentencia, "conforme a lo descrito")

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

El hecho probado describe, a continuación, además del total de las cantidades dispuestas por esos tres tipos de subvenciones, las irregularidades más relevantes en la disposición de esos fondos:

"A) En relación con las ayudas sociolaborales para pagos de primas de rentas y capital se declara: 1. Al no haberse publicado unas bases reguladoras de estas ayudas, que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, y no registrarse, como era obligado, en la Base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de trabajadores afectados por el desempleo o/y situaciones de crisis empresarial. 2. Al no establecerse el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado, de las personas beneficiarias de las pólizas, personas que nunca han pertenecido al mismo, han percibido rentas de pólizas abonadas por la Consejería de Empleo. 3. La no exigencia de justificación alguna, ni de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número de ellos siguiese percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado al mercado laboral.

B) En cuanto a las ayudas a empresas en crisis, al no haberse efectuado una convocatoria de estas ayudas que garantizase su publicidad y conocimiento general por los potenciales beneficiarios de las mismas, al no publicarse su concesión, como era exigida, y no registrarse, como era obligado, en el registro de la base de datos y subvenciones de la Junta de Andalucía, se han visto privados de su derecho a acceder a estas ayudas, un importante número de empresas en situación de crisis económica. Además, un gran número de estas ayudas carecían de un objeto concreto, respondiendo a fines muydiversos, entre otros, pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por asesoramientos jurídicos, pago de avales.

C) Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo", precisando por destino y cuantía los fondos empleados a esos fines ajenos".

Como consecuencia de todo el proceso seguido y respecto de todas las cantidades presupuestadas, se declara que:

"Sin el mecanismo ya descrito, hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, acreditado éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo. Y ello, pese a que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, carecía de competencia para la concesión de subvenciones hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010."

Y en el hecho probado vigésimo tercero se declara expresamente que el recurrente, entre otros acusados, conocía todos los hechos relatados en el apartado anterior, primero como Consejero de Economía y Hacienda y, después, como Presidente de la Junta de Andalucía, por ser destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA. Se añade, en relación con el Sr. Cesareo y demás acusados condenados por este delito, que:

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

En el relato fáctico de la sentencia impugnada se describe con suficiencia la acción nuclear del delito de malversación, consistente en la disposición definitiva de caudales públicos con destino a fines distintos de los previstos en la ley, entendiéndose por tal la concesión libérrima de subvenciones, incumpliendo de modo general y absoluto los requisitos y procedimientos de control establecidos en la ley. Además, el relato alude al ejercicio del cargo desempeñado, al conocimiento que tenía de las irregularidades que se producían en la gestión y disposición de los fondos públicos y a la modalidad pasiva del delito descrito, en cuando se declara que pese a las potestades que tenía en el ejercicio de sus cargos permitió que se siguiera produciendo esa irregular situación año tras año.

Estos hechos que por sí mismos serían suficientes para ser incardinados en el delito de malversación deben ponerse en conexión con el resto del relato fáctico que permite vincular la irregular gestión de los fondos con el también irregular criterio de presupuestación utilizado.

En párrafos anteriores de la sentencia se declara probado, entre otros hechos que:

(i) El condenado con conocimiento de los incumplimientos en la gestión presupuestaria de las ayudas y de la indebida presupuestación, intervino en la tramitación y aprobación de los presupuestos de los años 2005 a 2009 y en las modificaciones presupuestarias que se aprobaron en dicho período, mediante las que se puso a disposición de la Consejería de Empleo dentro del programa 31L diferentes cantidades, que el Tribunal concreta en cada anualidad, para que se gestionaran sin sujeción a la fiscalización de la Intervención y sin necesidad de tramitar expediente alguno (hechos probados décimo, décimo primero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo noveno);

(ii) Conoció el déficit presupuestario por la asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria que se reflejaban en los informes de cuentas anuales de IFA/IDEA (hecho probado décimo tercero);

(iii) También conoció la gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación, (hecho probado décimo octavo).

61.3 Los modos de redacción de un relato pueden ser muy diferentes y también tener distinta calidad y precisión, pero a efectos jurídico-penales tienen un contenido necesario, la descripción de la acción típica que permita su subsunción normativa en el tipo penal aplicado.

En este caso entendemos que se ha cumplido con esta exigencia, según acabamos de explicar con detalle. Y esa descripción no se hace en términos genéricos, sin establecer la concreta vinculación del recurrente con la irregular gestión de fondos. Se declara probado que el Sr. Cesareo, entre otros, intervino en la dotación de fondos a través de un sistema de presupuestación ilegal con conocimiento de las consecuencias que ello podía tener en la gestión, también que conoció las ilicitudes perpetradas con esos fondos y, por último, que como consecuencia de las competencias que la correspondían, al ejercer las más altas funciones dentro del Gobierno de la Junta de Andalucía, tuvo capacidad de impedir ese modo de gestión.

Como consecuencia de todo ello, no ofrece duda la vinculación del Sr. Cesareo, no sólo con la presupuestación sino con la gestión de los fondos, actuación ésta que no puede ser calificada como ajena, desconocida o desconectada con el ejercicio de sus funciones públicas.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

62. Motivo por infracción de ley (artículo 849.2 de la LECrim): Error en la valoración de la prueba, acreditado por documentos obrantes en autos.

62.1 En este motivo se plantean tres argumentos impugnativos.

(i) En primer lugar se pretende la subsanación de una omisión en el juicio histórico de la sentencia.

Entiende la defensa que la sentencia parte de un hecho central que no ha sido debidamente contextualizado porque se han omitido algunos hechos que permitirían una mejor comprensión del mismo. El hecho central, según el recurso, es el contenido de un concreto programa presupuestario incluido en el presupuesto de la Consejería de Empleo, pero ese dato debe ser contextualizado cualitativa y cuantitativamente, so pena de que el hecho central no se adecuadamente valorado.

Con cita de las actas de los Consejos de Gobierno y de los debates parlamentarios, la adición que se pretende es la siguiente:

- Que la cifra media del montante global del presupuesto era de 27.000 millones de euros como cifra media aproximada cada año, incluyendo más de 12.000 aplicaciones por presupuesto, 1.000 modificaciones presupuestarias al año, casi 9.000 modificaciones en el periodo 2002-2008 con un montante total de algo más de 19.000 millones de euros, teniendo la partida 31.L una significación numérica del 0'3 % del presupuesto anual y el 0,25 % del importe de las modificaciones presupuestarias del periodo

- Que JAGM participaba en la elaboración del Presupuesto determinando el estado de ingresos y las previsiones macroeconómicas (crecimiento, empleo e inflación) que permitían fijar la llamada envolvente financiera y marcar el techo de gasto, así como aprobar anualmente la Orden de elaboración del Presupuesto a la que han de ajustarse los distintos Centros Directivos de las diferentes Consejerías, para la elaboración de sus correspondientes anteproyectos de gasto.

En el motivo se argumenta que los presupuestos tenían un montante anual aproximado de 27.000 millones de euros, incluyendo más de 12.000 aplicaciones por presupuesto, 1.000 modificaciones presupuestarias al año, casi 9.000 modificaciones en el periodo 2002-2008 con un montante total de algo más de 19.000 millones de euros, teniendo la partida 31.L una significación numérica del 0'3 % del presupuesto anual y el 0,25 % del importe de las modificaciones. Se enfatiza también que al Consejero de Economía y Hacienda le correspondía - con su equipo directo de apenas siete personas - secretaría (dos personas), jefe de gabinete (con cuatro asesores) --frente al centenar de órganos administrativos de cada uno de los Centros Directivos-la dirección política del Departamento, la determinación de las líneas generales en las Órdenes anuales y la defensa de las líneas generales del Proyecto de Ley de Presupuestos ante el Parlamento.

El recurso abunda en la idea de que sólo mediante una aproximación incompleta y sesgada a la realidad de la actuación del Consejero de Economía y Hacienda es posible vincularle a las irregularidades, defectos o posibles incumplimientos en un programa ajeno a su departamento, situado dentro de los centenares que contiene un proyecto de ley de presupuestos.

Se refiere que la función del Sr. Cesareo era la propia de los órganos superiores de la administración en su condición de Consejero, esto es, la coordinación y dirección de los centros directivos a su cargo. Ciertamente intervino en la elaboración de los presupuestos, pero ese dato tan poco específico debe ser completado en el siguiente sentido: Le correspondía determinar el estado de ingresos y las previsiones macroeconómicas (crecimiento, empleo e inflación) que permitirán fijar la llamada envolvente financiera y marcar el techo de gasto, y le correspondía también aprobar la estructura del Presupuesto mediante Órdenes anuales (art. 33 Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía), pero "en ningún caso correspondía a su posición, a sus funciones, a sus competencias e incluso a sus capacidades materiales el control o la revisión pormenorizada de los múltiples y distintos programas de gasto de cada una de las Consejerías, a las que les correspondían elaborar sus respectivos anteproyectos de gasto y grabarlos. Como todas las demás, la Administración autonómica se organiza y actúa conforme a los principios de jerarquía, descentralización, coordinación, buena fe, confianza legítima¹ y eficiencia (art. 16 LAJA)".

(ii) La segunda queja va dirigida a la supresión de la locución la "gravedad de la situación creada" que se contiene en el apartado 18º de los hechos probados de la sentencia impugnada. En ese apartado de la sentencia se hace la siguiente declaración:

"DECIMOCTAVO.- La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados..."

Frente a esa declaración se alega que en ninguno de los instrumentos de control, ninguna de las instituciones a quien corresponde el control presupuestario interno y externo, ninguna instancia política o técnica, como veremos que queda reflejado en los documentos aportados en apoyo del motivo en este concreto apartado, reflejaron, detectaron, indicaron o advirtieron de que existiera "una situación grave". No la advirtieron en relación con ninguno de los aspectos y campos sobre los que llevan a cabo su inspección ni, desde luego, tampoco respecto del limitado campo al que la sentencia atribuye esa supuesta gravedad, vinculada a "la gestión presupuestaria del programa 31.L mediante "la utilización de las transferencias de financiación" o las actuaciones de los acusados de la Consejería de Empleo.

Por tanto, con apoyo en los documentos que se señalan (informes de control financiero permanente e informes anuales de la Cámara de Cuentas) se interesa la rectificación del relato fáctico en el extremo señalado.

(iii) Por último, un tercer error fáctico, asociado al anterior, se encuentra en la afirmación de la sentencia de que la utilización de las transferencias de financiación imposibilitaba el control previo de las ayudas sociolaborales. Omite la sentencia que con independencia de la forma de control de los pagos había de realizarse la fiscalización previa del gasto y del compromiso, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 del RIJA y el 83 de la LGHPCAA. Es decir, en cumplimiento de esos preceptos debía controlarse la adecuación de la naturaleza del crédito, por lo que, en contra de lo erróneamente manifiesta la sentencia sí hay que acreditar la adecuación del crédito lo que solo es posible si se controla el "destino final de los fondos, es decir, qué iba a hacer el Instituto con el dinero que recibía. Se interesa, por tanto, la rectificación del juicio histórico de la sentencia en este concreto particular.

62.2 Nuestra doctrina, de la que es exponente 542/2018, de 12 de noviembre, es constante al declarar que la finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico a través de la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones, el error que se denuncia y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario. Es decir, el documento, debe acreditar por su propio contenido el error que se alega. Por ese motivo la doctrina de esta sala (SSTS 936/2006 y 778/2007, entre otras muchas) viene exigiendo para la prosperabilidad de este motivo de casación los siguientes elementos:

(i) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.

(ii) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

(iii) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim.

(iv) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

62.3 Como ya hemos dicho, el primero de los alegatos tiene como pretensión que se adicione el relato fáctico con hechos que el tribunal de instancia no ha considerado nucleares para la subsunción típica y que se consideran muy relevantes para contextualizar la intervención del Sr. Cesareo en los hechos.

No es sencillo perfilar con exactitud qué hechos deben integrar el relato fáctico. En esa tarea, que corresponde al tribunal de enjuiciamiento, debe admitirse cierta flexibilidad, pero, en todo caso y en congruencia con las conclusiones definitivas, el relato fáctico debe incluir necesariamente los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Hemos dicho que la sentencia no puede describir los hechos en términos vagos e indeterminados y también que el tribunal puede incluir también todos aquellos hechos complementarios y no esenciales que sean útiles para una mejor y más detallada descripción de los hechos nucleares.

(i) En este caso y en relación con la primera solicitud, los documentos señalados en el motivo no acreditan por sí los datos que se pretenden adicionar. Además, los hechos que se pretenden incluir en el juicio histórico, sin perjuicio de que puedan ser valorados como elementos indiciarios para contextualizar la intervención del Sr. Cesareo, no son esenciales para efectuar la calificación jurídico-penal de los hechos y, por último, si lo que se pretende afirmar con la adición es que el recurrente no actuó a sabiendas de la ilegalidad de su actuación o con desconocimiento de la ilegalidad de la misma, semejante inferencia no depende en exclusiva ni de forma singularmente relevante de los datos contextuales que se pretenden adicionar. Por lo tanto, la primera queja de este motivo no puede ser atendida.

(ii) En segundo lugar se insta la rectificación del relato fáctico excluyendo de éste una conclusión referida a la "gravedad de la situación creada" por consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L.

Se trata de una inferencia valorativa que ha establecido el tribunal de instancia a partir del análisis conjunto de la prueba. Además, los documentos señalados en el motivo no son literosuficientes, esto es, no acreditan por sí la ausencia de la gravedad que afirma el recurso.

Lo que se pretende a través de esta alegación es que se proceda a una nueva valoración de las pruebas para llegar a una conclusión diferente, pretensión que excede de los estrechos márgenes de este motivo de casación.

(iii) Iguales consideraciones han de hacerse en relación con el error que se denuncia respecto al control previo de las ayudas sociolaborales, una vez que su financiación se llevó a cabo mediante transferencias de financiación al IFA/IDEA.

Ciertamente la sentencia declara probado que se omitió la fiscalización previa y que esa omisión era la finalidad pretendida por los autores al establecer y mantener un sistema de presupuestación indebido mediante transferencias de financiación al IFA/IDEA, pero tales afirmaciones las deduce el tribunal tanto del análisis de la normativa presupuestaria y de las normas reguladoras de las subvenciones, como de la valoración de la abundante prueba obrante en autos.

También en este caso se busca, a través de esta concreta impugnación, una revisión no sólo del análisis jurídico de la sentencia sobre los sistemas de control de las ayudas sociolaborales y de las transferencias de financiación, sino de la valoración global de la prueba. Precisamente por ello los documentos que se señalan en el motivo no acreditan por sí mismos el error fáctico que el recurrente invoca.

A esta cuestión nos hemos referido en el capítulo V de la esta sentencia (fundamentos jurídicos 10º a 16º).

El motivo se desestima.

63. Motivo por infracción de precepto constitucional: Lesión del derecho a un juicio justo, en su aspecto de derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, al principio de legalidad, al derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

63.1 Preliminar.

En el cuarto motivo del recurso y después de hacer una digresión sobre los "macro procesos", calificados como una clase de patología procesal, se formulan tres quejas contra la sentencia, a través de la vía casacional del artículo 852 de la LECrim a modo de submotivos.

En la primera de ellas se denuncia la falta de claridad del relato fáctico de la sentencia, cuestión sobre la que ya nos acabamos de pronunciar.

Y el segundo reproche se refiere a una supuesta vulneración del derecho de defensa en relación con el delito de malversación de caudales públicos, al pronunciarse la sentencia sobre unos hechos que previamente habían sido excluidos del objeto de enjuiciamiento. Pues bien, sobre esta segunda queja también nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico tercero al que nos remitimos para evitar duplicidades argumentativas innecesarias.

Ambas submotivos se desestima, por lo que nuestra respuesta ha de limitarse a la denuncia sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia y demás derechos constitucionales relacionados con él.

63.2 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

En el apartado tercero de este cuarto motivo se denuncia la lesión del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, al amparo del artículo 852 de la LECrim, del artículo 5.4 de la LOPJ y de los artículos 9.1 y 24.2 de la Constitución.

Como ya hemos apuntado anteriormente, cuando se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia nuestra labor de control se limita a determinar si la prueba tomada en consideración por el tribunal es suficiente para un pronunciamiento de condena y, conectado con lo anterior, si la valoración probatoria realizada se ajusta a criterios de racionalidad. Y para hacer ese análisis resulta obligado iniciar nuestra exposición refiriendo las pruebas identificadas por el tribunal para llegar a su pronunciamiento de culpabilidad.

En relación con el recurrente han sido las siguientes:

(i) Ejerció los cargos de Consejero de Economía y Hacienda, desde el 24 de abril de 2004, hasta el 23 de abril de 2009; y de Presidente de la Junta de Andalucía, desde el 23 de abril de 2009, hasta el 7 de septiembre de 2013.

La sentencia de instancia refiere las funciones y competencias que le correspondían por razón de tales cargos. Entre las normas citadas en la sentencia destacamos las siguientes:

- El artículo 9 b) y e) de la Ley 5/1983 barra 1983, 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía, que atribuía al Consejero la competencia para

"Elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley del presupuesto" y "Velar por la ejecución del presupuesto y por los derechos económicos de la hacienda de la comunidad".

- El artículo 1º del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda y artículo 1 del Decreto 239/2004, de 18 de mayo, (que sucedió al anterior Decreto), que atribuye a la citada Consejería las siguientes competencias: (prueba de cargo 1):

"El impulso de la actividad económica, la elaboración de las directrices de política económica y financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la coordinación de su ejecución y cumplimiento.

La elaboración, seguimiento y control del Presupuesto; la política financiera y tributaria; la dirección de la gestión de los tributos propios de la Comunidad Autónoma y la gestión de los cedidos por el Estado; la inspección financiera y tributaria; la programación, seguimiento, evaluación y coordinación de las actuaciones de contenido económico y financiero relativas a los ingresos que, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma, se derivan de las intervenciones de los Fondos Estructurales, Fondo de Cohesión, otros instrumentos financieros no estructurales establecidos por la Unión Europea y Banco Europeo de Inversiones, gestión, administración y representación del Patrimonio y la política de sedes administrativas; la gestión de la Tesorería y de la deuda pública; la cooperación financiera; y las demás funciones atribuidas por la normativa vigente, correspondiéndole, asimismo, la gestión de la participación de los Entes Locales en los ingresos del Estado y la tutela y cooperación financiera con los mismos".

(ii) La sentencia afirma de forma reiterada que el Sr. Cesareo tenía conocimiento de la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones. Este conocimiento deriva, en primer lugar, de la normativa aplicable, que el Consejero de Hacienda debía conocer.

Citaremos las normas más relevantes:

- La Ley 5/1983, de 19 de julio, en cuyo Título VIII se establecía la regulación básica aplicable a las subvenciones: Definición, órganos competentes, beneficiarios y obligaciones que les correspondían, exigencia de bases reguladoras y contenido de las mismas, obligaciones de las entidades colaboradoras, vigencia de los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad.

- La Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre, que estableció el régimen jurídico de las subvenciones, desarrollando las previsiones contenidas en la citada Ley 5/1983. Esta norma fue radicalmente incumplida y destacaremos las reglas básicas de concesión de toda subvención, que se precisan en el artículo 9, apartados 2 y 3.

"2. Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley.

3. Las bases reguladoras de cada tipo de subvención se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" o en el diario oficial correspondiente.

4. Adicionalmente, el otorgamiento de una subvención debe cumplir los siguientes requisitos: a) La competencia del órgano administrativo concedente. b) La existencia de crédito adecuado y suficiente para atender las obligaciones de contenido económico que se derivan de la concesión de la subvención. c) La tramitación del procedimiento de concesión de acuerdo con las normas que resulten de aplicación. d) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, en los términos previstos en las leyes. e) La aprobación del gasto por el órgano competente para ello".

- Las leyes de acompañamiento que año a año precisaban en su artículo 18 la finalidad propia de las transferencias de financiación, que no era precisamente el pago de subvenciones (vid. fundamento jurídico octavo de esta sentencia).

- El Real Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Subvenciones de la Junta de Andalucía, que en su artículo 2 excluye de su ámbito las transferencias de financiación, porque debían tener como objeto exclusivamente las subvenciones de explotación y capital de los organismos autónomos, empresas y universidades de la Junta de Andalucía.

- Las Instrucciones conjuntas de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía 1/98, de 26 de febrero, y 2/2002, de 21 de marzo, ésta última por la que se desarrolla el art. 18 de la ley 15/2001.

En ambas se establecieron los procedimientos de reintegro de los importes de transferencias de financiación no aplicados a la cobertura de pérdidas de una entidad pública. Es decir, venían a afirmar que las transferencias de financiación no podían aplicarse a una finalidad distinta de la cobertura de pérdidas de una entidad pública.

- Y la Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre criterios para la fiscalización de las transferencias y otros gastos a favor de las empresas públicas y determinadas fundaciones.

Como refuerzo de tal conocimiento, la Sala de instancia destacó el hecho de que poco después de cesar en su cargo (el 26 de abril de 2009) se dictó la instrucción 1/2009 de 15 de junio, de la Dirección General de Presupuestos en la que se recordaron las normas para la presupuestación de las transferencias corrientes y de capital.

La Audiencia Provincial adelanta que la circunstancia de que hubiese que recordar tales normas respondía al hecho de que no se habían observado durante los años anteriores.

La Instrucción insiste en la necesidad de identificar a los beneficiarios de las subvenciones; la obligación de acreditar su legitimidad para acceder a las ayudas; y la actividad que habrían de realizar los destinatarios últimos de las subvenciones y ayudas en virtud de la cual se fundamentaba el otorgamiento de las mismas. Asimismo, se concretaron los artículos vigentes para presupuestar las subvenciones y ayudas. Y todo ello, en atención 'a los problemas que se habían planteado en el ámbito del control de las actuaciones.

En esta Instrucción no se vinieron a recoger disposiciones novedosas, sino a afirmar que, hasta entonces, se habían dado problemas en el control de esas actuaciones, razón por la que se recogieron tales criterios de presupuestación, de conformidad con la normativa vigente.

Por otra parte, para acreditar el necesario conocimiento de las distintas disposiciones legales, la sentencia de instancia, en respuesta a una de las alegaciones formuladas en el juicio, recuerda que antes de ser Consejero de Hacienda en el gobierno andaluz fue Viceconsejero de Trabajo de Andalucía (1982-1986) y Ministro de Trabajo (1993-1996) por lo que la materia sobre la que versa este proceso no le era desconocida. Es más, se destaca que siendo Viceconsejero las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis no se efectuaban mediante transferencias de financiación y siendo Ministro de Trabajo se concedieron ayudas previas a la jubilación ordinaria mediante las Órdenes Ministeriales de 05/10/1994 y 05/04/1995 y en ambos casos tales ayudas se concedieron como subvenciones.

(iii) Como Consejero de Economía y Hacienda intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2005 a 2009 participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno, incluyendo indebidamente dentro del programa 31L las transferencias de financiación, sabiendo que dichas transferencias iban a ser utilizadas para el pago de subvenciones (Pruebas de cargo 1 y 2).

La elaboración de estos proyectos normativos venía regulada minuciosamente en la Ley General de la Hacienda Pública y demás normativa aplicable y, además, por razón de su cargo aprobaba las normas reglamentarias reguladoras de ese proceso.

En efecto, a tenor del artículo 33.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que la Consejería de Economía y Hacienda publicará anualmente la orden por la que se dictan las normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el siguiente año.

A través de las señaladas órdenes se establecían los criterios anuales de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar, el calendario de actuaciones y el procedimiento para la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto, no solo de las distintas Consejerías, sino también de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía.

En este sentido, la Sala de instancia destaca el artículo 60 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, que dispone que:

'Los presupuestos de explotación y de capital a que se refiere el artículo 57.3 de esta ley, se remitirán por las respectivas empresas a la Consejería de Economía y Hacienda por conducto de la Consejería de que dependan, antes del día 1 de julio de cada año, acompañados de una memoria explicativa de su contenido y de la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediato anterior'.

Debe enfatizarse que el contenido de las diversas órdenes fue analizado por la Audiencia Provincial en su sentencia, con ocasión del examen de numerosas cuestiones; y, entre ellas, al valorar la prueba pericial realizada por la IGAE y al analizar las transferencias de financiación (FJ.8), el procedimiento de elaboración presupuestaria (FJ.15) y las repercusiones en el presupuesto del IFA/IDEA del uso de las transferencias de financiación (FJ.18).

Al respecto, la Orden de 4 de junio de 2003, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad autónoma de Andalucía para el año 2004, cuyo artículo 6.1.2, que, bajo la rúbrica, Análisis de programas, dispone:

'Con la finalidad de valorar la necesidad y la eficacia de los programas presupuestarios se constituirá, por cada Sección Presupuestaria, un grupo de trabajo del que formarán parte el Viceconsejero de Economía y Hacienda, el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, los Directores Generales de Planificación, Presupuestos y Fondos Europeos, así como el Viceconsejero, el Secretario General Técnico y, en su caso, los responsables de los programas de las respectivas Consejerías.

Dichos grupos estudiarán, de acuerdo a la información remitida según lo establecido en el punto 6.1.1 de la presente Orden, la totalidad de los objetivos y gastos contenidos en los programas conforme a las siguientes líneas de actuación:

a) Evaluar la ejecución de los programas presupuestarios en el ejercicio anterior y la previsión del vigente para determinar el grado de cumplimiento de los objetivos y las causas de las desviaciones que, en su caso, se hubieran producido en la realización de los mismos.

b) Revisar cada uno de los programas de gastos y establecer su prioridad en función de los objetivos que deben alcanzar.

c) Fijar los indicadores que permitan medir la eficacia, eficiencia, calidad y ejecución financiera de los objetivos establecidos.

d) Determinar el coste que comporta cada programa, en función de las actuaciones que integran la propuesta del centro gestor.

e) Valorar el volumen de ingresos reales y potenciales que generará el programa.

f) Determinar los proyectos de inversión que sean susceptibles de obtener financiación de fondos europeos o de transferencias finalistas.

g) Realizar una propuesta sobre la dimensión de los programas'.

Y, el artículo 6.3, bajo la rúbrica Tramitación del Anteproyecto, dispone que:

'Como resultado de las actuaciones descritas en los apartados anteriores, la Dirección General de Presupuestos elaborará los estados de gastos del Anteproyecto de Presupuesto de la Comunidad Autónoma (...) para su elevación a la titular de la Consejería de Economía y Hacienda, que someterá al acuerdo del Consejo de Gobierno el Anteproyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (...)'.

A la vista de las normas citadas, en el proceso de elaboración jugaban un papel importante los grupos de trabajo de alto nivel formados por miembros de la Consejería de Hacienda y de las consejerías relacionadas con la materia de que se tratara. Su función era evaluar la ejecución de los programas del ejercicio anterior y las causas de las desviaciones. Esos grupos de trabajo eran presididos por el Viceconsejero de Hacienda.

Teniendo en cuenta la relevancia de esa participación el tribunal de instancia estima contrario a la razón que el Viceconsejero no informara al Consejero de los déficits producidos en el IFA /IDEA, así como de que, por consecuencia del uso de transferencias de financiación, no se podía fiscalizar la aprobación y pago de las ayudas sociolaborales (Prueba de cargo 9).

No es irracional esa inferencia. Sin necesidad de reiterar el contenido de toda la normativa de aplicación, cuidadosamente señalada en la resolución impugnada, es necesario poner el acento en que el Consejero de Hacienda tenía un papel central en la elaboración de las normas presupuestarias, lo que permite inferir que tenía un conocimiento suficiente de todo lo relativo a esa elaboración, al menos en sus rasgos generales, y también de las incidencias relevantes. El papel protagónico que le correspondía en la elaboración de las normas presupuestarias

no puede pasarse por alto y sería contrario a la razón suponer que desconocía todo lo concerniente al pago de las ayudas sociolaborales.

(iv) También como Consejero de Economía participó en la tramitación de las modificaciones presupuestarias y fue él, en última instancia, una de las autoridades que decidió elevar estos proyectos normativos al Consejo de Gobierno para su aprobación o aprobó las modificaciones presupuestarias de su competencia. Por tanto, siendo consejero de Hacienda siguió haciendo uso indebido de las transferencias de financiación en las distintas modificaciones presupuestarias gestionadas durante su mandato (Prueba de cargo 5).

La resolución impugnada cita, a modo de ejemplo, tres modificaciones presupuestarias.

a) La modificación de diciembre de 2004 que incrementaba el programa 32 H, del "Servicio Andaluz de Empleo". Esa modificación se aprobó a pesar de que los fines del programa 32 H eran ajenos a la concesión de ayudas socio laborales (Prueba de cargo 6).

Dada la anómala propuesta de modificación presupuestaria, debió ser necesariamente informado por los cargos inferiores de la Consejería de Economía y Hacienda de la misma, máxime cuando en la citada modificación presupuestaria se iba a incrementar el programa 32H, "Servicio Andaluz de Empleo", para conceder subvenciones, pese a que los fines de aquel programa eran ajenos a esta finalidad; y, asimismo, por cuanto con esta modificación presupuestaria se incumplía lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía que dispone que: "Los créditos para gastos se destinaran exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la ley del presupuesto o por las modificaciones aprobadas conforme a esta ley".

La conclusión es razonable. La modificación presupuestaria expuesta implicaba un cúmulo de infracciones de la normativa vigente que es razonable que fuese comunicada al recurrente, Consejero de Economía y Hacienda, máxime cuando éste iba a participar en su aprobación como miembro del Consejo de Gobierno. Tal conclusión es razonable, asimismo, si se tiene en consideración un desempeño mínimamente diligente de la alta función pública.

b) La modificación de 7 de julio de 2004, por cuantía de 74.470.000 euros, en cuya memoria justificativa ya se anunciaba que el IFA había acumulado compromisos en ejercicios anteriores por cuantía de 74.470.000 euros, sin contar con las obligaciones de las pólizas derivadas de la firma en julio de 2003 del convenio con Faja Pirítica (Prueba de cargo 7).

Debe recordarse que no cabía conceder subvenciones sin la previa existencia del crédito correspondiente.

c) La modificación de 9 de diciembre de 2004 (Prueba de cargo 8).

La Memoria justificativa de esa modificación presupuestaria, que fue remitida junto con el expediente por el Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo a la Dirección General de Presupuestos, afirmaba:

'En fecha 31 de julio de 2003 el Director General de Trabajo y Seguridad Social firma un protocolo por el que se procede a la adjudicación de las pólizas de prejubilaciones a las entidades VITALICIO y LA ESTRELLA. En el contenido de dichas pólizas se contempla prestaciones por prejubilación para un total de 687 trabajadores procedentes de distintas empresas de la FAJA PIRÍTICA. Los importes a los que hay que atender en las pólizas de LA ESTRELLA y VITALICIO de los distintos años son los siguientes:

(...) La dotación presupuestaria resulta del todo insuficiente para cubrir los importes comprometidos de las pólizas de la FAJA PIRÍTICA, ya que solo alcanzaba con dificultades a cumplir con parte de los compromisos ya adquiridos en ejercicios anteriores de prejubilaciones de SANTANA MOTOR, BOLIDEN APIRSA, DHULL, SIEMENS, CERVEZAS ALHAMBRA, HYTEMASA, INVIRSAL, TAMC, ABB, CÍA ANDALUZA DE CERVEZAS y a los expedientes de viabilidad de empresas. Por todo ello resulta del todo insuficiente para la cobertura de las pólizas suscritas la dotación presupuestaria inicialmente prevista en el total del importe de la póliza que corresponde a octubre de 2004 por importe de 27.065.786,68 euros.

De la señalada Memoria, la Audiencia Provincial extrajo tres conclusiones, que no son sino la reiteración material de cuanto ya se ha dicho. La primera, es que los fondos procedentes de la modificación presupuestaria estaban destinados al pago de subvenciones sociolaborales, es decir, a las prestaciones por prejubilación. La segunda, es que las subvenciones sociolaborales habían sido concedidas por el Director General de Trabajo, que carecía de competencia, pues era quien había firmado el protocolo para la adjudicación de las mismas. Y la tercera de las conclusiones, consiste en que, para el pago de dichas ayudas, se habría de utilizar la partida 440 "Transferencias de financiación al IFA" del programa 31L.

Por tanto, de nuevo, la señalada Memoria es demostrativa de que el Sr. Cesareo era conocedor del inadecuado uso de las transferencias de financiación que se estaba dando, no solo por su competencia y por la normativa aplicable, sino, en el caso concreto, porque en las pocas líneas que integran la Memoria se dibujó de forma precisa el instrumento presupuestario utilizado y el destino que se quería dar a los fondos".

Son tres ejemplos que pueden extenderse a las restantes modificaciones presupuestarias, cuyo contenido se describe en la sentencia impugnada.

(v) Para justificar contablemente los ingresos que el IFA/IDEA recibía indebidamente como transferencias de financiación, los pagos de las ayudas se contabilizaron artificialmente como "gastos de explotación" del ente, cuando no lo eran. Tales pagos no eran gastos de explotación y eran pagos por cuenta de terceros.

La empresa pública no hacía actividad alguna propia con esos ingresos y se limitaba a realizar una mera operación de tesorería. A ese fin la sentencia destaca la declaración testifical de don Constantino y la documental que incorpora los PAIF, relativos a la ejecución de los presupuestos de explotación y capital de IFA /IDEA durante los ejercicios 2001 a 2010, indicando expresamente que los PAIF eran remitidos a la Consejería de Hacienda por lo que debían ser objeto de conocimiento del Consejero (Pruebas de cargos 2 y 4).

(vi) El Sr. Cesareo manifestó en su declaración sumarial que "si la Dirección General de Empleo es la que reconoce el derecho tiene que haber una fiscalización previa sin perjuicio de que el IFA sea el que ordene el pago". El tribunal de instancia deduce de esta declaración que conocía la obligatoriedad de fiscalización previa para el pago de las ayudas sociolaborales.

(vii) La sentencia señala una serie de documentos que alertaban del uso indebido de las transferencias de financiación.

En primer lugar, se citan las Memorias de los proyectos de Ley de Presupuestos de 2005 a 2009 en las que se hacía constar la existencia de déficit en la actividad del IFA/IDEA y por tal razón la partida presupuestada incluía la finalidad de "cubrir las necesidades comprometidas asumidas por los expedientes de regulación de empleo". Con esta expresión se hacía referencia a que las partidas aprobadas iban a cubrir compromisos de pagos asumidos por encima de la cobertura presupuestaria (Prueba de cargo 8).

El contenido de estas Memorias se refiere en el Informe pericial de la IGAE, del que se destaca por su interés los siguientes párrafos:

"(1) En relación con el Presupuesto de 2005, el primero que se elaboró con el acusado como titular de la Consejería de Hacienda:

En la memoria, se afirma: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones (...)»

En el Informe Económico Financiero del mismo Presupuesto de 2005, se menciona: «En este ámbito, las actuaciones previstas para 2005 cumplirán los siguientes objetivos: (...) cobertura de las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda a prejubilaciones».

(2) En relación con el Presupuesto de 2006:

En la Memoria del Programa 31L del Presupuesto (páginas 175 y 176 de la Memoria), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones (...)» En el Informe Económico Financiero, se menciona: «Se trata de cubrir las necesidades asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). Para ello, se realizarán transferencias a AIDA en aplicación del concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor durante 2001- 2004 y se atenderá a las obligaciones comprometidas relativas, entre otros, a la Faja Pirítica».

(3) En relación con el Presupuesto de 2007.

En la Memoria del Presupuesto (páginas 169 y SS.), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). El contenido durante el año 2006- 2007 se limitará a ir liquidando las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados.»

(4) En relación con el presupuesto de 2008:

En la Memoria del Presupuesto (páginas 169 y SS.), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). El contenido durante el año 2006- 2007 se limitará a ir liquidando las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados.» (5) Tuvo igualmente conocimiento de la existencia del déficit a través de la memoria justificativa de la modificación presupuestaria de 28 de diciembre 2004 (...) en donde vía transferencia de financiación, se incrementa, no el programa 31L, sino el 32H, como ya ha quedado expuesto. En la citada memoria se dice: «Como quiera que la dotación presupuestaria contemplada en la aplicación 441.51 del programa presupuestario 31 L contemplaba exclusivamente una dotación anual por importe de 46.146.839 €. Que la citada dotación resultaba del todo insuficiente para cubrir los importes comprometidos de las pólizas de la Faja Pirítica, ya que solo alcanzaba con dificultades a cumplir con parte de los compromisos ya adquiridos en ejercicios anteriores de prejubilaciones de Santana Motor, Boliden Apirsa, Dhull, Siemens, Cervezas Alhambra, Hytemasa, Invirsal, T AMC, ABB, Cía Andaluza de Cervezas y a los expedientes de viabilidad de empresas. Todos los compromisos de ejercicios anteriores ya alcanzaban, para el año 2004 el importe de 74.470.000 € sin contar con las obligaciones de las pólizas de la Faja Pirítica. Por todo ello resulta del todo insuficiente para la cobertura de las pólizas suscritas la dotación presupuestaria inicialmente prevista. Para atender el importe de la póliza de prejubilaciones de la Faja Pirítica a abonar en octubre de 2004, es necesario una dotación de 27.065.786,68 € al programa 31.L».

(viii) También se le remitieron los Informes de control financiero permanente de las empresas públicas, de los que era destinatario, conforme a lo previsto en el artículo 12.3 del Decreto 9/1999, de 19 de enero (Prueba de cargo 11º).

Ciertamente el envío se realizaba formalmente a través del Viceconsejero, pero no es razonable suponer que éste incumpliera su obligación de dar traslado a su destinatario. La sentencia pone de manifiesto que en estos informes se insistió en que "el uso de las transferencias de financiación era inadecuado para el gasto realizado" y se identifican hasta 14 informes notificados en los que se aludía a esta ilegalidad (Prueba de cargo 11).

(ix) De estos informes, notificados a través de la Viceconsejera, doña Marcelina, destaca la sentencia, el Informe Adicional de Cumplimiento del ejercicio 2003 del IFA, notificado en 2005, y sobre el que existen múltiples referencias en esta sentencia (Prueba de cargo 12).

Por su importancia y por la gravedad y extensión de las ilegalidades que se venían produciendo y que se comprobaron en una muestra significativa de los expedientes analizados por la Intervención, transcribimos las partes más significativas de su contenido.

El citado Informe se extiende, en primer lugar, en señalar la improcedencia del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y, no sólo eso. Describe las consecuencias que el uso de ese instrumento presupuestario conlleva en el control de las subvenciones. Citaremos literalmente su contenido porque es sumamente revelador.

«La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía .../...De todo lo dicho cabe concluir que el procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar el gasto público realizado.../...Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido.../...4º Relevancia del procedimiento administrativoLa elección por el gestor de una figura u otra no se reduce, como es evidente, a una mera cuestión de forma. Es de fondo. Aunque el correcto cumplimiento de las normas que disciplinan estos procedimientos administrativos es, por sí sólo, argumento suficiente, hay más. Así, los regímenes de fiscalización, justificación de la actuación y pago material son marcadamente distintos en estos procedimientos y especialmente rigurosos para la figura de la subvención excepcional: La transferencia exige para su fiscalización previa la resolución del órgano competente, un calendario de tesorería para el pago material y su previsión en el PAIF de la empresa. No exige justificación previa ni posterior al pago de la aplicación de los fondos. La subvención excepcional exige en el momento de la fiscalización previa la propuesta del documento AD, solicitud de la subvención junto con la valoración económica o, borrador del convenio a suscribir en su caso, declaración responsable del beneficiario de no concurrencia de ayudas, proyecto de Acuerdo del Consejo de Gobierno si la subvención supera determinados importes. Previo al pago, acreditación de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la seguridad social, Resolución o convenio firmados, Acuerdo del Consejo de Gobierno cuando sea preceptivo. Por último es necesario justificar el cumplimiento de las condiciones fijadas al beneficiario y la aplicación de la subvención.

La diferencia fundamental entre la subvención excepcional por un lado y, transferencias de financiación, por otro, como vemos está básicamente en la intensidad del control previo al gasto y al pago y la exigencia en las primeras de acreditación del cumplimiento de la obligación, no así en las transferencias.

El régimen más laxo de fiscalización de las transferencias tiene sentido si su tramitación responde realmente a la finalidad para la cual han sido concebidas. Esto es, financiar de forma genérica las actividades corrientes o de inversión de las empresas. Siendo así, su previsión en el PAIF de la empresa y el examen de su tratamiento contable por éstas en vía de control financiero, parecen suficientes para garantizar su correcta aplicación. Por el contrario, la utilización de ésta figura para financiar actuaciones concretas, como las subvenciones excepcionales, da lugar a importantes deficiencias; provoca, por un lado disfunciones en la labor de control al impedir verificar de forma exhaustiva el correcto cumplimiento de las obligaciones impuestas a la empresa; y, por otro facilita que se produzcan resultados contrarios a las normas de aplicación. Entre éstas la adopción de compromisos de obligaciones superando los límites de créditos presupuestarios, recogido en el apartado VI de éste informe que, en caso de seguirse la tramitación procedente, difícilmente se habrían producido.»

La consecuencia del instrumento inidóneo utilizado no sólo fue la falta absoluta de control por la Intervención, sino la disposición de los fondos públicos al margen de toda previsión legal.

Aun cuando pueda afirmarse que el contenido del Informe no anuncia las consecuencias que se podían producir, lo cierto es que las advertencias de la Intervención fueron singularmente precisas, señalando que las subvenciones tenían un régimen de control mucho más riguroso que las transferencias de financiación y que una de las consecuencias del uso de éstas fue precisamente la existencia de concesión de subvenciones por encima del límite presupuestario.

El informe tenía un contenido aún más preocupante. El análisis de una muestra significativa de expedientes (20 de 144) detectó una serie de irregularidades que no podían pasar desapercibidas. Y fueron las siguientes:

- Imputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 -transferencias al IFA- sino el 47 o 48, según el beneficiario.

- No consta solicitud presentada por los interesados.
- No se aporta presupuesto desglosado por partidas y conceptos y con detalle de ingresos y gastos.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA , y artículo 15.1 del Reglamento de Subvenciones).
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse.
- No constan informes del Gabinete jurídico en los convenios suscritos.
- No constan autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión, las subvenciones concedidas a empresas.
- Estas subvenciones no se han incluido en la base de datos.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.

El Informe también analizó el Protocolo de concesión de ayuda a la empresa HYSTASAL, una de las beneficiarias de las ayudas y cuyo expediente fue el que dio lugar a la realización del Informe. El Protocolo se entiende como instrumento jurídico de la concesión de la ayuda, y tenía las siguientes deficiencias:

- No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo.
- No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono. - No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. -
- Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas.
- No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500.000 euros.
- Se ha omitido la fiscalización previa.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- El Director General de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10.285.137,38 euros, en lugar de 10.500.000,00 euros.

Y a modo de conclusión se dice:

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

(x) Y también aludimos ahora a distintos informes en los que se destaca que se procedió a la concesión de subvenciones excepcionales prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido en la ley.

Estos informes han sido mencionados en la contestación al recurso de la Viceconsejera de Hacienda doña Emilia, pero cuya relevancia probatoria es predicable de la conducta del Consejero, al amparo de la cláusula general contenida en la prueba de cargo 22. Son los siguientes:

a) Informe de cumplimiento del año 2004. En dicho informe se hace constar:

"Por parte del órgano gestor de los gastos, al financiar la actuación mediante transferencias corrientes, aplicación 440.51, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003 de Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2004. Se vulnera asimismo el título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al conceder subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido en el artículo 107 de la misma."

b) Informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005, remitida el 09/03/2007, (Prueba de cargo 13) en la que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las subvenciones que se conceden no tienen bases de convocatoria y que procedería articular el pago de las ayudas como encargos de ejecución, siendo improcedente el uso de las transferencias de financiación. En este informe se hace constar que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pagode determinadas subvenciones excepcionales (...).

Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.

De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

c) Informe de auditoría de cumplimiento de sobre IDEA del ejercicio 2005, remitido por la Intervención el 09/03/2007 (Prueba de cargo 14), en el que se dice lo siguiente:

«La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pagode determinadas subvenciones excepcionales....

Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.

De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras.

De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades.»

d) Informe de cumplimiento de 2006 que se pronuncia en términos similares al de 2005, realizado por la Intervención el 04/12/2007 (Prueba de cargo 15)

e) Anexo al informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006 que también concluye en los mismos términos, remitido el 03/10/2008 (Prueba de cargo 16). En este informe se afirma:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado" que dispone: Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51. 31L

La aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y seguridad social. Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios 2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación.

El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

f) Informe de cumplimiento de 2007, remitido el 31/10/2008, (Prueba de cargo 17) en el que se afirma:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. (...). En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales.

La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía .

Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone (...), podemos encontrar ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

Como puede observarse del contenido de los distintos informes, la Intervención aludía de forma reiterada a la ilegalidad del proceso que se seguía y nada se hizo.

Al margen del Informe de cumplimiento de 2003, los restantes informes a los que acabamos de aludir no sólo alertan de continuo sobre el uso indebido de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones excepcionales, sino que hacen alusión a otras deficiencias de singular relieve. Nos referimos a que se estaba prescindiendo absolutamente del procedimiento en la concesión de subvenciones, conforme al artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública, porque no existían normas o bases reguladoras y porque la empresa pública no podía intervenir en el proceso como entidad colaboradora. Se trata de ilegalidades de enorme calado que anuncian el posible despilfarro de los fondos públicos ante la ausencia de todo control.

(xi) La sentencia cita como elemento probatorio de cargo las declaraciones prestadas en las comparecencias parlamentarias del acusado, incorporadas a autos documentalmente, en las que hace referencia a las novedades introducidas en los informes de 2005, lo que se compadece mal con el desconocimiento invocado por el recurrente (Prueba de cargo 19).

(xii) Alude también la resolución impugnada al dato de que el Consejo de Gobierno aprobaba, a propuesta de la Consejería de Hacienda, el programa anual de control financiero permanente de las empresas públicas en el que se incluía las actuaciones de control que debería hacer la Intervención General durante el ejercicio correspondiente y en la documentación que se incorporaba en ese expediente se incluía una Memoria del control realizado en el ejercicio precedente.

La Audiencia Provincial recuerda la tramitación de estos documentos. Tras la propuesta de su elaboración por la Intervención General de la Junta de Andalucía, eran objeto de estudio por cada una de las Consejerías; se sometían a su examen y debate en la Comisión General de Viceconsejeros; y, finalmente, se elevaban al Consejo de Gobierno en el índice Rojo. Dentro de la documentación que integraba el expediente a elevar al Consejo de Gobierno, se incluía, como anexo, una Memoria del Control Financiero Permanente referida a los trabajos de control realizados en el ejercicio anterior.

Pues bien, en la Memoria correspondiente a los trabajos realizados en 2006 y que se incorporó al expediente del ejercicio de 2007 (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 08/05/2007) se hace referencia a las conclusiones, salvedades e incumplimientos detectados en los informes emitidos, lo que se valora como una evidencia más del conocimiento que tenía el Sr. Cesareo sobre las ilegalidades que se venían produciendo (Prueba de cargo 20).

En efecto, en las citadas conclusiones se afirma:

"de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa. Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas sino a las consejerías".

Asimismo, el informe afirmaba, en síntesis, que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las Transferencias de financiación, que afectan a Resultados o en la clasificación de su Activo y Pasivo, y deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas, que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros, al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001".

Es cierto que el Sr. Cesareo no asistió a la reunión en que se aprobó el documento y la sentencia así lo reconoce, pero dedujo que debió tener conocimiento del mismo porque fue elaborado por la Consejería de la que era titular y porque la aprobación del Plan de Control Permanente se elevó para su aprobación a propuesta de tal Consejería.

Las reglas de la lógica, la razón y las máximas de experiencia, una vez más, permiten inferir que, pese a no asistir a la sesión del Consejo de Gobierno en el que se aprobó el Plan de Control Permanente del año 2007, tuvo conocimiento de su contenido, pues del mismo, al menos, debió dársele cuenta, en particular, por parte de la Viceconsejera de Economía y Hacienda, máxime cuando tal documento fue elaborado en la Consejería de la que aquel era titular, su contenido evidenciaba el uso ilícito de las transferencias de financiación y, además, fue analizado y aprobado para su elevación al Consejo de Gobierno en la correspondiente sesión de la Comisión General de Viceconsejeros, a la que aquella acudió, como Viceconsejera de la Consejería de Economía y Hacienda.

(xiii) Se expone que el Sr. Cesareo tuvo acceso a muchas más información y documentación de la que llegaba al Parlamento, dado que en su consejería se elaboraba el proyecto de presupuesto y se recopilaba toda la

información que remitían los distintos centros directivos y contaba con una fuente de información adicional, la de la Viceconsejera, doña Marcelina, que formaba parte de los grupos de trabajo y, además, pertenecía al Consejo Rector de IDEA, interviniendo en las sesiones de dicho Consejo en las que se aprobaban las cuentas anuales y se ratificaban los convenios suscritos (Pruebas de cargo 20 y 21).

Esta última inferencia encuentra su apoyo en hechos objetivos acreditados (la efectiva pertenencia de la Viceconsejera al Consejo Rector; la existencia documental de las cuentas de la Agencia IDEA y de la constatación de los desfases; la existencia de los convenios particulares; las efectivas transferencias de financiación vinculadas al pago de las ayudas; y la dependencia jerárquica de aquella respecto del Consejero de Economía y Hacienda, entre otros). Por ello, convenimos con la Sala de instancia en que la conclusión de que la Viceconsejera debió informar de tales extremos es lógica y racional, lo que refuerza la conclusión de que él tuvo conocimiento de la existencia de los déficits presupuestarios en los términos referidos.

63.3 Alegaciones de descargo

Una vez examinada la prueba de cargo contenida en la sentencia de instancia, daremos respuesta a las concretas alegaciones exculporias formuladas y que no han recibido respuesta en el apartado anterior.

(i) En relación con ambos delitos (prevaricación administrativa y malversación de fondos públicos) se alega que la frase que el Sr. Cesareo vertió en su declaración ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, en la que afirmó que "el IFA podía perfectamente reconocer derechos y pagar y si la Dirección General de empleo es la que reconoce el derecho tiene que haber una fiscalización previa sin perjuicio de que el IFA sea el que ordene el pago (...)", no implica que tuviese conocimiento de que las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo debían estar sujetas al sistema de fiscalización previa. Sostiene que esta conclusión a la que llegó la Sala de instancia está descontextualizada y, además, se halla desprovista de fundamentación jurídica.

Entendemos que la frase es suficientemente expresiva por sí sola. Un importante repertorio de normas, que hemos citado, permitían conocer que las ayudas sociolaborales eran subvenciones y que éstas estaban sujetas a la control previo de la Intervención. También un importante elenco de normas permitía conocer que las transferencias de financiación no estaban sujetas a ese control previo, sino al control financiero. Y no es razonable suponer que la máxima autoridad de la Consejería de Hacienda, responsable de la política presupuestaria, desconociera esas normas. Pues bien, en ese contexto deben entenderse las declaraciones del Sr. Cesareo. Sabía que si la Dirección General de Empleo concedía las subvenciones, aunque el pago lo gestionara una empresa pública, debía existir el control previo y debía saber, aunque no lo dijera, que si se utilizaban las transferencias de financiación, como así ocurrió, no había ese control previo. Por tanto, la inferencia del tribunal de instancia tiene un fundamento lógico incuestionable a lo que debe añadirse que esas declaraciones, además, deben contextualizarse porque no son un dato aislado sino una evidencia más de las muchas que ha destacado el tribunal de instancia y que hemos relacionado con anterioridad.

La alegación se desestima.

(ii) En el motivo se sostiene que la sentencia no especifica ninguna norma que como Consejero de Economía y Hacienda hubiese infringido.

Tanto en la sentencia de instancia como a lo largo de esta sentencia se ha realizado un análisis de la legislación aplicable, en relación con el ámbito presupuestario, con el sistema de control y con el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales y se justifica y argumenta por qué razones jurídicas el criterio de presupuestación y el criterio de concesión y pago de las ayudas fue ilegal, por lo que carece de todo fundamento esta alegación.

(iii) En relación con el delito de prevaricación administrativa (artículo 404 CP) sostiene que no se ha probado que el Sr. Cesareo hubiese dictado una concreta resolución administrativa.

En el desarrollo argumental de este submotivo se sostiene que no puede reputarse como tal la aprobación de actos colegiados del Consejo de Gobierno consistentes en la aprobación y remisión de los Proyectos de Presupuestos. Aduce que la Sala de instancia no justifica la razón por la que considera tales actos como resoluciones prevaricadoras para algunos miembros del Consejo de Gobierno y no para otros. Tal omisión es irracional y carece de explicación. En relación con las modificaciones presupuestarias, por último, se alega que la resolución combatida no explica por qué entiende acreditado que la acción de elevar la modificación presupuestaria al Consejo de Gobierno para su aprobación puede reputarse como resolución administrativa, en el caso concreto.

Estos argumentos impugnativos no se refieren al juicio probatorio sino al juicio de subsunción normativa y han recibido cumplida respuesta en los apartados VI y VII de esta sentencia, en los que hemos abordado en profundidad todas las impugnaciones referidas al juicio de tipicidad.

Únicamente procede añadir una breve explicación a la denuncia de arbitrariedad fundada en el hecho de que "la Sala de instancia no justifica la razón por la que considera tales actos como resoluciones prevaricadoras para, solo, algunos miembros del Consejo de Gobierno y no para otros. Tal omisión es irracional y carece de explicación".

La denuncia parte de un presupuesto erróneo. Hecha reserva de las personas que fueron acusadas, los demás Consejeros que integraron los correspondientes Consejos de Gobierno de la Junta de Andalucía no lo fueron ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular y, por lo mismo, no fueron enjuiciados.

Desde el punto de vista subjetivo, el procedimiento no podía dirigirse contra quienes no fueron acusados y es incuestionable que la Sala de instancia nada tenía que razonar acerca de la cuestión que ahora se plantea al exceder de los límites subjetivos delimitados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, en estricta aplicación del principio acusatorio.

La alegación se inadmite.

(iv) También en relación con el delito de prevaricación administrativa la defensa expone que no se ha probado la injusticia de las resoluciones dictadas. La defensa argumenta que la propia sentencia reconoce que la naturaleza de las transferencias de financiación fue una de las cuestiones más controvertidas en el acto del plenario, por lo que si existió controversia en torno a su naturaleza, no es factible sostener que la decisión de elevar al Consejo de Gobierno para su aprobación una modificación presupuestaria en la que se emplee la transferencia de financiación pueda calificarse de resolución manifiestamente injusta, es decir, dictada con grosera y evidente vulneración de la legalidad.

En este sentido se alega que si se absolvió el Interventor General de la Junta de Andalucía, también debe absolverse a él, pues sí aquél no advirtió de ninguna ilegalidad e informó favorablemente la tramitación de las sucesivas modificaciones presupuestarias, él no tenía por qué dudar de los informes favorables.

El motivo de censura sobre el que gira esta alegación ha sido analizado y respondido en los fundamentos jurídicos trigésimo y trigésimo primero, que damos por reproducidos.

Las resoluciones dictadas por el Sr. Cesareo (aprobación de los proyectos de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias y su elevación al Consejo de Gobierno y aprobación de las modificaciones presupuestarias de su competencia) fueron manifiestamente ilegales porque las normas establecían claramente que las ayudas sociolaborales eran subvenciones y habían de cumplirse los controles y presupuestos establecidos legalmente para ese tipo de entregas dinerarias.

A partir de esta inicial afirmación, la manifiesta injusticia de las resoluciones aludidas se advierte:

a) Porque el condenado hizo uso de esas transferencias de financiación, con la finalidad de dotar de fondos a la partida 440 del programa 31L, con pleno conocimiento de que tal instrumento no podía utilizarse al efecto, por ser la Agencia IDEA una entidad pública inadecuada para conceder ayudas y subvenciones; y

b) Porque mediante el uso de las transferencias de financiación se posibilitaba que las ayudas sociolaborales se concedieran eludiendo los controles y presupuestos establecidos en la normativa de subvenciones, dando lugar a que la Dirección General de Trabajo pudiera disponer de los fondos públicos a su libre antojo, de forma absolutamente arbitraria.

c) Porque a través de la habilitación de créditos se posibilitó de forma reiterada cubrir el déficit de la agencia IFEA/IDEA derivado de asumir compromisos de pago aprobados por la Dirección General de Empleo sin la previa cobertura presupuestaria.

Ciertamente durante el juicio las defensas aportaron la opinión experta de distintos profesionales que han cuestionado la interpretación que el tribunal ha dado sobre la finalidad de las transferencias de financiación e incluso se destaca la opinión contraria a la tesis del tribunal del Interventor General de la Junta de Andalucía, máxime cuando resultó absuelto de los hechos por los que fue acusado, entre los que se incluyen el haber informado favorablemente los expedientes de modificaciones presupuestarias. Se viene a afirmar que en la sentencia impugnada se debió admitir la posibilidad de que la interpretación de estos expertos fuera admisible en derecho, lo que excluiría la arbitrariedad de la resolución.

Pero conviene recordar que en nuestro sistema procesal no existe la prueba tasada. En el acto del plenario intervinieron los distintos peritos propuestos por las partes. Todos ellos prestaron declaración conjunta en relación con las múltiples cuestiones que se les plantearon, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 456 y ss. y 778 y ss. LECrim, y tanto los informes periciales como las declaraciones de los distintos peritos quedaron sometidos a la libre valoración del Tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 741 LECrim.

La interpretación que llevaron a cabo los peritos de la IGAE no puede reputarse como irracional, al ser coincidente con la efectuada en múltiples informes y resoluciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, del Consejo Consultivo de Andalucía, del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Informes y resoluciones a los que se refiere la sentencia de instancia, entre otros, en los FJ. 5 (dedicado a la normativa aplicable), 6 (destinado al examen de los beneficiarios reales), 7 (relativo a la naturaleza jurídica de las ayudas), y 8 (que tiene por objeto el uso de las transferencias de financiación).

Además, esa interpretación es cohonorable con la declaración judicial efectuada por el Sr. Cesareo el día 19 de septiembre de 2013, de la que se desprende que era conocedor del indebido uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA/IDEA, para el pago de un fin concreto (como lo eran la transferencia de fondos con el fin de mantener las políticas de ayudas sociales en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas -finalidad contenida, con variable redacción, en las distintas memorias de Anteproyectos de Presupuestos, en cuya tramitación intervino el recurrente-), lo que, sin duda, afectaba tanto a la fase de presupuestación, como a la fase de ejecución del gasto.

Por último, debemos advertir que, sin perjuicio de la notable cualificación de algunos testigos y peritos referidos a que alude el motivo y, no obstante, reconocer su erudición sobre las materias sobre las que informaron al Tribunal de instancia, lo cierto es que los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado también gozan de una alta cualificación y privilegiados conocimientos, técnicos y prácticos, en relación con las materias objeto de pericia, lo que se reflejó en su informe de 2013 y en sus múltiples intervenciones en el acto del plenario, pues, como destaca el Ministerio Fiscal, son Interventores del Estado y desempeñan sus funciones al servicio de la 'Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) que es el órgano de control interno del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Como órgano de control, la IGAE, entre otras funciones, es la encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad, el control financiero permanente, la auditoría pública y el control financiero de subvenciones, que la actividad económico-financiera del sector público estatal se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia (arts. 140 y ss de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; RD 2188/1995, de 28 de diciembre y RD 405/1996, de 1 de marzo)".

En cuanto a los informes favorables del Interventor General en los expedientes de las modificaciones presupuestarias, resulta obligado hacer las siguientes precisiones:

La Audiencia Provincial decidió la absolución del Interventor General no porque su actuación hubiera sido correcta, sino porque sus informes, cualquiera que fuese su sentido (favorable o desfavorable), no tenían ningún efecto decisorio en la tramitación del expediente, al carecer de efectos suspensivos.

En la sentencia impugnada se afirma que, de conformidad con el artículo 21 del Decreto 149/1988, de 5 de abril, del Reglamento de la Intervención de la Junta de Andalucía, la emisión de un informe desfavorable por parte de un Interventor Delegado a una modificación presupuestaria de una Consejería no provoca la suspensión del expediente, sino, en caso de existir discrepancia, el desplazamiento de la competencia para resolver hacia el titular de la Consejería de Hacienda. Y destaca que, sin embargo, nada se dice cuando el informe desfavorable es realizado por el Interventor General de la Junta de Andalucía. Por tanto, y así razona la sentencia, si el informe del Interventor General en ningún caso podía paralizar la tramitación del expediente, es obvio que su informe no podía reputarse como resolución administrativa a los efectos del art. 404 del Código Penal. Esta es la razón de su absolución al respecto.

Pero, al margen de lo que pudiera informar el Interventor, el Sr. Cesareo era perfecto conocedor de la ilegalidad de las resoluciones administrativas que adoptó. Es cierto que, desde una superficial aproximación a los hechos, pudiera pensarse que, al advertir que no existía informe desfavorable alguno por parte del Interventor General de la Junta de Andalucía acerca del uso de las transferencias de financiación en las modificaciones presupuestarias, pudo no ser consciente de tal ilicitud. Pero ello solo sería posible para el caso de que el recurrente no tuviese atribuida normativamente competencias específicas al respecto, ni tuviese conocimiento del uso de las transferencias de financiación, en los términos que hemos analizado en los párrafos precedentes. Superada tal apariencia y ahondando en el caso concreto, puede concluirse que el Sr. Cesareo fue consciente de la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación, por razón del cargo que ostentaba y por la normativa reguladora de aquel uso.

En definitiva, en el caso concreto, convenimos con la Sala de instancia que, aun cuando el Interventor General de la Junta de Andalucía emitió informes favorables en los expedientes de las modificaciones presupuestarias, esa circunstancia no afectó al conocimiento del Sr. Cesareo sobre la ilegalidad de los hechos que estaban llevando a cabo, como tampoco de que las resoluciones administrativas regladas que dictó eran manifiestamente injustas por transgredir, de forma patente y grosera la ley.

(v) También se cuestiona la prueba relativa al dictado a sabiendas de las resoluciones calificadas de prevaricadoras.

Se sostiene en el motivo que la Sala de instancia, en su valoración probatoria, acude a suposiciones carentes de base probatoria objetiva para atribuirle el conocimiento de la ilegalidad.

La objeción es inviable. A lo largo de todo este fundamento jurídico hemos expuesto todos los elementos probatorios de cargo demostrativos de que tuvo un conocimiento directo de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas (en este punto, cobran especial relevancia los distintos documentos examinados); así como la racionalidad de las distintas conclusiones inferenciales sustentada en bastante prueba objetiva que el Tribunal a quo individualizó en sentencia, por lo que la alegación no puede tener favorable acogida.

(vi) Se reprocha la falta de prueba del resultado materialmente injusto del delito de prevaricación.

En esta dirección se argumenta que la sentencia, al tomar como fundamento el informe pericial de la IGAE de 2013, vincula ámbitos ajenos entre sí, como son el de la presupuestación y el de la ejecución del gasto. Afirma que el hecho de vincular tales fases es irracional. Por tanto, concluye que la Audiencia Provincial valoró de forma ilógica el informe de la IGAE, lo que conlleva la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

Para determinar si existió o no resultado conviene recordar nuestra doctrina, expresada en la STS 303/2013, de 26 de marzo, en la que afirmamos que "este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos

va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodio de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal, y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa".

En este caso, además del perjuicio genérico para la colectividad, el uso de las transferencias de financiación produjo un resultado injusto patente y relevante que consistió en autorizar presupuestariamente la concesión arbitraria de subvenciones, al margen de todo control y de todo procedimiento.

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado extensamente en el fundamento jurídico trigésimo noveno, al que nos remitimos.

Y en cuanto a la vinculación causal entre presupuestación y gasto también ha sido objeto de análisis en los fundamentos jurídicos trigésimo séptimo y trigésimo octavo, que damos por reproducidos.

Nuestra posición sobre esta cuestión no deriva de los informes periciales de la IGE sino del análisis de la normativa aplicable y de la propia configuración de los hechos en cuanto que se cambió el sistema de presupuestación precisamente para eludir los controles legales.

Por tanto, con independencia de que los peritos de la IGAE hubiesen vinculado las fases de presupuestación y de ejecución de forma indebida y, aun admitiendo a título hipotético que ello no sea técnicamente correcto (cosa que, en el caso concreto, no se admite), la realidad es que el uso de las transferencias de financiación fue ilegal y tuvo por objeto, de conformidad con la práctica de la prueba vertida en el plenario, nutrir de fondos a la partida 440 del programa 31L.

El hecho de que esta defensa sostenga que se han respetado las normas relativas a la presupuestación y contabilización en las distintas fases, en el supuesto que nos ocupa, carece de sentido. No puede pretenderse el amparo normativo y la sumisión de criterios técnicos relativos a la presupuestación y ejecución del gasto, cuando la prueba vertida en el plenario evidencia que, precisamente, el Sr. Cesareo desoyó las disposiciones normativas relativas a la presupuestación de las transferencias de financiación y a la ejecución del gasto anudado a las mismas.

Dicho de otro modo, la alegación solo tendría sentido, insistimos a título de hipótesis, para el supuesto de que nos hallásemos ante meras discrepancias de orden técnico, lo que no sucede en el presente caso. Estamos ante una grosera y patente utilización ilegal de un instrumento presupuestario para fines absolutamente ajenos para el cual fue concebido, de conformidad con la interpretación que del mismo dio la Sala de instancia y que hemos validado a lo largo de toda esta resolución.

Finalmente, se advierte que, pese a lo afirmado en el motivo, la Audiencia Provincial no ha dejado de valorar la distinta prueba relativa a la imposibilidad de vincular las fases de presupuestación y de ejecución del gasto. Al contrario, se constata que, al asumir la interpretación de la misma ofrecida por los peritos de la IGAE y al valorar la distinta prueba documental a la que se hace referencia en ese mismo informe, la Sala de instancia de forma implícita, descartó las interpretaciones ofrecidas por aquellos testigos.

En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el deber de motivación no implica que deba darse respuesta concreta e individualizada a cada una de las alegaciones de descargo efectuadas, ni que deba examinarse la prueba de descargo de forma individualizada (menos aún en el caso que nos atañe, en el que las sesiones del juicio oral se prolongaron en el tiempo más de un año), cuando del resto de la fundamentación jurídica se pueda deducir o evidenciar que se ha producido una desestimación implícita de aquel alegato o que se ha producido una valoración conjunta de la prueba relativa a una misma cuestión.

Por tanto, la no valoración individual de las declaraciones de los testigos a los que se refiere la defensa, en relación a la imposibilidad de vincular las fases de presupuestación y ejecución del gasto, no ha supuesto, en el caso que nos ocupa, vulneración alguna del deber de motivación o una infracción de la racionalidad de la valoración de la prueba, sino la asunción de un criterio interpretativo de índole normativo ajustado a las circunstancias del caso.

(vii) En relación con el delito de malversación se alega que el Sr. Cesareo no conoció el informe adicional al de cumplimiento del año 2003, realizado en 2005, y que su conocimiento no demostraría que hubiese tenido noticia de las ilegalidades que se produjeron en la gestión de las ayudas, ya que esas irregularidades no se volvieron a denunciar en nuevos informes.

Este submotivo plantea dos interrogantes: Si el Informe Definitivo de cumplimiento de 2003, notificado en 2005, fue conocido por el Sr. Cesareo y si, en caso de conocerlo y a la vista que no se volvieron a reproducir nuevos informes en el mismo sentido, es razonable suponer que tenía noticia de las graves irregularidades que se estaban produciendo en la disposición de los fondos públicos.

Se trata de una alegación esencial para valorar la corrección de la condena por malversación de caudales públicos, en tanto el conocimiento de ese informe ha sido la prueba fundamental para afirmar que quienes lo conocieron consintieron la sustracción de caudales públicos.

Consta documentalmente que el Informe en cuestión fue notificado a la Viceconsejera de Hacienda "para su conocimiento y traslado al Consejero de Economía y Hacienda" (PPRI- Anexo I- Carpeta I- Tomo I- Año 2003-

PDF, pág. 52). Consta igualmente que fue notificado al Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa (folio 48) y al Director Gerente de la Agencia IDEA (folio 50).

En la sentencia de instancia y al amparo de lo previsto en el artículo 12 del Decreto 9/1999 de 19 de enero, en el que se dispone que "el Interventor dará traslado de los informes definitivos a las empresas, así como al titular de la Consejería de que dependa y al titular de la Consejería de Economía y Hacienda", se consideró que el destinatario del informe aludido era el Consejero de Hacienda, con independencia de que la fórmula de envío fuera mediante oficio dirigido al Viceconsejero, destacando que en el oficio remitido se hacía constar "para su conocimiento y traslado al Consejero de Economía y Hacienda".

La afirmación de que el Sr. Cesareo conoció ese informe no es contraria a la razón o al sentido común, por lo siguiente:

a) El informe iba dirigido a él, por más que se enviara a través de la Viceconsejera, por lo que es razonable suponer que llegara a su destinatario.

Pero aun suponiendo a efectos dialécticos que fuera filtrado por los funcionarios o por la Viceconsejera es lógico suponer que se le hubiera dado cuenta en la medida en que alertaba de graves irregularidades.

Este mismo alegato se formuló en el acto del juicio y la respuesta del tribunal acoge los razonamientos que ya hiciera el Magistrado Instructor de esta Sala en su auto de 24/06/2015, en el que se razonaba lo siguiente:

"la alegación exculpativa de que la Viceconsejera no le dio cuenta de tales notificaciones se opone a las máximas elementales de la experiencia aplicables en los juicios de inferencia para obtener cuál es el conocimiento de un sujeto sobre cualquier hecho externo empíricamente contrastable. En efecto, resulta inverosímil que la persona de confianza del imputado dentro de la Consejería, la Viceconsejera, reciba notificaciones de un contenido relevante durante varios años seguidos y no dé cuenta de ninguna de ellas al superior inmediato que la puso en un cargo de la máxima confianza".

b) Por otra parte, la invocación de falta de conocimiento puede reputarse como mera estrategia defensiva generalizada, ya que también se ha mantenido en relación con otras cuestiones a pesar de que tuvo a la vista documentos que constatan lo contrario.

Así, en el juicio afirmó que no tuvo noticia de los desfases presupuestarios del IFA /IDEA a pesar de que había referencias explícitas en las Memorias que se acompañaban a los proyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias (Proyectos de presupuestos de los años 2005, 2006, 2007 y 2008 y modificación presupuestaria de 28/12/2004). Y ese desconocimiento ha sido invocado también por la Viceconsejera y por el Director General de Presupuestos, por lo que con razón se pregunta la sentencia como es que si nadie sabía nada vio la luz la Instrucción 1/2009, de 15 de junio, recordando los criterios de presupuestación y fiscalización de las transferencias de financiación ante los problemas que se venían produciendo de forma reiterada.

c) Por otra parte, el citado Informe no fue un hecho aislado. Frente a lo que se indica en el motivo y según hemos expuesto en el apartado anterior, los informes en los que se alertó de las graves irregularidades fueron diversos y reiterados a lo largo del tiempo por lo que la ausencia de toda reacción durante años evidencia, no que no se conociera la situación, sino que, a pesar de las advertencias, se decidió continuar con el ilícito procedimiento de concesión y pago de las ayudas sociolaborales.

Debemos valorar si el juicio de inferencia del tribunal de instancia es razonable y si tiene soporte probatorio suficiente. En este caso entendemos que sí ya que el Sr. Cesareo era su destinatario directo y tenía un contenido que no podía pasar desapercibido ni a él ni a sus subordinados ya que, debemos insistir una vez más, el informe daba cuenta de las graves irregularidades que se estaban produciendo en la gestión y pago de las ayudas y, además, advertía de forma terminante de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado y de las consecuencias de dicha ilegalidad en orden a la eliminación del control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía.

La tesis alternativa no es asumible y, desde luego, no se corresponde con un ejercicio mínimamente diligente del cargo. Además, a este Informe su suman otros. No se trata de un documento aislado y el conocimiento que afirma la sentencia anida en la valoración conjunta de la prueba de cargo antes expuesta y, en particular, de los muchos documentos en los que se denunciaba el uso ilegal de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L, la ausencia de control y la indebida actuación del IFA.

(viii) También en referencia al delito de malversación de fondos públicos se denuncia la ausencia de explicación de la relación entre él y los fondos objeto material del delito.

En el discurso argumental que desarrolla esta alegación se afirma que la ausencia de cualquier explicación al respecto implica la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, máxime cuando la Sala de instancia declaró que su participación lo fue a título de autor (descartó la cooperación necesaria).

El aserto es erróneo. La vinculación aparece perfectamente descrita tanto en el factum, como en la narración de la valoración de la prueba vertida en el acto del plenario, en particular, la considerada como tal en el FJ 39 y este tribunal ya se ha pronunciado extensamente sobre esta cuestión en el fundamento jurídico trigésimo séptimo de esta sentencia.

El recurrente, en su denuncia parece pretender que el Tribunal de instancia dibuje de forma individualizada una concreta vinculación en unos términos precisos que no explicita.

Pero debe recordarse que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del deber de motivación, no comprende el derecho a recibir una respuesta en los exactos términos pretendidos por el recurrente, bastando al efecto con que "tenga la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, esto es, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, sin asomo de arbitrariedad, sin que sea necesario explicitar lo que resulta obvio" (STS 265/2016 de 4 de abril).

Y en el caso analizado la vinculación resulta patente y aparece descrita en el juicio histórico de la sentencia. Esa vinculación la hallamos en la facultad de aprobar las partidas presupuestarias que permitieron la concesión y pago ilegal de las subvenciones. Simplemente con cumplir la legalidad y no aprobar esas partidas en la forma en que se hizo hubiera bastado para que el fraude no se produjera.

Desde un punto de vista material, su vinculación es obvia. Sin aquellas decisiones no hubiera sido posible la aprobación de las modificaciones presupuestarias ni de los Anteproyectos de Presupuestos, en los que se previó el uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L.

En efecto, aun cuando éste no concedió las ayudas en última instancia (es decir, no fue él quien autorizó el pago), intervino de forma recurrente y a lo largo de varios años en el mantenimiento del mecanismo presupuestario que habilitó las transferencias de fondos al IFA para que, como caja pagadora, procediese al pago de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo. Dicho de otro modo, mediante tal instrumento presupuestario, principió el camino de los fondos que finalmente serían concedidos como ayudas por parte del IFA/IDEA.

De acuerdo con lo expuesto, concluimos que la vinculación del Sr. Cesareo con los fondos malversados se encuentra debidamente expuesta en los hechos probados de la sentencia; suficientemente justificada en el FJ. 39 dedicado a la valoración de la prueba atinente al recurrente, en el FJ. 45, dedicado a la subsunción jurídica y, finalmente en el FJ. 47 dedicado a la individualización de la responsabilidad penal de cada uno de los autores.

Las alegaciones se desestiman.

(ix) De forma subsidiaria, también en relación con el delito de malversación de fondos públicos (artículo 432 CP), se sostiene que no existe conexión racional entre la sustracción de los fondos públicos y el conocimiento que de ello pudo tener.

En apoyo de esta tesis se alega que la sentencia en ningún caso le atribuye que sustrajera fondos públicos o consintiera que otro los sustrajera. Tan solo refiere que asumió la eventualidad de que quien podía disponer de los mismos les pudiera dar un destino distinto al público para el que estaban presupuestados. Se afirma que la sentencia impugnada no explica los indicios que permitieron concluir que debió representarse tal posibilidad y, aun así, la aceptó.

Al efecto, en primer lugar, afirma que en la sentencia se recogen una pluralidad de inferencias, "indicios sobre indicios", que pueden ser tildadas de ilógicas y absurdas que individualiza y concluye que en ningún caso quedó acreditado el dolo del delito de malversación, máxime cuando "es perfectamente posible que un sujeto conozca (hipotéticamente) una tramitación irregular del procedimiento de concesión de unas ayudas o subvenciones sociolaborales, sin tener por qué asumir la eventualidad de que el destino concreto de las distintas ayudas futuras no vaya a ser el previsto".

Y, en segundo lugar, sostiene que la Sala de instancia dejó de valorar distintas pruebas demostrativas de tal ausencia de dolo. En este sentido cita las siguientes:

a) Los informes favorables de la Intervención General de la Junta de Andalucía posteriores al de 2003, en los que no se advirtió de irregularidad alguna.

b) La ausencia de referencia alguna en los Informes de la Cámara de Cuentas relativos al irregular uso de las transferencias de financiación durante el tiempo en que tuvieron los hechos enjuiciados (2001 a 2010) y, asimismo, durante el tiempo en que ostentó el cargo de Consejero de Economía y Hacienda (24 de abril de 2004, hasta el 23 de abril de 2009) y de Presidente de la Junta de Andalucía (23 de abril de 2009, hasta el 7 de septiembre de 2013).

c) El contenido del auto dictado en fecha 24 de junio de 2015 por el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo descartó imputarle por el delito de malversación de caudales públicos, ya que "no se ha acreditado que interviniera en la concesión concreta de ayudas fraudulentas de fondos públicos ni que supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas".

Esta alegación nos sitúa en el elemento probatorio crucial para la condena por el delito de malversación. Se ha condenado en la modalidad pasiva de ese delito, es decir, por consentir la sustracción de fondos respecto de los que tenía capacidad de decisión y en la medida en que pudo haber actuado y no lo hizo, haciendo posible la disposición libérrima de fondos públicos, radicalmente al margen de las exigencias legales.

La condena por delito de malversación exige probar que la concesión y pago de las subvenciones se estaba llevando a cabo de forma radicalmente ilegal o que era altamente probable que esto se estuviera produciendo y que se pudo evitar y no se hizo.

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico 45ª, se refiere a esta cuestión. Después de reflejar la jurisprudencia de esta Sala que admite el dolo eventual en el delito de malversación (SSTS 310/2003, de 07/03/2003 y 277/2018, de 08/06/2018), cita esta última sentencia para referir un caso con cierta similitud al presente en el que se argumenta que "la ausencia total de controles, revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación".

En este caso la sentencia expone y justifica de forma bastante y racional todas aquellas pruebas directas e indirectas, en virtud de las cuales asumió la virtualidad de que los fondos vinculados al programa 31L, que se nutrían con las transferencias de financiación, serían destinados al pago de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo.

El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Pero el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el Sr. Cesareo asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución.

Una vez más y a riesgo de ser redundante debemos insistir en que los distintos informes alertaban de:

a) De la utilización indebida de las transferencias de financiación, con la consecuencia de la eliminación del control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía (Informe adicional de cumplimiento de 2003 y de 2004) b) Del total incumplimiento de la normativa de subvenciones, en especial del cumplimiento de los requisitos de publicidad y libre concurrencia (Informe adicional de cumplimiento de 2003, 2004 y 2007, Informe de auditoría del IFA de 2005, Informe de auditoría de IDEA de 2005 y 2006, Informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006).

c) De la prohibición de que el IFA/IDEA actuara como entidad colaboradora ante la ausencia de bases reguladoras en la concesión de ayudas (Informe adicional de cumplimiento de 2003, 2004 y 2007, Informe de auditoría del IFA de 2005, Informe de auditoría de IDEA de 2005 y 2006, Informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006).

e) De la falta de competencia del órgano que autorizaba las ayudas (.Informe adicional de cumplimiento de 2003)

Y, además, alertaba de ilegalidades muy relevantes, derivadas de esa falta de control, que permitían conocer que el despilfarro de los fondos públicos ya se estaba produciendo, pese a lo cual durante años no se adoptó medida alguna para su corrección (Informe adicional de cumplimiento de 2003, notificado en 2005)

Entre las irregularidades más relevantes podemos destacar las siguientes:

- Ausencia de solicitud presentada por los interesados.
- Ausencia de declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de Subvenciones).
- Ausencia de acreditación de la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes.
- Falta de aportación de informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse.
- Falta de declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- Falta de acreditación por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
- Ausencia de consignación del plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo.
- Falta de determinación del plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.

Ciertamente el Sr. Cesareo no tuvo conocimiento concreto de buena parte de las numerosas ilegalidades que se estaban produciendo en la concesión de las ayudas (que son objeto de investigación en las distintas piezas separadas) pero para que surgiera el deber de actuar, impidiendo la financiación del ilegal sistema implantado, no era necesario un conocimiento exhaustivo de todas y cada una de las ilegalidades. Bastaba el contenido de los informes aludidos, que ya daban cuenta no sólo de una situación manifiestamente ilegal, mantenida en el tiempo, sino de un absoluto descontrol y despilfarro en el manejo de los fondos públicos. El informe pericial de la IGAE ha confirmado unos hechos que ya se anunciaban con suficiente detalle en los informes elaborados por la Intervención de la Junta de Andalucía durante el tiempo en que el recurrente ejerció sus cargos.

De acuerdo con lo expuesto, la alegación se inadmite.

(x) También se reprocha la ausencia de valoración de pruebas demostrativas de la ausencia de dolo, citando, a tal fin, los mismos documentos señalados en el apartado anterior.

No es cierto que las pruebas expuestas no fueran valoradas. Las tres pruebas a las que se refiere la defensa (que, en realidad fueron dos ya que el auto judicial no es una prueba) fueron valoradas por la Sala de instancia, si

bien no fueron bastantes para dejar sin efecto el valor probatorio de cargo dado a la restante prueba vertida en el plenario.

Así, en relación con la falta de valoración del hecho consistente en la ausencia de informes semejantes en su contenido, al Informe de cumplimiento del año 2003, advertimos, como también hizo la Sala de instancia, que ello no implica que la misma Intervención General de la Junta de Andalucía no hubiese advertido de las notables irregularidades que, en ejecución del mecanismo ilegal de concesión de ayudas, se estaban produciendo, entre otros aspectos, mediante el uso ilegal de las transferencias de financiación.

En cuanto a la ausencia de valoración de los Informes de la Cámara de Cuentas relativos al irregular uso de las transferencia de financiación durante el tiempo en que tuvieron los hechos enjuiciados (2001 a 2010) y, asimismo, durante el tiempo en que ostentó el cargo de Consejero de Economía y Hacienda (24 de abril de 2004, hasta el 23 de abril de 2009) y de Presidente de la Junta de Andalucía (23 de abril de 2009, hasta el 7 de septiembre de 2013), al contrario de lo alegado en el motivo, se constata que la Audiencia Provincial valoró tales hechos a través del Informe Complementario del año 2014, al Informe pericial de la IGAE del año 2013, en el que justificó el motivo por el que la Cámara de Cuentas de Andalucía no pudo advertir del uso ilegal de las transferencias de financiación.

Al respecto, conviene recoger sus conclusiones, asimismo, asumidas por la Sala de instancia:

"Del contenido de las normas antes citadas se desprende que, aunque las cuentas de las entidades públicas empresariales (caso de IFA-IDEA) se incluyen en la Cuenta General, no están consolidadas con las cuentas de la Administración de la Junta de Andalucía (entre las que se encuentran las de la Consejería de Empleo).

La consolidación prevista en el artículo 67 del Decreto 149/1988, de 5 de abril, y en el artículo 51 de la Orden de 7 de junio de 1995, antes citados, afecta solamente, entre otras, a los Centros Gestores del Presupuesto de Gastos (Consejerías) y a los Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía, sin que afecte a las entidades públicas empresariales (entre ellas IFA-IDEA), cuyas cuentas se integran en la Cuenta General pero no se consolidan con las de la Consejería de la que reciben fondos.

En otras palabras, la entidad IFA-IDEA no es una unidad administrativa de la Junta, por lo que sus cuentas no son objeto de consolidación con las de las unidades administrativas, entre las que se encuentra la Consejería de Empleo. En definitiva, la Cuenta General agrupa las cuentas de todas las entidades del sector público andaluz, si bien solamente se presentan de forma consolidada las de las unidades administrativas sometidas a contabilidad pública.

Consecuentemente, la Cuenta General, aunque incluye las cuentas de IFA-IDEA, no pone de manifiesto por sí misma y de forma automática, que la Transferencia de Financiación que ella recibía del Programa 31 L no tenía como destino equilibrar su cuenta de pérdidas y ganancias (...). Dicha partida constituye la cuenta de enlace entre las de la Consejería y las de IFA-IDEA, la cual, en caso de consolidación entre ambas, habría evidenciado por sí misma su discrepancia de importe (...).

La Cuenta General es formada anualmente por la Intervención General de la Junta de Andalucía, quien la remite al Tribunal de Cuentas y a la Cámara de Cuentas de Andalucía para su examen y comprobación. La Cuenta General comprende todas las operaciones presupuestarias, patrimoniales y de tesorería llevadas a cabo por la Administración de la Junta de Andalucía (Consejerías y Organismos Autónomos), así como por las agencias, instituciones, sociedades mercantiles del sector público andaluz.

La Cuenta General, tal como está regulada en su normativa específica, no consolida las cuentas de las empresas públicas (entre ellas IFA-IDEA) con la de las unidades administrativas (entre ellas la Consejería de Empleo), sin perjuicio de que unas y otras formen parte de aquélla. Por ello, aunque la Cuenta General de la Junta de Andalucía incluya las cuentas de ambas entidades, no pone de manifiesto por sí misma y de forma automática, que la Transferencia de Financiación que IFA-IDEA recibía de la Consejería de Empleo por el programa 31 L no tenía como destino equilibrar su cuenta de pérdidas y ganancias, (...). Dicha partida constituye la cuenta de enlace entre las de la Consejería y las de IFA-IDEA, la cual, en caso de consolidación entre ambas, habría evidenciado, por sí misma, su discrepancia de importes y, consecuentemente, su indebida aplicación.

Mediante el mencionado proceso de consolidación, se habría puesto de manifiesto que las cantidades contabilizadas como gastos realizados por la Consejería de Empleo mediante Transferencias de Financiación a IFAIDEA no coincidían con las contabilizadas como ingresos recibidos por esta empresa pública (procedentes de la Consejería de Empleo). Sin embargo, dicha consolidación no viene establecida por la normativa aplicable al efecto".

Finalmente, advertimos que el tribunal de primera instancia tampoco dejó de valorar el contenido del auto dictado en fecha 24 de junio de 2015 por el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo por el que, en ese momento, descartó imputarle por el delito de malversación de caudales públicos, ya que "no se ha acreditado que interviniera en la concesión concreta de ayudas fraudulentas de fondos públicos ni que supiera que se estaba disponiendo de los caudales públicos para las ayudas/subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas".

Ya hemos constatado que la Sala de instancia, en distintos pasajes de su sentencia, tomó en consideración los fundamentos jurídicos contenidos en aquel auto, si bien, en este aspecto, no los hizo propios, lo que no

contraviene derecho fundamental alguno, dadas las distintas funciones que competen al órgano judicial de instrucción y al de enjuiciamiento.

El Tribunal a quo, no obstante, recuerda que el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo no acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto del Sr. Cesareo, lo que posibilitó que, continuada la investigación, se acreditase indiciariamente su participación en los delitos de prevaricación administrativa y de malversación de fondos públicos por los que fue acusado, enjuiciado y finalmente condenado.

De acuerdo con lo expuesto, las alegaciones se desestiman.

(xi) En cuanto al delito de malversación de fondos públicos se refiere, se interesa la absolución por falta de motivación o justificación del convencimiento de culpabilidad respecto del ánimo de lucro (sic).

Este reproche aparece íntimamente vinculado al expuesto en el ordinal precedente y también debe correr una suerte desfavorable.

De nuevo nos hallamos ante una cuestión de orden sustantivo que ha recibido debida respuesta en los fundamentos jurídicos en los que hemos analizado el delito de malversación de fondos públicos. A lo expuesto entonces nos remitimos.

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que el ánimo de lucro constituye uno de los elementos propios del delito de malversación de fondos públicos y, conforme hemos dicho en nuestra jurisprudencia, "no exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá, aunque la intención de lucrarse se refiera al beneficio de un tercero" (STS 506/2014, de 4 de junio).

En el caso concreto, ya hemos expuesto que el Sr. Cesareo asumió la eventualidad de que se diese a los fondos transferidos al IFA/IDEA, a través de las transferencias de financiación, un destino distinto del de la satisfacción de fines públicos. La asunción de esa eventualidad, vinculada al conocimiento del incumplimiento de la normativa para la concesión de subvenciones y ayudas públicas en el caso concreto (precisamente, derivada de la ilegal utilización de las transferencias de financiación) demuestran que el recurrente, asimismo, asumió la posibilidad de que los fondos públicos fuesen destinados al enriquecimiento de terceras personas o empresas en crisis, es decir, que se destinasen a fines particulares.

(xii) Como alegación común para ambos delitos se sostiene que no existió falta de publicidad en la concesión de las ayudas lo que afecta al elemento de la "'arbitrariedad o ilícito palmario' en el delito de prevaricación.

Se dice que las ayudas no debían publicarse, de conformidad con los Informes remitidos por el Ministerio de Trabajo del Estado, es decir, del Gobierno Central en los que se afirma que tales ayudas, por su propia naturaleza, no estaban sujetas a publicidad, habida cuenta de que el RD 908/2013, que vino a adaptar la Orden Ministerial de 5 de abril de 1995 a la Ley de Subvenciones, reiteró que estas ayudas previas a la jubilación tienen naturaleza extraordinaria, están exentas del principio de publicidad y concurrencia porque se otorgan en régimen de concesión directa.

Una vez más se formulan cuestiones de orden sustantivo, ajenas al motivo casacional al que damos respuesta. Ya hemos justificado en el fundamento jurídico quinto que las ayudas concedidas no se regían por la Orden de 5 de abril de 1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Eran subvenciones extraordinarias reguladas por la normativa de subvenciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Las ayudas sociolaborales a que se refiere el presente procedimiento eran subvenciones excepcionales y como tales se regían por los principios de publicidad y concurrencia. Basta señalar las siguientes disposiciones:

a) La Ley 38/2003, General de Subvenciones, aplicables a todas las administraciones públicas, en cuyo artículo 8.3 a) se dispone que la gestión de las subvenciones se ha de realizar de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación y en cuyos artículos 18 y 20 se regula la obligación de publicación en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS).

b) La Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en la redacción introducida por Ley 7/1996, de 31 de julio), en cuyo artículo 107 se dispone que las subvenciones "se otorgarán con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad" y en el que también se establece que las normas reguladoras de las subvenciones habrán de publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

En todo caso, la Junta de Andalucía tenía una base de datos de subvenciones y las ayudas en cuestión no fueron publicadas en esa base de datos.

(xiii) Finalmente, denuncia que la Sala de instancia no justificó la relación de concurso medial cuya existencia declara entre los delitos con de prevaricación y de malversación por los que fue condenado, lo que conduce al rechazo de esta alegación.

Se trata de una cuestión jurídica ajena al juicio probatorio que, por lo mismo, debe ser desestimada.

63.4 Consideraciones finales.

No cabe disgregar cada prueba y analizarla aisladamente para cuestionar su relevancia probatoria. Las distintas pruebas deben valorarse en conjunto, tal y como ha hecho el órgano de enjuiciamiento. El principio de valoración conjunta de la prueba no debe entenderse como una suerte de autorización para hacer un análisis general, sin referencia concreta al resultado de los medios probatorios practicados en el juicio. Ni tampoco de que se releve con ello al Tribunal de ponderar el rendimiento probatorio de cada elemento sustancial que pudiera aportar

válida información acerca de lo verdaderamente sucedido. Pero sí de que se comprenda que ni cada medio de prueba debe aportar por sí mismo la totalidad de los perfiles del hecho sometido a enjuiciamiento, ni todos ellos han de tener necesariamente el mismo objeto, sin que merezca respaldo la intención de hallar contradicciones o lagunas en lo que no son más que diferentes aproximaciones a lo sucedido, proporcionadas por cada uno de aquellos medios de prueba. Por eso, la valoración de la prueba no debe ser el resultado de la mera adición aritmética de la información que proporciona cada medio de prueba, sino la ponderación racional del conjunto de las informaciones obtenidas de los diferentes medios probatorios, interrelacionada entre sí y apta para permitir la reconstrucción racional del acontecimiento verdaderamente sucedido. No es el análisis microscópico de cada una de las fuentes de prueba, sino la valoración macroscópica del conjunto de la prueba lo que deberá servir al órgano jurisdiccional para explicar, de forma comprensible y razonable los motivos por los cuales alcanza las conclusiones que aparecen reflejadas en el relato de hechos probados. Y ello en el entendimiento de que el resultado final que deviene exigible en la reconstrucción de lo acaecido presenta siempre un carácter incompleto, aproximativo y asentado en el terreno de lo probabilístico.

Partiendo de esta primera aproximación entendemos que la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia es homologable por su lógica y racionalidad.

Dicho tribunal ha contado con un conjunto de pruebas que permiten afirmar desde criterios de racionalidad y con la suficiente seguridad que el Sr. Cesareo sabía que las transferencias de financiación eran un instrumento presupuestario ilegal, que sirvió para eludir los necesarios controles en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales y también que en esta gestión se incumplió de forma absoluta el procedimiento establecido en la ley, posibilitando la gestión libérrima de los fondos públicos al margen de todo control.

(i) En efecto, el Sr. Cesareo, como consejero de Hacienda (y luego Presidente de la Junta de Andalucía) tenía un papel central en la elaboración y aprobación de las normas presupuestarias por consecuencia de las competencias asignadas a sus cargos.

Es razonable presumir un alto nivel de conocimiento de esas normas así como de los problemas que pudieran suscitarse en la elaboración de los instrumentos presupuestarios. En este punto conviene destacar que antes de ser consejero de Hacienda había sido Viceconsejero de Trabajo de la Junta de Andalucía y Ministro de Trabajo del Gobierno de España.

Prueba de ello es que en su declaración sumarial reconoció que si era la Dirección General de Trabajo la que aprobaba las ayudas, debían someterse el control previo de la Intervención. Y en sus comparecencias parlamentarias acreditó un conocimiento relevante sobre el control financiero de los entes instrumentales.

(ii) De él dependían jerárquicamente las autoridades especialmente encargadas del control de legalidad presupuestaria y que tenían conocimiento de todas las cuestiones problemáticas relativas a los instrumentos presupuestarios: El Director General de Presupuestos y los miembros de la Intervención de la Junta de Andalucía. También era superior jerárquico de la Viceconsejera que, además de asesora en asuntos jurídicos, formaba parte de los grupos de trabajo que analizaban la ejecución del presupuesto del ejercicio anterior y las desviaciones presupuestarias producidas y participaba en la Comisión General de Viceconsejeros, que efectuaba el filtro de los asuntos que habían de ser discutidos en el Consejo de Gobierno.

Resulta contrario a la razón admitir que ninguna de estas autoridades, subordinadas jerárquicamente y de su máxima confianza, le ocultaran los problemas que generaba la financiación de las ayudas sociolaborales y las ilegalidades que se venían produciendo en la aprobación y gestión, a pesar de que los informes se sucedían año a año y se referían a una actuación palmariamente ilegal.

(iii) Su actuación, además, debe contextualizarse. El pago de las ayudas era uno de los ejes relevantes de la acción política del Gobierno del que formaba parte y miembros de dicho Gobierno, incluido su Presidente, intervinieron directamente en la gestión y concesión de distintas ayudas. Resulta también difícil de admitir que no estuviera al tanto del modo de gestión y presupuestación de estas ayudas como también que desconociera que su pago generaba anualmente un déficit considerable en el IFA/IDEA, que necesariamente había de ser analizado por los órganos encargados de la elaboración presupuestaria.

(iv) También resulta contrario a la razón suponer que el Sr Cesareo no leía ningún documento, ni siquiera los que alertaban sobre ilegalidades, ni que no fuera informado por ninguna de las autoridades que estaban bajo su supervisión y que eran jerárquicamente subordinadas a él.

(v) Tampoco es de recibo admitir que los informes que se notificaban a la Viceconsejera, para su traslado al Consejero, no llegaran en ningún caso a su destinatario final. El hecho de que niegue todo conocimiento o que niegue la recepción de los documentos que se enviaron a la Viceconsejera no es de por sí razón suficiente para acreditar ese desconocimiento al que se alude. En efecto, es contrario a la razón esa tesis defensiva. Podría admitirse de haberse tratado de un informe puntual que pudiera pasar desapercibido, pero en este caso los informes se referían a una actuación palmariamente ilegal, fueron reiterados y contenían una información altamente preocupante y suficientemente precisa del despilfarro de los fondos públicos, pese a lo cual las partidas presupuestarias ilegales se siguieron aprobando año a año de forma contumaz.

Los canales de información de que disponía el Sr. Cesareo para advertir lo que sucedía eran muy diversos y esa diversidad, unida a la relevancia del problema, sobre la que ya nos hemos pronunciado con anterioridad,

permiten inferir desde criterios de racionalidad y sentido común que el Sr. Cesareo tuvo conocimiento de la ilegalidad del criterio de presupuestación que se venía utilizando para evitar el cumplimiento de la normativa sobre subvenciones y tuvo conocimiento también de las ilegalidades que se venían produciendo en la concesión y pago de las ayudas, haciendo posible con su pasividad que esta situación se prolongara durante todo el periodo de tiempo contemplado en la sentencia.

Por todo lo que se acaba de exponer, el motivo se desestima.

XIV RECURSO DE DON Segundo

La respuesta a este recurso seguirá el mismo orden sistemático que el de los demás recursos. Primero se dará respuesta a los motivos de casación por infracción de ley, que en buena medida ya han recibido respuesta en los fundamentos jurídicos 1º a 43ª, y después abordaremos la contestación de los motivos por infracción constitucional, en los que se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

64. Motivo por infracción de ley: Inexistencia de resolución a los efectos previstos en el tipo del delito de prevaricación.

En el séptimo motivo de este recurso se alega que los hechos imputados no pueden ser constitutivos de delito de prevaricación. Se argumenta que, a través de la lectura de la sentencia, se distingue un primer grupo de resoluciones en el que la actuación prevaricadora sería indudable para el tribunal de instancia constituido por las resoluciones que concedieron las ayudas y otro segundo grupo, dice el recurso, de "segundo nivel", constituido por las distintas decisiones adoptadas en la tramitación y aprobación de los proyectos de ley de presupuestos, de las modificaciones presupuestarias, el Convenio y los Convenios Particulares. Entiende que en las decisiones de ese segundo nivel no puede hablarse de resolución a efectos del delito de prevaricación, salvo que se realice una interpretación extensiva del concepto jurídico "resolución" ya que no cumplen con ninguno de los tres presupuestos que exige la jurisprudencia: Que sean decisorios, que se adopten sobre el fondo del asunto y que tengan carácter ejecutivo.

El motivo hace un cuidadoso estudio de los antecedentes de la STS 163/2019, de 26 de marzo, citada en la sentencia impugnada como fundamento de su decisión y concluye que se trata de un caso radicalmente distinto al aquí enjuiciado y que la doctrina que se cita en la sentencia no ha sido analizada en su integridad, de ahí que su pronunciamiento no sea extensible o aplicable al presente caso.

Y, por último, centrándose en su concreta intervención, señala que su participación en los hechos se limitó a su presencia en la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se dispuso a elevar los anteproyectos de ley de presupuestos y las propuestas de modificaciones presupuestarias durante los ejercicios en que ejerció el cargo. Con cita del artículo 33 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, afirma que lo allí acordado no tenía carácter resolutorio, no se resolvía sobre el fondo del asunto, no tenía carácter ejecutivo y carecía de relevancia o eficacia alguna, razón por la que su conducta no cumple con las exigencias típicas del artículo 404 del Código Penal.

Todas estas alegaciones ya han recibido respuesta y han sido desestimadas en el fundamento jurídico vigésimo sexto, que reiteramos.

65. Motivo por infracción de ley: Ausencia del elemento típico de resolución arbitraria del delito de prevaricación.

En el octavo motivo de este recurso se afirma que no existen resoluciones que puedan ser calificadas de arbitrarias, en el sentido de clamorosamente ilegales. Se insiste en el argumento de que, aun cuando pudieran ser calificadas de inadecuadas, existe una interpretación técnico- jurídica aceptable que permite descartar la existencia de la arbitrariedad a los efectos del tipo del art. 404 CP, en tanto que la utilización de las transferencias de financiación (concepto 440) no era inadecuado per se y, además, no predeterminaba el procedimiento de ejecución del gasto. Se reitera el criterio expuesto en otros recursos de que la arbitrariedad habría derivado de la forma en que se ejecutó aquel gasto, esto es, en la forma en que en la Consejería de Empleo articuló dicha transferencia de financiación para, según la Sentencia recurrida, evitar los controles de la Intervención General.

Si, como señala la propia sentencia, el uso de las transferencias de financiación era procedente si el IFA /IDEA hubiera sido el ente encargado de conceder y pagar las ayudas, en cuyo caso estos pagos podían imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, el problema se sitúa, no en el uso de las transferencias de financiación sino en la decisión de que las ayudas fueran pagadas por la Consejería de Empleo. En consecuencia, la inclusión en los anteproyectos y proyectos de presupuestos, de la figura presupuestaria Transferencias de Financiación para que con cargo a las mismas se concedieran subvenciones sí es sostenible mediante un método aceptable de interpretación de la ley, lo que excluye el elemento típico de arbitrariedad.

Este alegato ya ha sido analizado y desestimado en los fundamentos jurídicos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo séptimo, a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo es inviable.

66. Motivo por infracción de ley: Ausencia del elemento típico de "asunto administrativo" en el delito de prevaricación.

En el noveno motivo de este recurso se sostiene la tesis de que el proceso de aprobación tanto del proyecto de ley de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias se enmarca en un proceso legislativo del que

no tiene naturaleza administrativa, planteamiento que ha sido desestimado en los fundamentos jurídicos vigésimo y vigésimo primero, que reiteramos.

El motivo se desestima.

67. Motivo por vulneración de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Inexistencia de prueba directa o indirecta de la connivencia de los condenados en la perpetración del delito de prevaricación.

Con cita del aforismo "res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum" esta defensa se queja en el primer motivo de su recurso de que la sentencia de instancia ha moldeado la realidad y la verdad a su medida, no por torpeza, se dice, sino por haberse decantado erróneamente por la tesis ofrecida por el Ministerio Público, descartando la versión alternativa de las defensas. Ha rechazado injustificadamente la explicación según la cual la actuación del recurrente fue intrascendente y careció de la fuerza incriminatoria con la que se le dota y a ese fin el tribunal de instancia afirma la existencia de un plan, que incluso se denomina "procedimiento específico", que se deduce incluso de la forma impersonal y coral de describir los hechos. Sin embargo, no existe en la sentencia prueba, ni directa, ni indirecta, que permita afirmar la connivencia entre los distintos acusados. Se afirma que la existencia de connivencia es necesaria para afirmar, como lo hace la sentencia, que "todos los condenados, sin excepción, sabían lo mismo, lo sabían todo y querían lo mismo".

Expone, en fin, que ha sido condenado por una mera presunción de participación en los hechos enjuiciados y no se individualiza prueba directa ni indirecta que permita afirmar la existencia de esa eventual concertación planificada entre los condenados, que son personas pertenecientes a cuatro consejerías distintas de la Junta de Andalucía (Presidencia, Economía y Hacienda, Innovación y Empleo) e incluso dos Presidentes, muchas de las cuales no coincidieron temporalmente.

A esta cuestión hemos dado respuesta en el fundamento jurídico cuadragésimo tercero, dentro del apartado destinado al análisis de las cuestiones generales.

Por todo ello, el motivo no puede prosperar. Se desestima.

68. Motivo por vulneración de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Inexistencia de prueba sobre el llamado "procedimiento específico".

En el segundo motivo y en línea con el anterior se sostiene que no existe el "procedimiento específico" del que se habla la sentencia de instancia y que sirvió de explicación o fundamento para la apertura de la pieza principal del procedimiento. Entiende el recurrente que tampoco hay prueba directa o indirecta que permita afirmar razonablemente la existencia de ese procedimiento que vincule las distintas actuaciones que supuestamente se integran en dicho proceso: Concesión de subvenciones, otorgamiento del Convenio Marco, otorgamiento de los convenios particulares y aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos de ley de presupuestos. La sentencia presume esa amalgama procedimental como si fuera un procedimiento único, estableciendo vasos comunicantes entre esas actuaciones para infectar de antijuridicidad lo realizado por otras consejerías con la antijuridicidad de lo que pudiera haber sucedido en la Consejería de Empleo.

La denuncia parte de un presupuesto erróneo. La expresión "procedimiento específico" que utiliza la sentencia tiene un contenido eminentemente procesal, pues con él se distingue esta pieza de las restantes piezas destinadas a la investigación y enjuiciamiento singular de cada una de las ayudas sociolaborales concedidas (Vid. Fundamento Jurídico primero, pág. 111).

Sin embargo, no puede desconocerse que la acción enjuiciada, y en la que han intervenido los distintos condenados, desde posiciones institucionales diversas y también en tiempos diferentes, se integra por la utilización de distintos instrumentos jurídicos que sólo desde una visión de conjunto permite comprender su verdadera dimensión y sentido.

Los esfuerzos de las defensas han ido dirigidos a parcelar la acción y aislar las distintas contribuciones para eludir las responsabilidades por los actos realizados por cada acusado. La sentencia, por el contrario y aun sin declarar probada la existencia de un procedimiento en el que los distintos actores participaban conscientemente, se ha preocupado de relacionar los diferentes actos o instrumentos para justificar la finalidad común perseguida por los autores, que no ha sido otra que hacer posible la disposición libérrima de fondos públicos al margen de todo control. En eso consiste la acción malversadora, en disponer de los fondos públicos como si fueran propios, en contra de la ley, al margen de todo procedimiento y al margen de todo control.

Los instrumentos a que nos referimos y que explican la relación de todas las acciones, su finalidad y su eficacia práctica fueron los siguientes: El cambio de clasificación presupuestaria para el pago de las subvenciones, utilizando indebidamente las transferencias de financiación; la habilitación de créditos presupuestarios utilizando el criterio ilegal de clasificación aludido; el cambio en el control de este flujo de fondos, eliminando el control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía en cada una de las ayudas concedidas y sustituyéndolo por el control financiero, propio de las transferencias de financiación; el otorgamiento de un convenio marco y de múltiples convenios particulares para dar cobertura formal a la disposición de fondos y la contabilización indebida de las transferencias de financiación como gastos de explotación en las cuentas del IFA/IDEA, también para dar cobertura formal a unos ingresos que legalmente son para la cobertura de la cuenta de explotación pero que en este caso,

contraviniendo esa finalidad, se destinaron a una mera operación de tesorería, pagando las subvenciones aprobadas por otro organismo, la Dirección General de Trabajo.

Todos y cada uno de estos instrumentos, su relación entre ellos y su utilidad práctica para el fin perseguido han sido objeto de cumplida prueba, según venimos exponiendo a lo largo de esta sentencia. Por tal motivo y al igual que ocurre con la atribución de autoría, aun siendo cierto que la existencia de un concierto entre los distintos condenados hubiera dado una mayor consistencia dogmática a la tesis de la acusación, acogida en la sentencia, lo cierto es que la interrelación entre todos los hechos a que nos acabamos no ofrece duda y ha sido suficientemente justificada.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

69. Motivo por vulneración de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Inexistencia de autoría y castigo por hechos ajenos.

En el motivo tercero se alega de nuevo, al igual que se hiciera en el primer motivo, que no existe prueba alguna demostrativa de la connivencia entre él y los demás condenados para la realización de los hechos. Afirma que la ausencia de tal connivencia necesariamente conlleva que no existiese un acuerdo para la realización de los hechos por los que fue condenado. La sentencia de instancia, se dice, dibuja un hecho típico complejo, un delito de prevaricación continuada que se compone de una serie de actuaciones que vendrían a ser el objeto de la división del trabajo llevada a cabo por todos los coautores y esa acción compleja se integra por cuatro elementos o conductas: La concesión de subvenciones por parte de la Consejería de Empleo; el Convenio Marco de 17 de julio de 2001; y los Convenios Particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA y la aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos de ley de presupuestos. No hay prueba de la coautoría y lo que hace la sentencia es presumir su participación sin soporte probatorio alguno por más que al Sr. Segundo solo se le pueda relacionar con el último de los elementos descritos.

La defensa reitera que su cliente no debió ser condenado como coautor, dada la ausencia de prueba de la convivencia existente entre los distintos acusados, cuestión que ya hemos examinado en el fundamento jurídico cuadragésimo tercero, que hemos destinado al análisis del juicio de autoría. Sus argumentos los reiteramos.

El motivo se desestima.

70. Motivo por vulneración de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Determinación artificial del régimen de las transferencias de financiación y dudas razonables que excluyen la arbitrariedad en la prevaricación.

En el alegato cuarto el desarrollo argumental de la queja parte de la discrepancia con la sentencia de instancia en relación con la finalidad y régimen jurídico de las transferencias de financiación. Se sostiene que ese instrumento financiero no tuvo una definición y un régimen jurídico concreto hasta su regulación en el año 2014 a través del art. 58 bis, que se incorporó al 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; antes de esa fecha se trataba de un instituto presupuestario in fieri que no tenían un fin único y exclusivo.

Afirma que la interpretación normativa llevada a cabo por la Sala de instancia es contraria a la prueba vertida en el plenario (en concreto, diferente prueba pericial y testifical). Por ello, sostiene que el razonamiento llevado a cabo por la Audiencia Provincial no es lógico, por anacrónico, porque retrotrae al tiempo de los hechos conceptos presupuestarios que se han ido aquilatando durante años hasta cristalizar en el reconocimiento normativo de las transferencias de financiación en el año 2014, sin tener en cuenta el momento histórico existente al tiempo en que él fue Viceconsejero y, posteriormente, Consejero de Economía y Hacienda (desde el año 1990 hasta 2004), en los que la transferencia de financiación no existía como tal, ni la subvención de explotación tenía una única finalidad (sic).

Entiende, en definitiva, que las transferencias de financiación se utilizaron para un fin admitido durante el tiempo en que fue Viceconsejero y Consejero de Economía y Hacienda y, por tanto, que la conducta que llevó a cabo en relación con las modificaciones presupuestarias y los Anteproyectos de Ley de Presupuestos, no fue contraria a la ley, pues las transferencias de financiación podían tener por objeto la concesión de subvenciones.

Nos hallamos ante una cuestión de orden sustantivo, ajena al juicio probatorio, y que desborda este cauce casacional, ya que deriva exclusivamente de la interpretación de normas jurídicas extrapenales.

En los fundamentos jurídicos sexto a noveno de esta sentencia hemos argumentado extensamente sobre esta cuestión y poco más podemos añadir. Únicamente enfatizar que, en contra de lo que se sostiene en el recurso y después de analizar la evolución normativa, las transferencias de financiación, aun con distintas denominaciones, siempre han tenido la misma finalidad y ese es uno de datos fácticos y jurídicos que permiten afirmar la palmaria ilegalidad y arbitrariedad de su uso para financiar el pago de subvenciones.

El motivo decae.

71. Motivos por vulneración de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Vulneración de las reglas de valoración de las pruebas de cargo e insuficiencia de la prueba indiciaria en relación con los elementos subjetivos del tipo de prevaricación.

El recurso dedica los motivos quinto y sexto a cuestionar la suficiencia de la prueba de cargo, denunciando la lesión del principio de presunción de inocencia. Por razones de orden sistemático y por su incuestionable conexión

daremos respuesta conjunta a ambos motivos, siguiendo el mismo orden que venimos utilizando con todos los recurrentes.

Referiremos la prueba de cargo tomada en consideración por el tribunal de instancia dando respuesta a las objeciones que plantea el recurso y realizaremos, para terminar, un juicio conclusivo sobre la suficiencia de la prueba y la racionalidad de su valoración.

71.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

Las pruebas de cargo tomadas en consideración por el tribunal de instancia han sido las siguientes:

(i) El primer bloque de evidencias viene determinado por su cargo y competencias.

Fue Viceconsejero de Economía y Hacienda entre 1990 y el 07/02/2004 y Consejero de Hacienda entre febrero y marzo de 2004.

La sentencia reseña la normativa aplicable a los cargos desempeñados y sus competencias.

Como Viceconsejero, además de ostentar la jefatura superior de la Consejería después de su titular, y de ostentar la dirección, impulso y coordinación de las Secretarías Generales y demás centros directivos, a tenor de lo previsto en el artículo 4 del Decreto 137/2000, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda, tenía especiales funciones de asesoramiento jurídico del Consejero. Conforme al artículo 41 de la Ley 6/1983, de 21 de Julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a los Viceconsejeros se les atribuyó las competencias que a nivel estatal tenían los subsecretarios y en el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a estos últimos se les atribuía, entre otras, las siguientes competencias:

"e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus Organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.

g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden, y en particular en el ejercicio de supotestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. En los mismos términos del párrafo anterior, informar las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda. A tales efectos, será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio, y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.

h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él".

Y como Consejero y conforme al artículo 9 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tenía asignada la competencia de "elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley de presupuesto", así como "velar por la ejecución del presupuesto".

No se objeta ni los cargos que desempeñaba en aquel tiempo, ni la normativa que le era aplicable. No obstante, sí se refuta que durante el tiempo en que fue Viceconsejero de Economía y Hacienda, la Dirección General de Presupuestos dependiese de él, pues afirma que dependía de la Secretaría General de Hacienda, como así se evidencia por el Informe de la Intervención General que en una nota a pie de página precisó que la dependencia del Viceconsejero se produjo a partir del 21/06/2004 hasta el 13/06/2012 y el contenido del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regulaba la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda.

Se sostiene que en la sentencia de instancia, con apoyo en una interpretación errónea de la atribución competencial del Viceconsejero de Hacienda, se declara el papel destacado del Viceconsejero en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos como superior jerárquico directo del Director General de Presupuestos, que eran quien ejercía específicamente dentro de la Consejería de Hacienda esa función. Y se remarca, en este punto, que se retirara la acusación frente al Secretario General de Hacienda, que era el superior jerárquico del Director General de Presupuestos, y se mantuviera frente al Viceconsejero, que no tenía esa condición.

Conviene aclarar que en el Decreto 137/2000, de 16 de mayo, no se afirmaba expresamente que la Dirección General de Presupuestos dependiese de la Secretaría General de la Hacienda, sino que a este órgano le correspondía el impulso y coordinación de la política presupuestaria, así como la coordinación de las actividades de las Direcciones Generales de Patrimonio, Presupuestos y Tributos e Inspección Tributaria (artículo 6). No obstante, a la Viceconsejería de Economía y Hacienda le correspondía también la dirección, impulso y coordinación de las Secretarías Generales y demás centros directivos (artículo 4.1).

Es posible que la sentencia de instancia haya descrito la dependencia jerárquica del Director General de Presupuestos sin la necesaria precisión, pero esa deficiencia no se produjo en el fundamento jurídico en el que se procedió a la valoración de la prueba (36º). En él se refieren con toda corrección las competencias del Viceconsejero.

Se declara, con apoyo en el artículo 4.1 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, y a fin de valorar su conocimiento de lo que estaba sucediendo que "ejercía la jefatura superior de la Consejería después de su titular, correspondiéndole la representación y delegación general del mismo; la dirección, impulso y coordinación de las

Secretarías Generales y demás centros directivos, ostentando la Jefatura Superior de todo el personal de la Consejería", todo ello conforme al Decreto antes citado, número 137/2000, 16 de mayo.

Por tanto, la afirmación que se califica de errónea que, insistimos, se realizó en un pasaje de la sentencia no referido a la concreta valoración probatoria, no tiene la relevancia capital que el recurso le atribuye, ya que la valoración probatoria realizada parte de la descripción correcta de las atribuciones que como Viceconsejero de Economía y Hacienda le correspondía, conforme al Decreto que regulaba la estructura orgánica de la Consejería.

(ii) El segundo bloque de evidencias incluye su participación activa en la elaboración y aprobación de los anteproyectos de ley y de las modificaciones presupuestarias.

Siendo Viceconsejero se elaboraron los anteproyectos de ley de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2004 incumpliendo el régimen presupuestario aplicable a las transferencias de financiación (Prueba de cargo 1).

Conviene reiterar que la elaboración del presupuesto era competencia de la Consejería de Hacienda, a tenor de lo previsto en el Decreto 1307/2000 y demás normas de aplicación, y debía hacerse con sujeción a las normas que regulan la estructura presupuestaria, aprobadas precisamente por la Consejería de Economía y Hacienda, de la que el recurrente era el segundo máximo responsable.

Por lo tanto, su posición preeminente en la Consejería así como el contenido funcional de su cargo son elementos indiciarios en la dirección de afirmar, de acuerdo con criterios de racionalidad, que era conocedor del nuevo sistema de presupuestación y de todas sus implicaciones.

(iii) Conocía que las partidas aprobadas en los proyectos de presupuestos de 2002, 2003 y 2004, en cuya elaboración y aprobación intervino como Viceconsejero de Hacienda, se iban a utilizar para el pago de subvenciones (Prueba de cargo 8).

A título de ejemplo se transcribe un fragmento de la Memoria del presupuesto del año 2003, en el que se afirma que las transferencias de financiación tenían por finalidad:

"Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis" (PESP, Tomo 4, folios 1270 y ss, páginas del pdf 174 y ss-).

También se alude a que en los informes económicos financieros que, asimismo, deberían acompañar a las Leyes de Presupuestos de cada ejercicio, se hacía referencia a la existencia del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 firmado entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, con ocasión del programa 31L (Documento Parlamento, presupuesto 2003, PDF nº 7- IEF_2003, folios 126 y 127).

Debe ponerse el énfasis en que en los presupuestos del año 2002 se introdujo por primera vez el uso de la transferencia de financiación al IFA, dentro del programa 31L, y su aprobación sólo podía tener lugar una vez que los distintos documentos y propuestas que componían habían sido examinados e integrados, en su caso, en el Anteproyecto de Presupuestos en cuya elaboración, intervenía de forma decisiva el Viceconsejero, al encabezar el grupo de trabajo a que se refieren las órdenes relativas a la elaboración de los presupuestos anuales antes señaladas.

(iv) Siendo Viceconsejero de Hacienda se produjo el cambio del criterio de presupuestación con motivo de la modificación presupuestaria de 18/04/2000. Debe señalarse que dicho cambio se produjo en contra del criterio legal establecido por la propia Consejería mediante Orden de 22/05/1998 (Prueba de cargo 2).

Es decir, se cambió el sistema de presupuestación correcto que se venía utilizando hasta ese momento por otro incorrecto. También este hecho tiene su soporte en la normativa aplicable que ya hemos referido anteriormente.

(v) Presidió la Comisión General de Viceconsejeros de 11/04/2000 en donde se acordó reducir la partida correcta de 257 millones de pesetas para la concesión de subvenciones y se aprobó indebidamente una modificación presupuestaria para dotar de fondos a la partida 440.1 mediante transferencia de financiación. Y asistió a la reunión de 26/07/2000 donde se hizo lo mismo con una partida de 904 millones de pesetas (Prueba de cargo 3).

(vi) Aprobó por delegación de la Consejera la modificación presupuestaria de 07/05/2001 (Prueba de cargo 4).

En este apartado se cita el extracto para el Consejo de Gobierno, que se remitió junto con la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000, y que utilizó el recurrente en la Comisión General de Viceconsejeros, en el que se afirma:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 298 de 11 de julio, transferencia de créditos entre capítulos II y IV por importe de 965.000.000 ptas. La modificación propuesta tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01, con el crédito suficiente para desarrollar el Convenio Marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas"

El documento es suficientemente expresivo. Se refiere a las transferencias de financiación; al Convenio Marco de colaboración entre el IFA y la Consejería de Empleo; a la finalidad perseguida a través de las transferencias de financiación; y a la necesidad de incrementar una partida presupuestaria no vinculada a esa finalidad.

Solo con el contenido de ese extracto es difícil sostener que el Sr. Segundo no fuese conocedor de los hechos por los que ha sido condenado.

Sin embargo, se alega que el Viceconsejero de Hacienda no tenía intervención alguna en la tramitación de las modificaciones presupuestarias ya que en esta actuación el control de legalidad correspondía a la Dirección General de Presupuestos a través del informe del Jefe de Servicio.

Pero en el escrito impugnatorio se omiten dos datos relevantes: De un lado, que las modificaciones presupuestarias habían de superar el filtro de la Comisión General de Viceconsejeros, de la que formaba parte el recurrente y, de otro, que una de las modificaciones presupuestarias fue aprobada por él, previa delegación de la Consejera de Hacienda.

Por otra parte, debe recordarse la importancia y la naturaleza resolutoria de las decisiones de aprobación y elevación de dicha Comisión. No eran resoluciones de mero trámite, ya que en ocasiones se rechazaron modificaciones, porque la clasificación de los créditos no era adecuada, por cuestiones de competencia o por otras razones, de acuerdo con la declaración prestada por don Adolfo en el acto del plenario (pág. 598 de la sentencia de instancia) y de acuerdo con la normativa aplicable (artículos 46, 47 y 48 de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía), lo que abunda en el necesario conocimiento que se había de tener del contenido de esos proyectos normativos y de sus implicaciones, tanto por las competencias que tenía atribuidas como Viceconsejero, como por la trascendencia de las modificaciones, pues, en la de fecha 18 de abril de 2000 se emplearon por vez primera las señaladas transferencias de financiación para incrementar la partida 440 del programa 22E; y, en la de fecha 28 de julio de 2000, ese objeto fue expresamente descrito en el extracto antes señalado.

(vii) Intervino en el proceso de aprobación de otras modificaciones presupuestarias (Prueba de cargo 6):

- En la modificación de 28/07/2000, en cuyo extracto consta que tuvo por objeto dotar la partida 440.01 para desarrollar el Convenio Marco con el IFA.

- En la modificación de 05/12/2001, por importe de 6.355.000 euros por la que se generó un crédito por reajuste de otras partidas, lo que implicaba una decisión específica del Consejo de Gobierno y de su aprobación.

- En la modificación de 21/10/2002, por importe de 22.253.204,17 euros, por la que se generó un crédito por reajuste de otras partidas.

(viii) Formaba parte de los grupos de trabajo que se constituían anualmente para la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos. Ya hemos indicado que, conforme a la normativa aplicable, estos grupos de trabajo evaluaban la ejecución del ejercicio anterior y revisaban el programa de gastos y establecían su prioridad en función de los objetivos a alcanzar. A través de las Memorias que las empresas públicas debían remitir antes del día 1 de julio de cada año, conocían la ejecución que se había llevado a cabo de las partidas presupuestarias aprobadas en el ejercicio anterior (Prueba de cargo 5).

La afirmación tiene su apoyo normativo en el artículo 33.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud del cual la Consejería de Economía y Hacienda pública anualmente la orden por la que se dictan las normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el siguiente año.

A través de las señaladas órdenes se establecían los criterios de elaboración, la estructura presupuestaria utilizar el calendario de actuaciones y el procedimiento para la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto, no solo de las distintas Consejerías, sino también de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía. En este sentido, la Sala de instancia destaca el artículo 60 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, que dispone que:

"Los presupuestos de explotación y de capital a que se refiere el artículo 57.3 de esta ley , se remitirán por las respectivas empresas a la Consejería de Economía y Hacienda por conducto de la Consejería de que dependan, antes del día 1 de julio de cada año, acompañados de una memoria explicativa de su contenido y de la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediato anterior".

El grupo de trabajo, integrado por altos cargos de la Administración en materia presupuestaria, se integraba por el Viceconsejero de Economía y Hacienda (es decir, el recurrente), el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, el Director General de Planificación, el Director General de Presupuestos y el Director General de Fondos Europeos, así como el Viceconsejero de la Consejería cuyo presupuesto fuese objeto de análisis (en cuanto interesa al presente procedimiento, el de Empleo) y del Secretario General Técnico y de los responsables de los Programas de tal Consejería.

Conviene que insistamos en este punto, el Viceconsejero de Economía y Hacienda era quien encabezaba los grupos de trabajo.

(ix) Otro grupo de evidencias viene determinado por su participación en la elaboración o discusión de distintos instrumentos normativos que tenían como objeto las subvenciones y la materia presupuestaria.

Formó parte de la Comisión General de Viceconsejeros en la que se tuvo conocimiento de los intentos de regulación de las ayudas sociolaborales a través del proyecto de Decreto del año 2000 (Prueba de cargo 9).

El Proyecto de Decreto del año 2000 afectaba directamente a la presupuestación de la Consejería de Empleo y se realizó en la misma Consejería. El hecho de que fuese llevado a la Comisión de Viceconsejeros, de la que formaba parte, no solo en esa ocasión, sino en otras dos más, y que fuese retirado del orden del día en las tres ocasiones, no pudo ser desconocido por el Viceconsejero de Economía y Hacienda, máxime, cuando el proyecto de Decreto estaba incluido en los órdenes del día.

En este punto, y a efectos explicativos, conviene recordar que el señalado Proyecto de Decreto tenía por nombre "Proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza", el cual fue objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía y respecto del que, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones que pusieron de manifiesto la inadecuación del Decreto para el fin para el que se había ideado.

Es cierto que no consta la razón de la retirada del orden del día, pero lo que sí consta es que se incluyó, hasta en tres ocasiones, en el orden del día de la mencionada Comisión y que tenía por objeto establecer el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados procesos de reconversión y/o reestructuración.

En el recurso se alega que este hecho carece de relevancia probatoria porque el proyecto de Decreto ni salió adelante, ni se elevó al Consejo de Gobierno. También se dice que hubo hasta 5 borradores y que el recurrente no asistió a la última reunión de Viceconsejeros y no volvió a saber más de este asunto.

A nuestro juicio, la relevancia de este proyecto estriba en que se conocía el problema existente con la financiación de las ayudas sociolaborales y se pretendió encontrar una solución, de ahí que al margen de que se desconozcan las razones concretas por las que el proyecto de Decreto no salió adelante lo relevante es el conocimiento de la problemática situación de estas ayudas, cuestión que ha de ponerse en relación con las demás evidencias a que nos venimos refiriendo.

(x) Durante su mandato se elaboró la Orden de 4 de junio de 2003, sobre elaboración del presupuesto, que mantenía vigentes las partidas 47 y 48, sin alterar la finalidad de las transferencias de financiación (Prueba de cargo 11).

La Sala de instancia destaca que el valor probatorio de cargo del dictado de la señalada Orden radica en que mantuvo, sin alterar, la vigencia de las partidas 472 y 481 del programa 31L y no incluyó la partida 440, como hábil para la concesión de subvenciones.

La referida prueba de cargo ha sido tenida en cuenta, asimismo en relación con quien fue la Consejera de Economía y Hacienda, Emilia.

La relevancia del dictado de la señalada Orden radica en que, a través de la misma, no se alteraron las partidas presupuestarias destinadas al pago de las subvenciones excepcionales y, por tanto, tampoco los criterios para la interpretación legal de las exigencias legales correspondientes a los expedientes de tramitación de las mismas y a la necesidad del control previo por parte de la intervención. Dicho de otro modo, no reconoció la posibilidad de que se pudiesen conceder subvenciones al amparo de la partida 440 del programa 31L.

(xi) Durante el tiempo en que ejerció el cargo se aprobó el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, relativo al Reglamento General de Subvenciones y se dictó la Orden de 25/02/2002, por la que se creó y reguló la base de datos de subvenciones y ayudas públicas, de especial relevancia para su control. El citado Decreto excluía de su ámbito a las transferencias de financiación, lo que evidencia el conocimiento general de este instrumento financiero y su estrecha vinculación (en sentido excluyente) con las subvenciones (Prueba de cargo 13). Y la Orden sometía a las subvenciones a un régimen especial de publicidad. Ambas disposiciones fueron incumplidas.

En el recurso se cuestiona el valor probatorio de ambos hechos en cuanto que el simple dato de que fuera Viceconsejero cuando se aprobaron esas normas nada acredita respecto del conocimiento de la ilegalidad de la presupuestación.

Frente a ello conviene recordar, remitiéndonos a lo dicho en contestación al recurso de doña Emilia (FJ 62.2, apartado IV), que a iniciativa de la Consejería de Hacienda se aprobaron en ese periodo otras normas referidas a la presupuestación de las transferencias de financiación y al control de los entes y empresas públicas, algunas de ellas también incumplidas, que permiten dar una idea de la relevancia que esta cuestión tenía dentro de la Consejería y de la dificultad, desde criterios de racionalidad, de sostener el desconocimiento que se postula de todo este asunto y que constituye el eje central de la tesis de la defensa.

Las normas que se aprobaron en ese periodo, específicamente vinculadas con la materia presupuestaria, además de las leyes de acompañamiento en cuyo artículo 18 se determinaba con claridad la finalidad de las transferencias de financiación (vid. FJ octavo), fueron las siguientes:

a) Instrucción conjunta 2/2002, de 21 de marzo, de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General, desarrollando el artículo 18 de la Ley 15/2001, sobre la forma en que habían de producirse los reintegros de las transferencias de financiación. En dicha Instrucción se establece:

(...) "la Dirección General de Presupuestos, como centro directivo con competencias en la evaluación y seguimiento de los Programas de Actuación, Inversión y Financiación y los Presupuestos de Explotación y Capital, elementos éstos de planificación a través de los que se instrumentan las transferencias corrientes y de capital a las empresas de la Junta de Andalucía y la Intervención General, como centro directivo de la fiscalización de los distintos actos de ejecución del Presupuesto de Gastos de la Junta de Andalucía y de la contabilidad pública, dictan las siguientes Instrucciones:

PRIMERA. - El reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía del importe de las transferencias corrientes no aplicadas para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, se efectuará en el ejercicio inmediato posterior, una vez aprobadas las cuentas del ejercicio a que se refieran".

b) Instrucción 5/2002, de 10 de junio, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre procedimientos específicos de fiscalización, derivados de la implantación de la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la comunidad autónoma andaluza .

En dicha Instrucción se reguló el sistema de publicidad de las subvenciones otorgadas por la Junta de Andalucía. Se disponía que toda subvención obligaba a cumplimentar una "hoja de datos" para su posterior inserción en el "Sistema integrado Júpiter", disponiéndose que "el incumplimiento de la obligación de comunicación de datos establecidas en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 25 de febrero de 2002, constituye la omisión de un trámite esencial del correspondiente expediente administrativo".

La Instrucción estableció su ámbito de aplicación en su disposición segunda en los siguientes términos:

1. Para la consecución de los diferentes fines anteriormente establecidos, será objeto de la presente Instrucción todos los expedientes administrativos de subvenciones y ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que haya sido el régimen y procedimiento de concesión y con independencia de que en la distribución de fondos públicos intervengan entidades colaboradoras a las que se refiere el artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía

En su apartado segundo se excluía de su ámbito a:

"Transferencias de financiación, corrientes o de capital, a favor de Organismos Autónomos, empresas de la Junta de Andalucía o Universidades"

La Intervención General estaba adscrita a la Consejería de Economía y Hacienda. Así las cosas, esta Instrucción evidencia varios datos esenciales: Que las ayudas sociolaborales eran subvenciones a los efectos de esta Instrucción y debían ser objeto de inserción en la base de datos Júpiter y que las transferencias de financiación sólo podían ser "corrientes o de capital", es decir, destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias o a aportar capital para la empresa pública.

Pues bien, nada de esto se observó. Las ayudas no fueron publicadas y se utilizaron las transferencias de financiación para el pago de subvenciones ordenadas por la Dirección General de Empleo y no para financiar la actividad ordinaria del IFA /IDEA.

(xii) Un cuarto grupo de evidencias se refiere al conocimiento que tenía de los desfases presupuestarios y los criterios de contabilización del IFA /IDEA.

En el acta del Consejo Rector del IFA de 27/05/2003 se deja constancia de que el Viceconsejero de Empleo había comunicado al Viceconsejero de Hacienda los problemas financieros del IFA (referidos a los déficits anuales que se producían por atender el pago de las subvenciones ordenadas por el Director General de Trabajo) y le propone varias soluciones, una de las cuales es que se generen documentos de transferencias aprobadas para que tales documentos (identificados como CE y DT) puedan ser objeto de descuento bancario, manifestando el Viceconsejero que la Consejera no daba su aquiescencia a esa solución (Prueba de cargo 12).

En el acta se refleja lo siguiente:

"se refiere al problema financiero que en estos momentos acucia a este Instituto (...) e informa de las reuniones mantenidas con el Sr. Viceconsejero de Economía y Hacienda, a quien se han propuesto dos medidas conducentes a paliar los efectos del referido problema financiero de nuestro Instituto, a saber: el endeudamiento al que ha hecho referencia y la posibilidad de que se certifique la existencia de documentos presupuestarios correspondientes a las transferencias de la CE y DT a nuestro Instituto que se encuentren debidamente tramitados y fiscalizados por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, de forma que el Instituto pueda descontar dicho importe en entidades de crédito y generar liquidez de modo inmediato. En relación a la posibilidad de descuento el Sr. Presidente de la sesión manifiesta a los Sres. Consejeros que la Consejería de Economía y Hacienda no ha manifestado su aquiescencia, pues se entiende que el Instituto, como Entidad Pública que es, no adquiere su mejor imagen como descontante de papel de origen público ante una entidad crediticia descontataria".

El contenido de este acta fue valorado como demostrativo de que el Presidente del IFA y Viceconsejero de Empleo declaró haber hablado con el recurrente de los problemas financieros del Instituto y que para su solución le

propuso dos alternativas, que "se certifique la existencia de documentos presupuestarios correspondientes a las transferencias de la CE y DT a nuestro Instituto que se encuentren debidamente tramitados y fiscalizados por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera".

Las eventuales soluciones planteadas, en cuanto anudadas a las transferencias de financiación, evidencian que el Sr. Segundo era conocedor del endeudamiento al que se estaba viendo sometido el IFA, ya que se limitaba a actuar como caja pagadora de lo decidido por la Consejería de Empleo y la Dirección General de Trabajo.

En relación con esta prueba se argumenta que el acta no se refiere a deficiencias del sistema de presupuestación sino a tensiones financieras en el IFA y la búsqueda de un modo de obtener financiación para evitar que el Instituto tuviera que acudir a descuento bancario. Al margen de su contenido concreto lo que revela el documento, una vez más, es el conocimiento que se tenía de los problemas de presupuestación de las ayudas sociolaborales, que generaban déficits anuales en el Instituto. Resulta difícil admitir que el Viceconsejero, que le llegaba información por tantas vías, fuera ajeno al problema de legalidad que existía.

(xiii) Conocía el contenido de los PAIF que anualmente se remitían a la Consejería de Hacienda en los que las cantidades recibidas por transferencias de financiación se contabilizaban indebidamente como gastos de explotación en las cuentas de IFA/IDEA (Prueba de cargo 7).

Este hecho resultó acreditado por el informe de los peritos de la IGAE y por la declaración testifical de don Constantino, Director de administración y finanzas del ente público.

La resolución combatida destaca que, en la medida en que el recurrente fue conocedor de los PAIF del IFA, dio su aprobación a que las cantidades recibidas, vía transferencia de financiación del programa 31L, se presupuestasen dentro del concepto "otros gastos de explotación", destinados a equilibrar las cuentas.

Recordemos que los denominados gastos de explotación recogidos en los PAIF no eran sino gastos ficticios, pues solo consignando esos gastos era posible que se justificase el ingreso de las cantidades recibidas a través de las transferencias de financiación. La Sala de instancia es expresiva al respecto, al afirmar que "el IFA-IDEA no tenía gasto alguno, ni realizaba actividad propia con esos ingresos, pues únicamente se limitaba a pagar por cuenta de tercero, en este caso la Dirección General de Trabajo".

En el recurso, sin embargo, se aduce que siendo cierto que los PAIF se remitían a la Consejería, no hay prueba de que se remitieran al Sr. Segundo, sino que el órgano de remisión era la Dirección General de Presupuestos, por lo que no hay evidencia de que el recurrente los hubiera recibido y conocido.

En este punto procede darle la razón ya que, examinada la documentación a que se alude en este pasaje de la sentencia, no hay comunicación alguna dirigida al Viceconsejero, porque las comunicaciones que constan son las realizadas a la Dirección General de Presupuestos y a la Secretaría General Técnica.

No obstante, por más que los PAIF del IFA se remitiesen a la Dirección General de Presupuestos, ello no impide que fueren conocidos por el Viceconsejero. Insistimos, en los grupos de trabajo constituidos para la elaboración de los presupuestos se analizaban los PAIF. Esos grupos de trabajo eran liderados por el Viceconsejero de Economía y Hacienda y, además, competencialmente a él le correspondía la coordinación y dirección de las secretarías generales y de las direcciones generales. Por tanto, no es necesario que los documentos fuesen remitidos al Viceconsejero para presumir de forma racional que los mismos fuesen conocidos por él.

(xiv) Fue destinatario de los Informes de control financiero del IFA/IDEA, para su traslado a la Consejera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 9/1999, de 19 de enero.

La sentencia destaca que los Informes referidos a las primeras anualidades en que se produjo el cambio de presupuestación se produjeron las siguientes incidencias: El Informe de 2000 y primer semestre de 2001 no se hacía referencia a las transferencias de financiación y en el Informe de cumplimiento de los ejercicios 2001 y 2002, se recibió para su traslado a la Consejera poco antes de cesar en su cargo, entre febrero y mayo de 2004 (Prueba de cargo 8).

Por lo tanto, en este particular la conclusión de la sentencia es que no consta la notificación de los informes de control financiero ni los informes de cumplimiento del IFA, ni los informes de cuentas, y los que consta su notificación o no hacían mención a las irregularidades o se notificaron en los momentos finales del ejercicio del cargo.

Constatamos, de nuevo, que la inclusión de tal prueba revela el celo de la Sala de instancia en la racional valoración de la totalidad de la prueba, tanto la de cargo como la de descargo.

En efecto, el Tribunal a quo, pese a denominarla prueba de cargo, le atribuye un valor de descargo, si bien insuficiente para dejar sin efecto la racional valoración dada a la totalidad de la prueba antes señalada, pues el recurrente no necesitaba ser advertido de eventuales irregularidades por el uso indebido de las transferencias de financiación a través de informe alguno, ya que, por su intervención directa y competencias legalmente establecidas, era consciente de ese uso fraudulento. Debe recordarse que siendo Viceconsejero de Economía y Hacienda es cuando se comenzaron a utilizar las transferencias de financiación para el pago de supuestas ayudas, con elusión de las disposiciones normativas expuesta a lo largo de todo el razonamiento.

La conclusión es lógica. Aun cuando el Sr. Segundo no conociese de tales informes, era conocedor, por haber participado en su instauración, del uso indebido que se estaba dando a las transferencias de financiación.

(xv) Por último, la sentencia pone de relieve que como Viceconsejero manejaba mucha más documentación e información que la que llegaba al Parlamento, citándose al efecto que ese mayor caudal de información era necesario para la aprobación de las órdenes de elaboración del presupuesto dictadas anualmente así como por estar integrado en los grupos de trabajo de alto nivel que se encargaban de analizar los programas elaborados por los distintos centros directivos (Prueba de cargo 10).

El aserto es incuestionable. Constan en las actuaciones distintos documentos que eran manejados por la Consejería de Economía y Hacienda tendentes a la preparación de los Proyectos de Presupuestos que no eran remitidos al Parlamento. De ahí que exista un procedimiento de elaboración de Presupuestos.

La defensa denuncia que la pretendida prueba de cargo no puede ser valorada como tal, ya que se trata de una afirmación genérica en la que no se especifica quiénes conocían esta documentación e información, que no llegaba al Parlamento, ni qué tipo de información o documentación era.

Sin embargo, a lo largo de toda la resolución se hace referencia a numerosa documentación manejada por la Consejería de Economía y Hacienda, que no formaba parte ni de los Proyectos de Presupuesto ni de la memoria anexa a los mismos. Todos esos documentos son, sin embargo, precisos para la elaboración de los Anteproyectos de ley de Presupuestos. A esos documentos se refiere la Audiencia Provincial. Téngase en cuenta que para la elaboración de los Proyectos de Ley de Presupuestos era necesario manejar la documentación remitida por las distintas consejerías.

Es cierto, que la sentencia no afirma qué personas concretas eran las que tenían conocimiento de la documentación que no se incluía en las Leyes de Presupuestos, y se limita a afirmar que se manejaba más documentación en la Consejería de Hacienda. La expresión "manejar" es correcta. El concepto debe relacionarse con los distintos órganos de la Consejería de Economía y Hacienda normativamente capacitados para su examen. Lo hemos dicho y la Sala de Instancia lo recuerda. Entre esos órganos se encontraban los grupos de trabajo antes referidos.

De nuevo debemos convenir con el tribunal de enjuiciamiento en el valor probatorio de cargo de la realidad incontestable de que en la Consejería de Economía y Hacienda se manejaba más documentación que la que se remitía al Parlamento. Insistimos, se trata de una prueba de cargo que no puede entenderse de forma aislada, sino en relación con el resto de la prueba de cargo ya examinada. Nos hallamos ante un indicio más de que el recurrente, como Viceconsejero de la Consejería de Economía y Hacienda, en la medida en que tenía como competencia principal la coordinación y dirección de las Secretarías Generales y Direcciones Generales, tuvo a su disposición, bien por sí o a través de sus subordinados, toda la documentación relativa a los hechos por los que fue condenado.

71.2 Consideraciones finales.

La valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia se asienta en criterios de racionalidad a los que nada cabe objetar. El delito de prevaricación por el que el Sr. Segundo ha sido condenado ha quedado probado con suficiencia.

Podríamos resumir el contenido de la prueba que justifica la conclusión fáctica de la sentencia en los siguientes términos:

(i) Era la segunda autoridad de la Consejería de Hacienda y entre sus funciones estaba la de intervenir en la elaboración de los presupuestos, lo que obligaba a examinar las propuestas de todos los centros de la Junta de Andalucía, ordenarlas, comprobar su legalidad y comprobar que se ajustaban a las normas reglamentarias aprobadas por propia Consejería y a las directrices políticas del Consejo.

(ii) Como Viceconsejero de Hacienda tenía funciones específicas de asesoramiento y supervisión en materia presupuestaria y de dirección y coordinación de las distintas Secretarías Generales y centros directivos de la Consejería de Hacienda.

(iii) rcía ese cargo cuando se decidió el cambio de presupuestación y aprobó por delegación una de las primeras modificaciones presupuestarias que introducían ese cambio. De su consejería dependía la Intervención, que fue el órgano que formuló reparos a los anticipos que realizaba el IFA para el pago de las ayudas, generando un desfase presupuestario en el ente público.

(iv) Asistió a las reuniones de la Comisión General de Viceconsejeros donde se discutió y rechazó un proyecto de Decreto (años 2000) para regular el pago de las ayudas sociolaborales.

(v) Intervino en las reuniones de la Comisión General de Viceconsejeros, donde se examinaron y elevaron las distintas propuestas de modificaciones presupuestarias y de proyectos de ley de presupuestos, con el cambio de presupuestación tantas veces aludido. En las distintas Memorias y Extractos que se acompañaban a los proyectos normativos figuraba su destino, debiéndose subrayar que en la Consejería se manejaba abundante documentación para conocer el contenido de cada partida.

(vi) onocedor de que las transferencias de financiación, conforme a la normativa vigente al tiempo de los hechos, solo tenían por objeto la cobertura de capital o de la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas públicas, no ya por el contenido de la Ley General de la Hacienda Pública y demás normas de aplicación que debería conocer, sino porque siendo Viceconsejero se aprobó el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, que prohibía el uso de transferencias de financiación para el pago de subvenciones y en el ámbito de su consejería se aprobó la Orden

de 4 de junio de 2003, que mantenía la vigencia de las partidas 47 y 48 para transferencias a empresas y particulares y la partida 440 (subapartados 50 a 59) para las transferencias de financiación a empresas públicas.

(vii) Presidía los grupos de trabajo constituidos para la elaboración del presupuesto de cada consejería y en dichos grupos se manejaba la información procedente de los PAIF del ente público en donde se reflejaba la ejecución del presupuesto del ejercicio anterior y sus desviaciones.

(viii) Tuvo constancia de los desfases presupuestarios que se generaban en el IFA por el pago de las ayudas y de los problemas que se generaban por el retraso en su cobro, según consta en un acta del Consejo Rector del IFA de una reunión a la que asistió, dando cuenta de las posibles soluciones a la Consejera, lo que evidencia su conocimiento del problema.

(ix)) Por último, consta que en el ejercicio de sus funciones manejó una amplia documentación sobre todo este asunto, más amplia que la que se remitió al Parlamento y que le permitió conocer todos los pormenores de los hechos objeto de enjuiciamiento.

A partir de este caudal probatorio se puede afirmar con la suficiente certeza la tesis acusatoria, que afirma el conocimiento que tuvo de la palmaria ilegalidad de su actuación.

El Sr. Segundo fue consciente de que, como consecuencia de las dificultades que se venían produciendo en la gestión de las ayudas que se venían concediendo en los procesos de reestructuración de empresas y de los reparos que formulaba la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, se ideó un mecanismo integrado por distintos instrumentos relacionados entre sí, entre los que se incluía el uso de transferencias de financiación.

Y eso es así porque era conocedor de que las transferencias de financiación, conforme a la normativa vigente al tiempo de los hechos, sólo podían aplicarse a las necesidades de capital o a la cobertura de pérdidas y ganancias de las empresas públicas. Pese a ello, intervino en la aprobación de instrumentos presupuestarios contrarios a la ley, que tuvieron como efecto inmediato eludir la normativa de subvenciones y el control previo de la Intervención.

Las fuentes de información que tenía eran diversas. Formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros en donde se analizaban y discutían todos los proyectos normativos y de él dependían todas las Secretarías Generales y las Direcciones Generales de la Consejería de Economía y Hacienda, que se hallaban sujetas a su coordinación y dirección. Presidía los grupos de trabajo que analizaban la abundante documentación que mandaba cada consejería y cada centro directivo para elaborar los presupuestos anuales y conoció diversos proyectos normativos aprobados durante su mandato que definían el uso de las transferencias de financiación y cómo se debía realizar su correcta presupuestación. También conoció de los problemas que la implicación del IFA en el pago de subvenciones producía en dicho Instituto, singularmente los desfases presupuestarios, que también contravenían las normas presupuestarias.

Por tanto y como conclusión, la prueba de cargo aportada por la acusación es suficiente para afirmar que el recurrente era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó.

La tesis alternativa resulta difícilmente explicable. El Sr. Segundo tenía una función singularmente relevante en la Consejería de Hacienda, encargada de la elaboración de toda la materia presupuestaria y atendiendo a sus competencias, a su posición institucional y a las fuentes de información con las que contaba no es razonable afirmar que desconociera la ilegalidad del nuevo criterio de presupuestación utilizado y de la finalidad ilícita que con ello se perseguía. Las evidencias acumuladas en el juicio acreditan lo contrario.

En fin, la prueba ha sido plural y ha sido valorada con arreglo a parámetros de racionalidad, por lo que no apreciamos la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

XV RECURSO DE DOÑA Marcelina

Para una mayor claridad expositiva alteraremos el orden de respuesta a los distintos motivos que integran este recurso. En primer lugar nos referiremos al motivo segundo que suscita una queja planteada como cuestión previa y que ya ha sido resuelta en uno de los primeros fundamentos de la sentencia. Después nos adentramos en los motivos por infracción de ley, que también han sido analizados en los fundamentos jurídicos destinados a la resolución de las cuestiones generales y, por último, responderemos a los dos motivos en que se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia, respondiéndolos de forma conjunta, dada su evidente conexión.

72 Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del principio acusatorio.

En el motivo segundo de este recurso se denuncia la vulneración del principio acusatorio en cuanto el tribunal de instancia en su sentencia le ha atribuido hechos que no se incluyeron oportunamente en los escritos de acusación.

Esta queja ha sido contestada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, dentro del capítulo destinado a la resolución de las cuestiones previas y a él nos remitimos para no redundar en lo ya expuesto.

El motivo se desestima.

73. Motivo por infracción de ley: Interpretación errónea de la ley en relación con las normas sobre presupuestación y las competencias de la Consejería de Hacienda.

De forma complementaria al motivo quinto, en el que se formula la misma queja pero desde la vertiente de la valoración de la prueba, en el octavo ordinal del recurso se denuncia la interpretación errónea, tanto de las leyes reguladoras de la elaboración del presupuesto anual, como de las competencias de la Consejería de Empleo en esta materia.

En relación con las normas sobre presupuestación el eje argumental de este alegato gira en torno a la idea de que de que el crédito presupuestario habilita un límite de gasto pero no determina la forma en que ese gasto se debe producir. El recurso expone su criterio con singular claridad, razón por la que resulta conveniente reflejar algunos de sus párrafos más significativos. Dice el motivo:

" El crédito presupuestario es un acto de carácter legislativo que finaliza con una autorización para disponer. Por el contrario, el gasto es un acto administrativo que finaliza con un desplazamiento de fondos. En la fase de elaboración presupuestaria, y de un expediente de modificación presupuestaria, se determina únicamente el crédito, y de ello no se derivan directamente obligaciones, pues se necesita un procedimiento concreto de ejecución. Resulta evidente que cuando un Gobierno propone dedicar una determinada cuantía a una finalidad pública, incluyéndola en el Proyecto de Presupuesto, no está proponiendo, ni mucho menos decidiendo, cómo se ejecutará esa cantidad por el responsable del programa, porque ni esa decisión depende del Gobierno ni mucho menos del Parlamento. En la fase de elaboración y aprobación presupuestaria se conoce, propone y aprueba la naturaleza del crédito, el destino, el sujeto que lo va a ejecutar, pero no se dispone de información sobre el procedimiento concreto de gasto que vaya a emplearse, que en muchos casos es desconocido o no está desarrollado en el momento de aprobar el presupuesto. Por lo tanto, quienes intervienen en la fase de presupuestación no tienen capacidad, ni responsabilidad, en cómo se ejecutan posteriormente los gastos por cada responsable del programa. Si para ejecutar el gasto fuera necesario, por ejemplo, aprobar una Orden (porque se tratara de materia subvencional), el encargado de la gestión de ese crédito tendrá la facultad y la responsabilidad de que se publique la norma antes de ordenar el gasto. El gasto corresponde a la fase de ejecución presupuestaria, y en este momento surge el mandato de utilizar los fondos públicos, y sus responsables son los órganos gestores, a quienes corresponde su correcta aplicación.

Se presentan la presupuestación y la ejecución del gasto como procesos totalmente desconectados, a cuyo fin se sostiene que los órganos encargados de la presupuestación desconocen cómo se ejecutará el gasto y ninguna responsabilidad tienen por las ilegalidades que se puedan producir en la fase de ejecución presupuestaria.

A pesar de la solidez del argumento impugnativo no procede su estimación por dos razones: La primera, porque no es respetuoso con el juicio histórico, lo que es suficiente para su desestimación, ya que el motivo del artículo 849.1 de la LECrim no puede desconocer los hechos probados. Y la segunda, porque en el caso sometido a nuestra consideración no se produjo la desconexión a que alude el motivo. El proceso seguido por los autores fue diferente. Se cambió el sistema de presupuestación para que el gasto se hiciera de una determinada forma y las autoridades que hicieron esa modificación y que la mantuvieron conocían lo que iba a suceder. En el fundamento jurídico décimo tercero ya nos hemos referido a esta cuestión y reiteramos lo dicho.

En lo referente a las competencias de la Consejería de Hacienda se alega que, teniendo en cuenta que la competencia de un órgano administrativo no se presume y teniendo también presente el principio de coordinación, según el cual no cabe oponerse a la decisión legítima de un órgano administrativo que ha actuado dentro de sus competencias, es insostenible atribuir la responsabilidad sobre los presupuestos del gasto a la Consejería de Hacienda y omitir el resto de responsabilidades y facultades de las demás Consejerías. Se sostiene que la Consejería de Hacienda no puede modificar el Anteproyecto que remite cada una de las Consejerías que, por su parte, deben grabar su propuesta en el programa informático siguiendo las directrices políticas (objetivos) y las técnicas (clasificación del gasto y objetivos de programa). Por tanto, cada Consejería formula su presupuesto y tiene la responsabilidad de hacerlo de forma adecuada.

Se afirma que la Consejería de Hacienda centraliza la información, coordina el proceso de elaboración de los presupuestos y su única competencia durante ese proceso se desenvuelve en materia de ingresos fijando los límites a cada consejería, pero carece de facultades de corrección o control sobre el presupuesto de cada consejería.

Como Viceconsejera y de acuerdo con las Órdenes que se aprobaban cada año para la elaboración de los presupuestos, la función que tenía específicamente encomendada era recepcionar las propuestas de normas de contenido presupuestario de las distintas consejerías y de otros centros directivos para su inclusión en el anteproyecto de ley. Por más que fuera superior jerárquica de la Dirección General de Presupuestos carecía de facultades de control.

Se reprocha que la sentencia afirme que en los grupos de trabajo en que intervenía la Viceconsejera se hubiera de efectuar un control de legalidad sobre los procedimientos de gastos y su legalidad, señalando, además, que las funciones de estos grupos venían determinadas por la Orden de 02/05/2004 y no por la Orden de 04/06/2003, reiterándose que carece de fundamento la presunción de que en dichas reuniones su tuvo que tratar necesariamente las cuestiones relativas al déficit del IFA/IDEA y su origen.

En relación con los presupuestos de los entes instrumentales se afirma que la sentencia declara que la recurrente tenía conocimiento de los PAIF del IFA y su condena se produce por "dar su aprobación a que figuraran

como ingresos las cantidades recibidas por vía de transferencia de financiación (página 1386 de la sentencia)". Sin embargo, no se declara probado nada en relación con tomar decisiones en relación con los PAIF y como Viceconsejera no tenía competencia alguna sobre esta cuestión.

De todo lo anterior se concluye la errónea interpretación normativa realizada en la sentencia de instancia en los términos que acabamos de resumir.

También estos argumentos impugnativos han recibido respuesta en la parte de esta sentencia destinada al análisis de las cuestiones generales, concretamente en los fundamentos jurídicos vigésimo quinto y vigésimo séptimo.

La defensa prescinde de la normativa en materia presupuestaria de la que se deduce que tanto la intervención de la Dirección General de Presupuestos, de la que el Viceconsejero era superior jerárquico, como el Consejero de Hacienda, tenían la competencia para la elaboración del Presupuestos y su función no se limitaba a una mera ordenación de lo que le remitían los distintos centros directivos.

De un lado, el Director General de Presupuestos "no se limita a compilar la que cada órgano directivo le presente, sino que lo ordena, lo evalúa, lo estudia y procede a la elaboración de los estados de ingresos y gastos para su posterior aprobación por las demás autoridades de rango jerárquico superior, en el ejercicio de las amplísimas y específicas competencias que le corresponden de conformidad con el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo y del Decreto 239/2004, de 18 de mayo, que sustituyó al anterior".

En cuanto al Consejero de Hacienda, además de intervenir en la aprobación de los proyectos de ley como miembro del Consejo de Gobierno, también hemos dicho con anterioridad que su "actuación administrativa, que culminaba con la aprobación del proyecto por el/la Consejero/a de Hacienda, para su remisión al Consejo de Gobierno, no era una mera agregación u ordenación de las cifras que remitía cada consejería sino una actuación de análisis y control, ya que en esta fase del procedimiento se podían establecer las modificaciones que fueran precisas no sólo para ajustar el proyecto a la legalidad sino para acomodarlo a las instrucciones políticas del gobierno".

Y en cuanto al Viceconsejero de Hacienda, además de formar parte de esa consejería como superior jerárquico del Director General de Presupuestos y de tener la función específica de asesoramiento jurídico del Consejero en el ejercicio de la potestad normativa, formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros que tenía como función estudiar y filtrar los asuntos que habían de ser estudiados por el Consejo de Gobierno. Sobre esta función hemos dicho que "en esa Comisión y debido a las funciones propias de quienes lo componían los proyectos normativos debían ser examinados antes de su elevación al Consejo de Gobierno y podían ser rechazados y no incluidos en el orden del día de dicho Consejo, lo que evidencia la relevancia de ese filtro necesario".

El argumento según el cual la Consejería de Hacienda se limitaba a una mera recopilación de datos para elevarlos al Consejo de Gobierno y posteriormente al Parlamento, que es una alegación que reiteran todos los cargos directivos que intervinieron en los procesos presupuestarios, es infructuoso a la vista del contenido de la legislación presupuestaria y de la competencia de cada una de estas autoridades, y, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, traslada un mensaje alarmante de lo que es el servicio público y el correcto funcionamiento de las instituciones a quienes por ley corresponde no sólo la elaboración de los presupuestos sino el control de su ejecución y la defensa de los intereses de la Hacienda Pública.

Por lo tanto y según hemos razonado extensamente no apreciamos el error iuris que se denuncia en el motivo, que se desestima.

74. Motivo por infracción de ley: Interpretación errónea de la ley en relación con la finalidad de las transferencias de financiación.

En el séptimo motivo de este recurso se hace un extenso recorrido por las normas legales y reglamentarias que han regulado las transferencias de financiación para concluir que ese instrumento financiero y presupuestario, frente a lo que se sostiene en la sentencia impugnada, no tenía como única finalidad la cobertura de las pérdidas de la empresa pública. Esa conclusión le sirve a la defensa para afirmar que los hechos no son constitutivos del delito de prevaricación administrativa porque ninguna ilegalidad hubo en la habilitación de créditos mediante ese instrumento financiero.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado extensamente en los fundamentos jurídicos sexto a noveno a los que nos remitimos para evitar inútiles reiteraciones.

El motivo se desestima.

75. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP.

En el noveno motivo y por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim se censura la subsunción de los hechos en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal.

Resumiendo sus argumentos, se dice que las aprobaciones de los anteproyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias no forman parte de un proceso administrativo; que son actos de gobierno no sometidos a control jurisdiccional; que esas aprobaciones, que tienen lugar en el marco de un proceso prelegislativo, son actos de trámite y no pueden ser calificadas como "resolución administrativa" a efectos penales porque carecen de eficacia ejecutiva, deben ser objeto de posterior aprobación parlamentaria y porque no porque carecen del

elemento de arbitrariedad necesario para que puedan integrar el delito de prevaricación. Como miembro de la Comisión General de Viceconsejeros, se dice, no adoptó resolución aprobatoria alguna dado que esta Comisión sólo conocía el texto normativo, sin estados numéricos y previo dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía.

Todos estos reproches ya han recibido respuesta desestimatoria en los fundamentos jurídicos destinados a la resolución de lo que hemos denominado cuestiones generales, específicamente en el fundamento jurídico vigésimo a vigésimo segundo y vigésimo sexto.

También se alega que cuando la Sra. Marcelina pasó a desempeñar el cargo de Viceconsejera de Economía y Hacienda, en abril de 2004, ya se habían aprobado tres leyes de presupuestos previas (2002, 2003 y 2004), sin objeciones ni reproches; que en ninguno de los Informes de fiscalización de la Cuenta General, correspondientes a los ejercicios 2000 a 2009, existía advertencia de ilegalidad sobre el uso de las transferencias de financiación a entidades del sector público andaluz, ni informe específico sobre las transferencias recibidas por el IFA/IDEA.

A partir de estos datos se estima manifiestamente insostenible que conociese que la presupuestación de las transferencias de financiación iba dirigida a eliminar los trámites legalmente exigidos para la concesión de las ayudas por la Dirección General de Trabajo, porque nunca advirtió ningún órgano de control (no ya la Intervención, sino tampoco la Cámara de Cuentas) que la transferencia de financiación fuese ilegal, o que el uso que se le estaba dando fuese contrario a la Ley. El hecho de que un instrumento presupuestario no se considere adecuado no quiere decir que sea manifiesta, grosera o palmariamente ilegal.

Pues bien, esta queja no puede ser atendida porque lo que evidencia es una discrepancia con la valoración de la prueba. Afirma que no conocía ni pudo conocer que las transferencias de financiación fueran ilegales o que el uso que se hacía de las mismas era ilegal, pero los hechos probados declaran expresamente lo contrario. La propia recurrente lo reconoce en su alegato. En el hecho probado 10ª se declara que "con conocimiento de los incumplimientos de la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales a empresas en crisis la recurrente (y los otros condenados) no modificaron en ningún extremo el proceder de los ejercicios anteriores, interviniendo en la tramitación y aprobación del anteproyecto de presupuesto de la Junta de Andalucía para el 2005...".

Esa misma declaración se hace respecto de los presupuestos de 2006 a 2009 y también en relación con las distintas modificaciones presupuestarias aprobadas en ese periodo. El juicio histórico dice: "se puso a disposición del acusado Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo (las cantidades en cada año presupuestadas) para que éste pudiera disponer de las mismas, sin sujeción ala fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad detramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales".

Venimos afirmando a lo largo de esta sentencia que en los motivos de casación por infracción de ley, articulados al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, el análisis que nos corresponde sobre la subsunción normativa debe partir necesariamente de los hechos probados, que han de ser respetados de forma escrupulosa. En la medida en que no se atiende a ese presupuesto el motivo está abocado al fracaso y por esa razón la queja a la que ahora damos respuesta y en lo que atañe a esta última alegación no puede tener favorable acogida, sin perjuicio de responderla en los motivos en que se ha denunciado la vulneración del principio de presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

76. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del delito de malversación de caudales público del artículo 432 CP .

76.1 Por el cauce de la infracción de ley, a través del artículo 849.1 de la LECrim, en el motivo décimo de este recurso se censura la sentencia en su pronunciamiento condenatorio por el delito de malversación de caudales públicos argumentando lo siguiente:

(i) Se declara en los hechos probados que quien concedía las ayudas sociolaborales era la Dirección General de Trabajo y quien tramitaba los expedientes, con procedimiento o sin él, con mayor o menor documentación. Sin embargo, la Viceconsejera de Hacienda era ajena por completo a las decisiones de la gestión de este programa. No tenía potestad o facultad alguna para decidir cómo, cuándo y cuánto se daba una ayuda y a quién, porque nunca fue titular de los fondos del programa 3.1.L, presupuestados por la Consejería de Empleo y aprobados en su estado de gastos. Tampoco los fondos estaban "a su cargo por razón de sus funciones", sino que el gasto estaba encomendado, y lo ordenaba, la Dirección General de Trabajo.

(ii) No ha habido relación alguna entre la Sra. Marcelina y quien gestionaba los fondos. Debería haberse construido y acreditado una relación entre quien dispone de los fondos y quien consiente esa conducta y en este caso quien dispuso de los fondos era quien tenía facultades para hacerlo, facultades por completo ajenas a las propias de la recurrente.

(iii) No cabe condena por delito de malversación, tal y como ha ocurrido en este caso, prescindiendo totalmente de declarar cuál fue el dinero malversado y a quién fue a parar indebidamente. La malversación es un delito de resultado y ese resultado no es "hipotético", sino que ha de ser material.

(iv) Como Viceconsejera de Hacienda, no tenía función de control en la ejecución del gasto y, por lo mismo, ni era garante de su uso indebido, ni lo consintió. No hubo infracción de deber y en todo caso la sentencia no explicita qué conducta omitió o debió hacer la recurrente, teniendo en cuenta, además, que carecía de competencia alguna en la ejecución y control del gasto.

(v) El anteproyecto de ley es un acto jurídicamente ineficaz para provocar cualquier tipo de sustracción, ni es un vehículo para permitir que otro sustraiga, porque depende de la aprobación de un tercero (el Parlamento); es el acto legislativo y no la iniciativa del Consejo de Gobierno lo que le otorga valor jurídico. El anteproyecto no es nada para la vida del Derecho sin la aprobación del Parlamento. Por lo tanto, la conducta de mi representada sería atípica a estos efectos porque con su intervención en los anteproyectos de presupuesto no está permitiendo que nadie sustraiga, y mucho menos puede deducirse de su actuación un ánimo de defraudar. Además, es insostenible afirmar que conocía que con su intervención legal durante la tramitación de los anteproyectos estaba permitiendo que en la DGT se desviasen fondos públicos.

(vi) Aun cuando se asumiesen por esta Excma. Sala todas las teorías del Tribunal a quo sobre las transferencias de financiación (su destino único y las consecuencias de su uso), lo cierto es que desde el punto de vista de la presupuestación tampoco se podría hablar de malversación en la presupuestación porque: a) La aplicación de unos fondos a un destino público diferente (de la cobertura de pérdidas al pago de ayudas) no es una conducta típica malversadora desde la aprobación del Código Penal de 1995 (STS 917/2003, de 23 de junio o la más antigua STS 1486/1998, de 26 de noviembre) y b) al participar en la ante- presupuestación no se tenía dominio del hecho malversador, puesto que el Proyecto de Ley de Presupuesto pasaba primero por el filtro del Parlamento y, una vez transformado en Ley, por el control de la Intervención.

(vii) Lo mismo cabe decir de las modificaciones presupuestarias del programa 3.1.L, pues una modificación requiere otro procedimiento de gasto diferente de la propia modificación presupuestaria. Además, todas las modificaciones presupuestarias venían avaladas por los informes técnicos favorables, incluyendo los de legalidad de la Intervención General.

(viii) La intervención en la Comisión General de Viceconsejeros elevando una modificación presupuestaria no es un acto jurídicamente eficaz para malversar, pues se necesita no sólo de una aprobación previa sino también de una fiscalización conforme por el órgano de control.

(ix) En relación con las cantidades destinadas a pagos distintos de las ayudas laborales, se afirma que la recurrente ni las conoció ni las consintió y, en todo caso, se trata de un cambio de destino de la partida presupuestaria al cumplimiento de un fin público que constituye delito de prevaricación.

(x) La argumentación impugnativa se cierra señalando que de los hechos probados no se infiere que la Sra. Marcelina actuara dolosamente, ni siquiera a título de dolo eventual. Se argumenta en el motivo que del conocimiento de las irregularidades no puede deducirse de la recepción de los informes de control financiero permanente de IFA/IDEA, ni tampoco del contenido del informe adicional del ejercicio 2003. Señala el motivo que el órgano de control no advirtió de riesgo alguno de menoscabo de los fondos públicos, ni emitió informe de actuación, conforme a lo que exigía el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, no cabe exigir que la Viceconsejera tuviera un conocimiento más sólido del que tenía el órgano de control.

(xi) La sentencia ha condenado por delito de malversación a los altos cargos que interviniendo en el proceso de elaboración de las normas presupuestarias tuvieron conocimiento del informe adicional de ayudas de 2003, pero de ese informe conviene destacar tres datos de relevancia:

a) En el informe adicional no se advertía que se estuviesen desviando los fondos destinados a ayudas a otros fines, o que se estuvieran desviando al lucro ilícito de terceras personas; se ponían de manifiesto irregularidades administrativas en los expedientes de concesión; b) En ese informe no se advertía que el dinero para ayudas del programa 3.1.L se estuviese destinando a fines públicos diversos como los señalados en las págs. 94 y 95 de la sentencia y c) Si bien se destacaban irregularidades, ello no supuso que la Intervención General emitiese un informe de actuación (art. 12.5 del Decreto 9/1999) por lo que había de entenderse que no apreció indicios ni riesgo de menoscabo de fondos públicos, ni tampoco advirtió de una posible responsabilidad contable.

(xii) La sentencia no declara que D^a. Marcelina hubiese conocido en ningún caso el menoscabo de fondos públicos, ni una desviación de fondos a fines no públicos ni, en definitiva, un supuesto de malversación. Según la sentencia, su conocimiento era de las deficiencias e irregularidades contenidas en el Informe adicional, que no hacían advertencia de menoscabo alguno.

El salto desde la afirmación del conocimiento de las deficiencias o irregularidades a considerar que la Sra. Marcelina asumió la eventualidad de que se pudiera producir una malversación de los fondos públicos como consecuencia de esas deficiencias, no queda resuelto en la sentencia, ni se justifica en los Hechos Probados ni en los propios Fundamentos de Derecho. Falta cualquier referencia en los Hechos Probados al conocimiento por mi representada de que se estaban produciendo desvíos de fondos a fines no públicos, o de que esos desvíos se iban irremediabilmente a producir. Sin estos hechos, y sin la afirmación de su conocimiento específico, no cabe hablar de una actuación dolosa, ni siquiera desde la perspectiva del dolo eventual. No cabe considerar que, por participar en los anteproyectos de elaboración de las leyes de presupuestos o en las modificaciones presupuestarias, o por

haber recibido un informe donde se mencionaba la existencia de la tramitación irregular de unos expedientes por ayudas sociolaborales, relativos a un ejercicio determinado con los límites a que antes de ha hecho mención, la recurrente actuara con dolo eventual y que se representara como probable que con su actuación permitía que otro sustrajera o se beneficiara indebidamente de caudales públicos.

76.2 En el desarrollo de este extenso motivo se entremezclan cuestiones de legalidad y cuestiones de prueba. Las cuestiones de legalidad ya han sido debidamente contestadas en los fundamentos jurídicos destinados al análisis del juicio de tipicidad del delito de malversación (FJ 32º y siguientes). Las cuestiones probatorias serán analizadas en el fundamento jurídico siguiente.

El motivo se desestima.

77. Motivo por infracción de ley: Juicio de autoría en el delito de malversación de caudales públicos.

En el motivo undécimo del recurso, también utilizando el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim se parte de la idea de que la sentencia impugnada ha condenado a la recurrente por "por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución", y "por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados- página 1754)-".

Se alega que se trata de un supuesto de coautoría y recuerda que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico. Esa idea permite afirmar que la coautoría requiere, en primer lugar, estar ante un hecho concreto que permita la distribución de papeles, de lo que se deriva que los delitos que se integran por un acto concreto (en la malversación, el acto de disposición de fondos o bienes, al igual que sucede con la prevaricación) no consienten distribución de roles o partes del hecho y por eso mismo es imposible la coautoría. Por otra parte, el delito de malversación tiene limitado el círculo de posibles autores. Deben ser funcionarios y haber ordenado el gasto, lo que excluye a la recurrente.

Se argumenta que la Sra. Marcelina no puede ser considerada autora del delito de malversación porque ni se concertó con el resto de condenados, ni consta que hubiera un plan preconcebido. Señala el recurso que "para sortear estos inconvenientes el tribunal de instancia ha transformado el delito de malversación en un delito plurisubjetivo partiendo de la idea de que existe un delito, que se comete en el seno de la Consejería de Empleo, pero del que participan esencialmente, en concepto de autor, una serie de personas de distintas Consejerías y en el ámbito de distintas competencias, contribuyendo todos ellos decisivamente al delito. Solo deja fuera del arco al Parlamento de Andalucía. Sin embargo, después de establecer esa "base de partida", ni describe los acuerdos de voluntades, ni el programa compartido, ni el dolo de grupo, ni la ejecución conjunta".

Se señala, por último, que no participó en la ejecución del gasto, que no hay relación causal entre las actuaciones realizadas en la elaboración del presupuesto y esa ejecución y que su contribución como miembro de la Comisión General de Viceconsejeros no puede considerarse como contribución esencial para el delito de malversación.

El juicio de autoría en el delito de malversación de caudales públicos ha sido extensamente analizado en el fundamento jurídico cuadragésimo tercero, dentro del capítulo de cuestiones generales, y a él nos remitimos.

El motivo se desestima.

78. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del subtipo agravado del delito de malversación de caudales públicos (artículo 432 CP , apartado segundo).

En el desarrollo argumental de este duodécimo motivo se alega que la agravación prevista en el párrafo segundo del artículo 432 del Código Penal precisa que concurren conjuntamente las dos circunstancias que menciona la norma: La especial gravedad, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público.

Para la valoración de la gravedad ha de contextualizarse el uso de los fondos públicos en relación a la totalidad del presupuesto. En este caso la cantidad supuestamente malversada no superó en ningún ejercicio el 0,3% del total y vendría referida a una partida frente a un total de 10.000, circunstancia que no ha sido tomada en cuenta y que contraviene la doctrina de esta Sala, que viene manteniendo "que las cuantías malversadas se valoren teniendo en cuenta el nivel económico de la propia Administración y las necesidades que deba atender, y es aquí donde consideramos que la Sala a quo ha interpretado erróneamente este requisito, al haber valorado la gravedad de las cuantías únicamente por su monto y obviando el presupuesto global en el que se englobaban".

En relación con el otro requisito, el daño o entorpecimiento de la causa pública, no se declara en los hechos probados que otras empresas o trabajadores se vieran privados de las ayudas y, en todo caso, semejante afirmación no es más que una hipótesis, no un hecho acreditado. Se añade que en ningún pasaje de los Hechos Probados, ni de la sentencia, se señala que el programa 3.1.L representase una finalidad pública de menor valor que el resto, e incluso es la propia Audiencia la que reconoce que algunas ayudas pudieron resultar procedentes. Sostiene la recurrente que cuando la sentencia alude a la existencia de déficit en IFA/IDEA para significar que dicho déficit hubo de ser cubierto por partidas presupuestarias de los ejercicios siguientes con el consiguiente daño para el servicio público, lo hace de forma incorrecta ya que no hubo déficit sino desfase presupuestario que no generaba nuevas obligaciones a la Junta de Andalucía.

Esta queja ya ha sido extensamente analizada en el fundamento jurídico cuadragésimo segundo al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

79. Motivo por infracción de ley (artículo 849.2 LECrim): Error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

79.1 En el motivo primero de este recurso se señalan dos deficiencias del relato fáctico que se deducen de documentos obrantes en autos.

En primer lugar, se afirma que, si bien es cierto que en el juicio histórico de la sentencia impugnada se alude de pasada a un pretendido "déficit presupuestario", en la fundamentación jurídica (FJ 38º) se hace referencia reiterada al "déficit" y a un supuesto conocimiento de la recurrente. Confunde la sentencia los desfases presupuestarios en IFA/IDEA y los supuestos déficits en la Consejería de Empleo. De hecho, en la pág. 1.381 la Sala sentenciadora afirma que en los Grupos de Trabajo que se reunían durante la presupuestación se tuvo que analizar la ejecución del programa 3.1.L y el motivo del "origen de déficit".

Frente a estas afirmaciones, en los datos que manejaba la Consejería de Hacienda nunca existió déficit en Empleo ni en el IFA. La afirmación de la Sala es manifiestamente contraria a los documentos obrantes en autos, por lo que debe rechazarse cualquier referencia a un supuesto déficit en el IFA/IDEA o en la Consejería de Empleo. La Viceconsejera de Hacienda jamás conoció de déficit alguno.

Los particulares que se señalan al respecto son: (i) El estado de liquidación del presupuesto de gastos del programa 3.1.L de la Consejería de Empleo y (ii) La información de las cuentas anuales de las entidades de derecho público y sociedades mercantiles sometidas a Control Financiero Permanente (CFP) que se acompañaba como Anexo I a las Memorias elevadas por la IGJA junto con las Propuestas de los Acuerdos anuales de CFP.

79.2 El argumento impugnativo no es atendible. Se presenta como "error facti" lo que es una simple divergencia nominal. En el hecho probado décimo tercero se declara la diferencia existente en los distintos ejercicios entre las obligaciones de pago asumidas por IDEA y los créditos presupuestarios aprobados, que durante las anualidades 2003 a 2009 eran sensiblemente inferiores. En la sentencia se denomina a esta diferencia "déficit" y en el recurso se denomina "desfase presupuestario". Lo que no se discute es que esa notable diferencia entre lo pagado y lo presupuestado se produjo durante las distintas anualidades, por lo que la divergencia nominal carece de relevancia alguna y, en todo caso, el empleo del término "déficit" no es incorrecto porque, según el Diccionario de la Real Academia Española, el déficit es "la cantidad que falta a los ingresos para que se equilibren con los gastos" y en este caso hubo desequilibrio anual entre los ingresos percibidos por IDEA y las obligaciones de pago que tenía que asumir.

Como segunda pretensión de rectificación del juicio histórico se alude a que en los hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 62) se hace expresa referencia a la retención de crédito que ordenó el Interventor General de la Junta de Andalucía al Interventor Delegado de la Consejería de Empleo el 18 de octubre de 2004 en la aplicación 440.51.31L, pero se omite recoger en el relato fáctico el contenido de la comunicación.

Entiende esta defensa que esa omisión constituye un error de hecho y debe ser subsanada adicionando su contenido a los Hechos Probados, pues evidencia que la Intervención Delegada de Empleo conocía que la transferencia de financiación se utilizaba para que el IFA/IDEA pagase las ayudas que el Director General de Trabajo concedía, y que los compromisos asumidos por el Director General de Trabajo se consideraban por la propia Intervención jurídicamente válidos y vinculantes.

La retención de crédito por cuantía de más de 38 millones de euros en el programa 3.1.L (pág. 62 Hechos Probados) obra en el PESP, TOMO 7, PÁGS. 95 A 97 DEL PDF, se notificó con la siguiente comunicación:

"Con fecha 17 de julio de 2001 se firma un Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, para la materialización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social. En aplicación del citado convenio marco se firman por el IFA y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante el ejercicio 2003, convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda al Instituto el pago de ayudas excepcionales a terceros por importe diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación en la aplicación 01.13.00.01.00.440.51.031L. Tomando en consideración la necesaria salvaguarda de los derechos adquiridos por terceros afectados y nacidos de vínculos jurídicos válidamente establecidos, se hace necesario garantizar la suficiencia financiera del Instituto para la atención de aquellos. Por ello se le comunica que deberá practicar una retención de crédito cautelar en la aplicación 01.13.00.01.00.440.51.031L del presente ejercicio y si no fuera suficiente en los sucesivos, por importe de 38.225 miles de euros"

Procede, según esta tesis, adicionar el relato fáctico con el contenido de la citada comunicación, dada su especial relevancia para el fallo.

Esta queja tampoco puede ser estimada. Se pretende adicionar los hechos probados para que se incorpore la comunicación de la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía por la que se ordenaba la retención de crédito acordada el 18/10/2004. Y se entiende necesaria esa adición porque, a partir de ella, se infiere que la Intervención

tenía conocimiento de que con las transferencias de financiación se pagaban las ayudas sociolaborales que concedía el Director General de Trabajo y que las obligaciones asumidas eran jurídicamente válidas y vinculantes.

Ciertamente y como señalan las SSTs de 19/04/2002 y 81/2008, de 13 de febrero, entre otras muchas, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 de la LECrim consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

En el caso de omisiones, la petición de adición del relato fáctico debe ponerse en relación con el contenido necesario de los hechos probados, ya que el órgano de enjuiciamiento tiene amplia libertad de configuración, de forma que sólo debe hacer constar necesariamente los hechos que se estiman enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, pero es libre de redactarlos del modo que estime más acertado sin que tenga que transcribir la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en sus respectivas conclusiones. Por lo tanto, no toda petición de adición puede ser admitida, incluso aunque el hecho que se pretenda adicionar esté probado y no se haya incluido en el relato histórico. Sólo debe adicionarse cuando la omisión sea relevante para el fallo de la sentencia.

En este supuesto la defensa estima necesario que el relato fáctico se amplíe incorporando el contenido del documento que se reseña para acreditar que la Intervención tenía conocimiento de que con las cantidades habilitadas a través de las transferencia de financiación se estaban pagando las ayudas sociolaborales, pero la adición pretendida no es necesaria.

La resolución recurrida reconoce este extremo al referir el contenido de los informes de cuentas anuales, Informe adicional al de cumplimiento de 2003 y, singularmente, el informe adicional de ayudas realizado en 2005, en el que a instancias del Interventor General se hizo un trabajo específico en relación a los convenios particulares suscritos por IFA/IDEA en los años 2003 a 2005 en el que, después de analizar 20 de 144 expedientes tramitados, se dejaron constancia de todas las deficiencias advertidas en la tramitación de las ayudas, incluidas la falta de fiscalización previa y el uso indebido de las transferencias de financiación como criterio de imputación presupuestaria.

También se pretende la adición porque se afirma que el documento evidencia que la Intervención admitía que las obligaciones asumidas por el Director General de Trabajo eran jurídicamente válidas y vinculantes. Semejante inferencia no se deduce del documento cuya incorporación se pretende.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

80. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la naturaleza y destino de las transferencias de financiación.

En el motivo tercero del recurso se alega que el uso de las transferencias de financiación no predeterminaba la forma de ejecución del gasto y que no fue impedimento para que se establecieran límites al control de ese gasto. Se señala también que la Intervención no apreció incumplimiento, ilegalidad, irregularidad o inadecuación de su presupuestación y no hay prueba de lo contrario.

En relación con lo primero, que no es una cuestión estrictamente fáctica, ha sido objeto de examen en el fundamento jurídico décimo cuarto al que nos remitimos.

En relación con lo segundo conviene recordar que los informes en los que se alerta de la improcedencia del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones fueron numerosos. Pero al margen de la actuación de la Intervención, que no fue modélica, hasta el punto de que el Interventor General fue acusado y llevado a juicio, las distintas autoridades que intervinieron en los procesos normativos no podían excusarse en la actuación de la Intervención, porque utilizaron ilegalmente las transferencias de financiación precisamente para eludir la normativa de subvenciones y sus controles. La realidad de lo sucedido confirma esta conclusión.

El motivo es inviable.

81. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la finalidad para la que se aprobó el crédito 3.1.L financiado con transferencias de financiación.

La cuarta queja casacional abunda en la idea, ya expuesta en otros recursos, de que las Leyes de Presupuestos que se dictaron por el Parlamento de Andalucía, entre los años 2004 y 2009, contemplaban que las transferencias de financiación eran el instrumento para financiar el pago de ayudas, por lo que no es posible declarar la existencia de irregularidad o ilegalidad alguna en la presupuestación en la medida en que el Parlamento aprobó los proyectos de ley, transformando en una norma legal y vigente lo que era una simple propuesta gubernamental. A tal efecto, los documentos que las Memorias y demás documentos anexos que los acompañaban eran bastantes para conocer la finalidad a la que iban destinadas las transferencias de financiación, habiéndose aportado numerosas pruebas que confirman esa tesis.

Insiste esta defensa en que, de admitirse que realmente el Parlamento de Andalucía no aprobó el programa 31L para el pago de ayudas, en todo caso, la elaboración del Anteproyecto de Ley de Presupuestos y la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos deben reputarse como actos inocuos, pues tales hechos afectarían a la fase

de presupuestación, no a la de ejecución. Por ello, tan solo habría sido el gestor, es decir el encargado de la ejecución de los presupuestos, quien habría incumplido la ley.

Al igual que en el motivo anterior la queja que se formula no es de índole probatoria sino de naturaleza sustantiva y ya ha sido objeto de cumplida respuesta en los fundamentos jurídicos undécimo a décimo sexto que reiteramos.

El motivo se desestima.

82. Motivos por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia e irracionalidad de la valoración de la prueba de cargo y por ausencia de valoración de la prueba de descargo.

En los ordinales sexto y séptimo del recurso se cuestiona la valoración probatoria realizada la sentencia de instancia, tanto en lo relativo a la racionalidad de los criterios utilizados en el juicio probatorio, como por la ausencia de valoración de la prueba de descargo.

Dada la interdependencia de ambos motivos serán objeto de una contestación conjunta.

La respuesta a estos dos motivos obliga a dos precisiones previas. De un lado, la prueba de cargo valorada por el tribunal de instancia es similar a la de otros condenados que al tiempo de los hechos ostentaron diversos cargos en la Consejería de Economía y Hacienda, por lo que la valoración de la prueba debe relacionarse con la realizada respecto de esas otras autoridades, singularmente, la relativa a don Evelio (Director General de Presupuestos, desde el día 21 de abril de 2002 hasta el 26 de abril de 2009); y a don Cesareo (Consejero de Economía y Hacienda desde el 24 de abril de 2004, hasta el 23 de abril de 2009 y Presidente de la Junta de Andalucía desde el 23 de abril de 2009, hasta el 7 de septiembre de 2013).

De otro lado, nuestra respuesta seguirá un esquema similar al utilizado en otros recursos. Analizaremos la prueba de cargo, los argumentos impugnativos y finalmente concluiremos en un juicio sobre la suficiencia de la prueba y sobre la racionalidad del discurso valorativo.

82.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

Como hechos probados iniciales que establecen el contexto en el que actuó la recurrente, la sentencia impugnada identifica el cargo desempeñado y las funciones inherentes al mismo, toda vez que las ilegalidades analizadas en la sentencia se sitúan en el núcleo de las competencias propias de ese cargo (Prueba de cargo 1).

La prueba documental acredita que doña Marcelina fue Viceconsejera de Economía y Hacienda desde el 26 de abril de 2004, hasta el 24 de abril de 2009 y Consejera de Economía y Hacienda, desde tal fecha, hasta el 9 de septiembre de 2013.

La sentencia reseña la normativa aplicable a los cargos desempeñados y sus competencias.

Como Viceconsejera, además de ostentar la jefatura superior de la Consejería después de su titular, y de ostentar la dirección, impulso y coordinación de las Secretarías Generales y demás centros directivos, a tenor de lo previsto en el artículo 4 del Decreto 137/2000, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda, tenía especiales funciones de asesoramiento jurídico del Consejero.

Conforme al artículo 41 de la Ley 6/1983, de 21 de Julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a los Viceconsejeros se les atribuyó las competencias que a nivel estatal tenían los subsecretarios y en el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a estos últimos se les atribuía, entre otras, las siguientes competencias:

"e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus Organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.

g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden, y en particular en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. En los mismos términos del párrafo anterior, informar las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda. A tales efectos, será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio, y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.

h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él".

En parecidos términos se pronunció la posterior Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 27 se dispone:

1. A las personas titulares de las Viceconsejerías, como superiores órganos directivos, sin perjuicio de las personas titulares de las Consejerías, les corresponde:

c) Formar parte de la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras.

2. A las personas titulares de las Viceconsejerías les corresponde, en el ámbito de la Consejería:

a) El asesoramiento a la persona titular de la Consejería en el desarrollo de las funciones que a esta le corresponden y, en particular, en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos, así como a los demás órganos de la Consejería.

g) Ejercer las facultades de dirección, coordinación y control de la Secretaría General Técnica y de los demás órganos y centros directivos que dependan directamente de ellas.

Como Consejera y conforme al artículo 9 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tenía asignada la competencia de "elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley de presupuesto", así como "velar por la ejecución del presupuesto y por los derechos de la Hacienda de la Comunidad, ejerciendo las acciones económico-administrativas y cualesquiera otras que la defensa de tales derechos exijan".

Una vez delimitadas las competencias administrativas de la recurrente procedemos a relacionar las pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

(i) Durante el ejercicio de su cargo se elaboraron anualmente los anteproyectos de ley de presupuestos, destacando la sentencia que, conforme a la Ley General de la Hacienda Pública y demás normas de aplicación, correspondía a la Consejería de Hacienda la elaboración de los mismos (Prueba de cargo 1).

Sobre la relevancia de la función de los Viceconsejeros ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico vigésimo sexto y sobre las funciones de la Consejería de Hacienda en la elaboración de los presupuestos y en las modificaciones presupuestarias ya nos hemos extendido en fundamentos jurídicos vigésimo tercero a vigésimo séptimo. Baste señalar que las ilegalidades constitutivas de prevaricación se produjeron precisamente en el ámbito presupuestario, en el que la Sra. Marcelina ejercía funciones de coordinación, dirección e impulso tanto de las Secretarías Generales, como de todos los centros directivos. Su papel institucional en esta materia era muy relevante.

(ii) Esa relevancia se deriva también de su intervención en los grupos de trabajo de alto nivel que analizaban los programas presupuestarios de las distintas consejerías y centros directivos (Prueba de cargo 2).

En relación con estas dos pruebas conviene recordar, como ya hicimos al contestar el recurso del Consejero de Hacienda que la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos venía regulada minuciosamente en la Ley General de la Hacienda Pública y demás normativa aplicable (Orden de 4 de junio de 2003). En ese proceso jugaban un papel importante los grupos de trabajo de alto nivel formados por miembros de la consejería de Hacienda y de las consejerías relacionadas con la materia de que se tratara. Su función era evaluar la ejecución de los programas del ejercicio anterior y las causas de las desviaciones.

Estaban integrados por altos cargos de la Administración en materia presupuestaria, en concreto, el Viceconsejero de Economía y Hacienda (es decir, la recurrente), que los presidía, el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, el Director General de Planificación, el Director General de Presupuestos y el Director General de Fondos Europeos, así como el Viceconsejero de la Consejería cuyo presupuesto fuese objeto de análisis (en cuanto interesa al presente procedimiento, el de Empleo) y del Secretario General Técnico y de los responsables de los Programas de tal Consejería. Por tanto, el Viceconsejero de Economía y Hacienda era quien encabezaba los grupos de trabajo.

Conforme al artículo 33.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Consejería de Economía y Hacienda debía de publicar anualmente la orden por la que se dictan las normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el siguiente año.

A través de las señaladas órdenes se establecían los criterios anuales de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar, el calendario de actuaciones y el procedimiento para la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto, no solo de las distintas Consejerías, sino también de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía.

La Sala de instancia insiste en que las distintas órdenes tenían un contenido técnico semejante, entre las que se destaca la regulación de los grupos de trabajo que debían, entre otras cuestiones, evaluar la ejecución del programa en el ejercicio anterior y la previsión del vigente, analizando el grado de cumplimiento de los objetivos y las causas de las desviaciones presupuestarias que, en su caso se hubiesen producido, y, asimismo, revisar el programa de gastos y establecer su prioridad en función de los objetivos que se debían alcanzar.

Debe enfatizarse que el contenido de las diversas órdenes fue analizado por la Audiencia Provincial en su sentencia, con ocasión del examen de numerosas cuestiones; y, entre ellas, al valorar la prueba pericial realizada por la IGAE y al analizar las transferencias de financiación (FJ.8), el procedimiento de elaboración presupuestaria (FJ.15) y las repercusiones en el presupuesto del IFA/IDEA del uso de las transferencias de financiación (FJ.18).

Al respecto, la sentencia impugnada destaca el contenido de la Orden de 4 de junio de 2003, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad autónoma de Andalucía para el año 2004, pero se aprobaron en los años sucesivos normas con contenido similar. Citaremos, de acuerdo con lo alegado por la recurrente, la Orden de 2 de junio de 2004, dictada para la elaboración del presupuesto del año 2005, en la que se dispone:

El procedimiento de elaboración del anteproyecto de presupuesto será el siguiente:

6.1.1. Documentación de programas.

De acuerdo con el artículo 34 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los centros gestores remitirán a la Dirección General de Presupuestos, antes del día 1 de julio de 2004, la documentación relativa a su estructura programática, a la revisión de programas y a sus propuestas de anteproyecto de gastos, mediante el Módulo de Información para la Elaboración del Presupuesto (MIEP) que se define en el Anexo V.1. Asimismo, remitirán una memoria explicativa del contenido de los programas que van a ejecutar así como de las principales modificaciones que presentan en relación con los del ejercicio vigente.

Las propuestas de gastos deberán grabarse, antes de la misma fecha, en el Subsistema de Elaboración del Presupuesto del sistema integrado de gestión presupuestaria, contable y financiera de la Administración de la Junta de Andalucía ("Sistema Júpiter").

Para la elaboración de las propuestas de gastos, los centros gestores deberán tener en cuenta la envolvente por políticas del Plan Económico Andalucía Siglo XXI.

En el ámbito de los gastos financiados con fondos europeos y de conformidad con la envolvente financiera, que remitirá la Dirección General de Fondos Europeos a los distintos órganos responsables de su gestión, los centros gestores en colaboración con los mencionados órganos responsables grabarán en el Sistema informático el desglose de la citada envolvente financiera, a nivel de proyecto de inversión, antes del 1 de julio de 2004.

Igualmente, en los supuestos en que, en el ámbito de las distintas secciones presupuestarias, se gestionen ingresos públicos, los centros gestores cumplimentarán sus previsiones en el Módulo de Información para la Elaboración del Presupuesto.

6.1.2. Análisis de programas.

Con la finalidad de evaluar la oportunidad y las necesidades de gasto de los programas presupuestarios se constituirá, por cada Consejería y Organismos Autónomos adscritos, un grupo de trabajo del que formarán parte el titular de la Viceconsejería de Economía y Hacienda; los Secretarios Generales de Economía y de Hacienda, y los Directores Generales de Planificación, Presupuestos y Fondos Europeos de la Consejería de Economía y Hacienda, así como el Viceconsejero, el Secretario General Técnico y, en su caso, los responsables de los programas de las respectivas Consejerías u Organismos Autónomos.

Dichos grupos de trabajo analizarán las distintas propuestas remitidas, conforme a lo establecido en el punto 6.1.1 de la presente Orden, valorando los siguientes aspectos de los distintos programas:

a) Ejecución en el ejercicio 2003 y previsión actualizada de 2004, analizando las causas de las desviaciones que, en su caso, se hubieran producido.

b) Valoración de las nuevas necesidades de financiación propuestas y su correlación con las prioridades establecidas en cada Consejería.

c) Valoración del volumen de ingresos reales y potenciales que generará el programa.

d) Participación en la envolvente de fondos europeos y transferencias finalistas.

6.1.3. Asignación de recursos financieros.

Celebradas las reuniones de los distintos grupos de trabajo y establecida la previsión del volumen total de los recursos y su distribución por fuentes financieras, se procederá, por la Consejería de Economía y Hacienda, a la asignación de los recursos financieros correspondientes a cada sección presupuestaria, para, en su caso, aprobación por el Consejo de Gobierno.

A la vista de estas disposiciones coincidimos con el tribunal de instancia que las atribuciones conferidas a los grupos de trabajo no podían reputarse como una mera agregación y consolidación de los trabajos presupuestarios remitidos por las diferentes Consejerías a la Consejería de Economía y Hacienda, sino que, al contrario, permitían concluir que, con apoyo en los realizado por estos grupos de trabajo, entre otros elementos, era la Dirección General de Presupuestos la que elaboraba los Estados de gastos del Anteproyecto de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre los que se incluían los presupuestos de cada una de las Consejerías y los distintos entes autónomos, ya que, la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece en su artículo 32.1 que: "El presupuesto será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de la Junta y de los organismos, instituciones y empresas de ella dependiente".

No es intrascendente recordar que en la elaboración del presupuesto rige el principio de legalidad conforme al artículo 3.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, y que conforme al artículo 33.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Consejería de Economía y Hacienda debía de publicar anualmente la orden por la que se determinaba la estructura del presupuesto, por lo que no resulta sostenible que quien tiene encomendada la función de definir el marco normativo y posteriormente elaborar el proyecto de presupuesto con la información y documentación que le remiten las consejerías y demás centros directivos, pueda realizar su cometido sin llevar a cabo el control de la legalidad presupuestaria, admitiendo acríticamente cualquier propuesta que remitan las consejerías y centros directivos a pesar de que contravengan la ley.

Por tanto y sin necesidad de reiterar el contenido de toda la normativa de aplicación, cuidadosamente señalada en la sentencia de instancia, es necesario poner de relieve que la Viceconsejera de Hacienda tenía un papel central en la elaboración de las normas presupuestarias, y por su participación en los grupos de trabajo tenía un caudal de información muy importante sobre la ejecución del presupuesto del ejercicio anterior y sus desviaciones.

A partir de todo ello, es razonable inferir que la Sra. Marcelina tenía un conocimiento suficiente de todo lo relativo a esa elaboración, al menos en sus rasgos generales, y también de las incidencias relevantes. El papel central que le correspondía en la elaboración de las normas presupuestarias no puede pasarse por alto y sería contrario a la razón suponer un absoluto desconocimiento de todo lo concerniente al pago de las ayudas sociolaborales.

(iii) Ese conocimiento también se deduce de la valoración del contenido de las Memorias de los proyectos de presupuestos de los años 2005 y siguientes, en las que se hacía constar que las transferencias de financiación al IFA se destinaban a "cubrir las necesidades comprometidas asumidas en los expedientes de regulación de empleo" de lo que infiere el tribunal que esos grupos de trabajo debieron conocer y analizar el déficit presupuestario que se generaba anualmente en el IFA /IDEA, por contravenir lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 5/1983 de la Hacienda de Andalucía. La sentencia reseña literalmente el contenido de las citadas Memorias en las que se recoge expresamente el desfase presupuestario que se producía cada anualidad (Pruebas de cargo 3 y 4).

Destacaremos, tal y como hizo la Sala de instancia en otros pasajes de su sentencia los distintos documentos que evidencian la existencia de los déficits o desfases presupuestarios, a los que también se refiere el informe pericial de la IGAE.

"(1) En relación con el Presupuesto de 2005, el primero que se elaboró con el acusado como titular de la Consejería de Hacienda:

En la memoria, se afirma: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones (...)»

En el Informe Económico Financiero del mismo Presupuesto de 2005, se menciona: «En este ámbito, las actuaciones previstas para 2005 cumplirán los siguientes objetivos: (...) cobertura de las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda a prejubilaciones».

(2) En relación con el Presupuesto de 2006:

En la Memoria del Programa 31L del Presupuesto (páginas 175 y 176 de la Memoria), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones (...)»

En el Informe Económico Financiero, se menciona: «Se trata de cubrir las necesidades asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). Para ello, se realizarán transferencias a AIDA en aplicación del concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor durante 2001-2004 y se atenderá a las obligaciones comprometidas relativas, entre otros, a la Faja Pirítica».

(3) En relación con el Presupuesto de 2007.

En la Memoria del Presupuesto (páginas 169 y SS.), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). El contenido durante el año 2006- 2007 se limitará a ir liquidando las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados.»

(4) En relación con el presupuesto de 2008:

En la Memoria del Presupuesto (páginas 169 y SS.), se indica: «Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, (...). El contenido durante el año 2006- 2007 se limitará a ir liquidando las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados.»

Es cierto que en otros apartados de esta sentencia hemos dicho que el contenido de las Memorias de los Anteproyectos de Ley de Presupuestos, en lo que a la información que se remitía al Parlamento se refiere, era ambiguo y escaso. Sin embargo, para los miembros de la Consejería de Hacienda era suficientemente expresivo del destino que se iba a dar a las partidas aprobadas, porque la Consejería manejaba mucha más información de la remitida al Parlamento Andaluz, a través de los distintos Informes de la Intervención, de la documentación que remitía el IFA, de la información de los grupos de trabajo y de la información que remitía cada Consejería y los demás centros directivos para la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto.

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado extensamente en el fundamento jurídico undécimo, que damos por reproducido. Los miembros de la Consejería conocían, por tanto, el destino que se iba a dar a las partidas aprobadas a través de transferencias de financiación y conocían, además, que a través de estas partidas se pretendía corregir el desfase presupuestario que anualmente se producía en IFA/IDEA.

(iv) Como prueba de cargo número 5 la sentencia la Memoria justificativa de la modificación presupuestaria de 09/12/2004 de cuyo contenido se desprende con claridad que la cantidad presupuestada iba destinada al pago de subvenciones (ayudas sociolaborales) que concedía el Director General de Trabajo, mediante el uso de las

transferencias de financiación, con incumplimiento de lo previsto en la Orden de 04/06/2003 de la Consejería de Hacienda y del artículo 33 de la Ley 5/1983, tantas veces citada (Prueba de cargo 5).

Su contenido es muy clarificador:

"En fecha 31 de julio de 2003 el Director General de Trabajo y Seguridad Social firma un protocolo por el que se procede a la adjudicación de las pólizas de prejubilaciones a las entidades VITALICIO y LA ESTRELLA. En el contenido de dichas pólizas se contempla prestaciones por prejubilación para un total de 687 trabajadores procedentes de distintas empresas de la FAJA PIRÍTICA. Los importes a los que hay que atender en las pólizas de LA ESTRELLA y VITALICIO de los distintos años son los siguientes:(...) La dotación presupuestaria resulta del todo insuficiente para cubrir los importes comprometidos de las pólizas de la FAJA PIRÍTICA, ya que solo alcanzaba con dificultades a cumplir con parte de los compromisos ya adquiridos en ejercicios anteriores de prejubilaciones de SANTANA MOTOR, BOLIDEN APIRSA, DHULL, SIEMENS, CERVEZAS ALHAMBRA, HYTEMASA, INVIRSAL, TAMC, ABB, CÍA ANDALUZA DE CERVEZAS y a los expedientes de viabilidad de empresas. Por todo ello resulta del todo insuficiente para la cobertura de las pólizas suscritas la dotación presupuestaria inicialmente prevista en el total del importe de la póliza que corresponde a octubre de 2004 por importe de 27.065.786,68 euros"

(v) El Director General de Presupuestos, persona clave en la elaboración de los proyectos de presupuestos, estaba bajo su dependencia jerárquica (Prueba de cargo 6).

Sobre las funciones de este cargo ya nos hemos pronunciado extensamente en los fundamentos jurídicos vigésimo tercero y vigésimo séptimo.

(vi) Durante el tiempo en que fue Viceconsejera de Economía y Hacienda se elaboraron los Anteproyectos de Presupuestos de los años 2005 a 2009, con infracción de la normativa relativa a las transferencias de financiación, con la finalidad de dotar de fondos a la partida 440 del programa 31L ("Transferencia de financiación a IDEA"), para que fuesen destinados por la Consejería de Empleo al pago de ayudas sociolaborales y subvenciones a empresas en crisis, utilizando al efecto, como caja pagadora (entidad colaboradora de la Consejería de Empleo, según la terminología utilizada en distintos informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía), la agencia IDEA.

Su intervención en la elaboración presupuestaria se refuerza porque también formó parte de los grupos de trabajo e intervino en las distintas sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, en las que se acordó elevar los distintos Anteproyectos de Presupuestos al Consejo de Gobierno (Prueba de cargo 7 y 9).

No vamos a insistir más sobre la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación, que debían destinarse, conforme a lo previsto en las normas de aplicación, a la cobertura de la cuenta de explotación o capital y no al pago de subvenciones, y reiteramos en este punto que el origen de este cambio presupuestario estuvo en los reparos que puso la Intervención a los anticipos que venía realizando el IFA y que la finalidad de dicho cambio no fue otra que eludir los controles establecidos en la normativa de subvenciones.

Esta cuestión ha sido analizada extensamente en los fundamentos jurídicos sexto a noveno de esta sentencia.

(vii) A través de los PAIF de IFA/IDEA tuvo conocimiento que los ingresos que el ente recibía como transferencias de financiación se compensaban en la contabilidad del ente indebidamente como gastos de explotación (Prueba de cargo 8).

(viii) Asistió a las sesiones del Consejo Rector de los días 22 de julio de 2004, 13 de febrero de 2006 y 19 de junio de 2006 (lo que consta acreditado en las actas correspondientes) y, asimismo, respecto de las sesiones a las que no asistió, que tuvo conocimiento de lo que en ellas se decidió, pues las actas le fueron remitidas junto con la convocatoria de la siguiente sesión.

El Tribunal a quo recalca que tales pruebas evidencian que tuvo conocimiento de las cuentas anuales de la agencia y de los informes de auditoría, así como de que se informaban o se ratificaban los convenios particulares suscritos con la Dirección General de Trabajo, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

A ello, el Tribunal a quo añade que, como hemos dicho, asistió a la sesión del Consejo Rector de 22 de julio de 2004, en la que se aprobaron las cuentas del ejercicio 2003, en las que se hizo constar la existencia de un desfase presupuestario de 38 millones de euros derivado de las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo.

Por todo ello, la Sala de instancia concluyó que fue conocedora directa de las dos piezas esenciales en las que se apoyaba el sistema ilegal de concesión de ayudas, el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 y el uso presupuestario de las transferencias de financiación. Es decir, tuvo conocimiento de la "existencia del Convenio Marco de julio de 2001, en virtud del cual, se suscribieron los convenios particulares, y que las transferencias de financiación al IFA-IDEA, era para el pago por ésta de las subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo". Asimismo, como hemos dicho, tuvo conocimiento de la existencia de los déficits presupuestarios (Pruebas de cargo 10 y 11)

(ix) La Sala de instancia refuerza su conclusión del efectivo conocimiento del sistema ilegal sistema de concesión ayudas a través de una relación de documentos, emitidos por la Intervención General de la Junta de Andalucía, obrantes en las actuaciones, que lo exponen de forma clara y de los que la recurrente tuvo conocimiento directo, en su condición de Viceconsejera de Economía y Hacienda; pues tales documentos fueron remitidos a través

de ella al Consejero de Economía y Hacienda en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía.

Relacionamos a continuación los documentos destacados por la sentencia impugnada.

(x) Los Informes de control financiero correspondientes a los años 2000 a 2009, que fueron examinados por los peritos de la IGAE, y en los que se hace referencia explícita al indebido criterio de presupuestación utilizado (Prueba de cargo 12)

(xi) El Informe Adicional de Cumplimiento del ejercicio 2003 del IFA, notificado en 2005, y sobre el que existen múltiples referencias en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, debido a que en este informe se analizaron distintos expedientes y se determinó la forma en que se estaban gestionando las ayudas.

Se trata de un informe fundamental en la medida que los interventores pusieron de manifiesto las diferentes y muy graves irregularidades que se estaban produciendo y que eran extensibles a otros expedientes. La conclusión del informe es contundente: La Dirección General de Trabajo "hatramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absolutadel procedimiento administrativo establecido".

El citado Informe se extiende, en primer lugar, en destacar la impropiedad del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y, no sólo eso. Describe las consecuencias que el uso de ese instrumento presupuestario conlleva en el control de las subvenciones. En su contenido se hace referencia expresa a todas las irregularidades que se producían en la concesión y gestión de estos fondos.

Sobre este particular nos remitimos al fundamento jurídico 63º, apartado ix, en el que hemos referido literalmente lo esencial de su contenido.

Pero éste no fue el único Informe. El año siguiente, en el correspondiente al ejercicio 2004 se volvió a repetir. En dicho informe (Ppri, anexo 1, carpeta 1-Informes de control financiero permanente, tomo 1, 2004, 232-267, página 20 del PDF), se hace constar:

"Por parte del órgano gestor de los gastos, al financiar la actuación mediante transferencias corrientes, aplicación 440.51, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003 de Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2004. Se vulnera asimismo el título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al conceder subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido en el artículo 107 de la misma."

(xii) El Informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005 en la que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las subvenciones que se conceden no tienen bases de convocatoria y que procedería articular el pago de las ayudas como encargos de ejecución, siendo improcedente el uso de las transferencias de financiación (Prueba de cargo 15). Fue remitido a la recurrente el 9 de marzo de 2007 y en este informe se hace constar que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pagode determinadas subvenciones excepcionales (...).Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública , y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras.De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

(xiii) El Informe de cumplimiento de 2006 que se pronuncia en términos similares al de 2005 (Prueba de cargo 16).

(xiv) El anexo al informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006 que también concluye en los mismos términos (Prueba de cargo 17). Fue remitido a la recurrente el 3 de octubre de 2008 y en este informe se afirma:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado" que dispone: Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51. 31LLa aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos conla Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y seguridad social. Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios

2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación. El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

(xv) En el mismo sentido el Informe de cumplimiento de 2007 (Prueba de cargo 18). Fue remitido a la recurrente el 31 de octubre de 2008 y en este informe se afirma que:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. (...) En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales. La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone (...), podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

(xvi) Las Memorias de control financiero que se acompañaban al expediente para tramitar el Plan Anual de control financiero que aprobaba cada anualidad el Consejo de Gobierno. En la citada Memoria, de la que se cita a título de ejemplo la correspondiente al ejercicio 2006, se pone una vez más de relieve la improcedencia del uso de las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales (Pruebas de cargo 20).

(xvii) La sentencia valora como prueba de cargo 22 el hecho de que la Sra. Marcelina tuviera acceso a muchas más información y documentación de la que llegaba al Parlamento, dado que en su consejería se elaboraba el proyecto de presupuesto y se recopilaba toda la información que remitían los distintos centros directivos y contaba con una fuente de información adicional, su intervención en los grupos de trabajo y la pertenencia al Consejo Rector de IDEA, interviniendo en las sesiones de dicho Consejo en las que se aprobaban las cuentas anuales y se ratificaban los convenios suscritos.

Esta inferencia encuentra su apoyo en hechos objetivos acreditados (la efectiva pertenencia de la Viceconsejera al Consejo Rector; la existencia documental de las cuentas de la Agencia IDEA y de los desfases presupuestarios, los convenios particulares las efectivas transferencias de financiación vinculadas al pago de las ayudas y la dependencia jerárquica del Director General de Presupuestos así como del Subdirector General Técnico).

(xviii) Por último, como prueba de cargo contenida en el ordinal 23 del epígrafe Pruebas de Cargo la Sala de instancia afirma que da "por reproducido todo lo dicho en relación al conocimiento del régimen de las transferencias de financiación y las consecuencias del uso de las mismas, expuesto con respecto a los otros acusados pertenecientes a la Consejería de Economía y Hacienda".

El reenvío que hace la sentencia a otros elementos de prueba nos permite reseñar que la propia Consejería de Hacienda en aquella época había publicado varias Instrucciones que indicaban la naturaleza de las transferencias de financiación, por lo que sus máximos responsables no podían desconocer ese instrumento financiero y su funcionalidad. Son las siguientes:

- Instrucciones conjuntas de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía 1/98, de 26 de febrero, y 2/2002, de 21 de marzo, ésta última por la que se desarrolla el art. 18 de la ley 15/2001.

En ambas se establecieron los procedimientos de reintegro de los importes de transferencias de financiación no aplicados a la cobertura de pérdidas de una entidad pública. Es decir, venían a afirmar que las transferencias de financiación no podían aplicarse a una finalidad distinta de la cobertura de pérdidas de una entidad pública.

- Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre criterios para la fiscalización de las transferencias y otros gastos a favor de las empresas públicas y determinadas fundaciones.

En ella se afirma que las transferencias de financiación tenían por objeto la cobertura de las pérdidas de una entidad pública.

Como argumento de refuerzo la Sala de Instancia destacó acertadamente que en el año 2009, cuando era ya Consejera de Hacienda, se dictó la Instrucción 1/2009 de 15 de junio, de la Dirección General de Presupuestos en la que se recordaron las normas para la presupuestación de las transferencias corrientes y de capital. La

Audiencia Provincial señaló que el hecho de tales normas respondía a que no se habían observado con anterioridad. En concreto, se destaca que la citada Instrucción recordó la necesidad de identificar a los beneficiarios de las subvenciones; la obligación de acreditar su legitimidad para acceder a las ayudas; y la actividad que habrían de realizar los destinatarios últimos de las subvenciones y ayudas en virtud de la cual se fundamentaba el otorgamiento de las mismas. Asimismo, se concretaron los artículos vigentes para presupuestar las subvenciones y ayudas. Y todo ello, en atención a los problemas que se habían planteado en el ámbito del control de las subvenciones.

82.2. Argumentos impugnativos

(i) Se cuestiona la intervención de la recurrente en la elaboración de los proyectos normativos alegando que esa intervención tiene como único soporte el marco legal pero no el ejercicio efectivo del cargo. Se expone que la interpretación de las normas de competencia ha sido ilógica y sesgada, alcanzando una conclusión errónea sobre las facultades de la Consejería, que llega al punto de una condena por hechos imposibles.

Esta alegación carece de desarrollo argumental, lo que conduce a su fracaso.

(ii) También se alega que la Sra. Marcelina no tenía competencia en relación con la formulación de los presupuestos de las demás consejerías y también se arguye que cuando accedió al cargo ya se habían aprobado tres leyes de presupuestos previas (2002, 2003 y 2004) sin objeciones, ni reproches, sin que la Cámara de Cuentas o el Parlamento hubieran advertido de ilegalidad alguna.

En cuanto a la primera cuestión, no es cierta la afirmación que se hace en el recurso. En el proceso de elaboración de los presupuestos, la Consejería de Hacienda tenía relevantes funciones de ordenación y análisis de los presupuestos de cada consejería y de los demás centros directivos, por lo que podían modificarlos si no se ajustaban a la normativa aplicable, a las directrices políticas del Gobierno a las instrucciones técnicas de la Consejería de Hacienda. Ya hemos explicado el proceso que se seguía en la elaboración de los presupuestos y la relevancia de la Consejería de Hacienda en este proceso.

En relación con la segunda cuestión, también hemos indicado en fundamentos anteriores que el uso de las transferencias de financiación ya había dado lugar a advertencias, pero lo relevante es que, una vez que accedió al cargo, se sucedieron distintos informes que le fueron notificados y que advertían claramente de las ilegalidades, por lo que tuvo noticia de éstas y tenía capacidad para oponerse a que continuara el ilícito procedimiento de concesión de subvenciones. Sobre esta cuestión nos extenderemos más adelante.

(iii) En un extenso alegato se cuestiona que tuviera conocimiento del uso de las transferencias de financiación, así como de la asunción de compromisos en el programa 31L por encima de la cobertura presupuestaria.

Se reprocha, en primer lugar, el contenido real que la sentencia da a la labor de los grupos de trabajo. Que el contenido que precisa la sentencia es imaginario y que lo que se detalla es una pura elucubración en la medida en que no hay prueba que acredite qué es lo que discutían o analizaban esos grupos. Carece de todo fundamento, se dice, que en los grupos de trabajo se hablara del déficit del IFA /IDEA. Se señala incluso que la afirmación de la existencia de déficit choca con el contenido de la documental obrante en autos (Liquidación de los Presupuestos de Gastos de las distintas anualidades).

La Sala de instancia anticipa la respuesta que debe darse a tales alegaciones.

En relación con su participación en la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos, la normativa al respecto es clara: su participación era debida y los Presupuestos de la Consejería de Empleo y el PAIF de la Agencia IDEA eran expresamente examinados en el grupo de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Orden de 4 de junio de 2003, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad autónoma de Andalucía para el año 2004. Sobre esta cuestión ya nos hemos extendido en el apartado anterior de este fundamento jurídico y a él nos remitimos.

En cuanto a su denuncia de que desconocía la existencia de déficit alguno, la Sala de instancia afirma su conocimiento, en particular, dada su integración en el Consejo Rector de la Agencia IDEA en los términos expresados en los párrafos precedentes. Este conocimiento también lo deduce del contenido de las Memorias acompañadas a los Proyectos de presupuestos de 2005, 2006 y 2007 así como a la Memoria de la modificación presupuestaria de 09/12/2004.

Se dice de esta última, a pesar de su explícito contenido que hemos transcrito con anterioridad, que es irracional concluir de su texto que las modificaciones presupuestarias que llegaban de la Consejería de Empleo eran inadecuadas. Pues bien, ciertamente de un solo documento resultaría irracional hacer tal deducción, pero este documento es uno entre muchos, según ya hemos argumentado. Se fraccionan los indicios para cuestionar su relevancia probatoria y semejante proceder no puede ser acogido.

También se alega que las modificaciones presupuestarias contaron con informe favorable de la Intervención, sin que hubiera reproche alguno sobre el procedimiento seguido para su aprobación.

A esta cuestión ya se ha dado respuesta en el fundamento jurídico duodécimo, que reiteramos.

Conviene insistir en que, al margen de los informes que pudiera hacer la Intervención, cuya actuación ha sido objeto de investigación y de acusación formal por el Ministerio Fiscal, las autoridades de la Consejería de Hacienda, cada una en su ámbito competencial, estaban obligadas a cumplir la legalidad presupuestaria en los

distintos proyectos normativos, según hemos expuesto con anterioridad y tenían instrumentos legales, asistencia técnica y competencias para evitar cualquier ilegalidad de la normativa presupuestaria.

(iv) La sentencia le asigna un nuevo hecho inexistente en los escritos de acusación: La aprobación de los PAIF y la elaboración inadecuada de los presupuestos del IFA /IDEA, incluyendo gastos ficticios de explotación. También se alega que no hubo contabilización indebida en el IFA/IDEA respecto de dichos gastos.

En cuanto a la primera cuestión no es cierto que la sentencia le atribuya actuación alguna en relación con la inadecuada contabilización en IFA /IDEA. Únicamente se destaca que tuvo conocimiento de ese hecho a través de los PAIF como un indicio más de su total conocimiento de las ilegalidades que se estaban produciendo.

Respecto a la segunda cuestión, en el propio argumento impugnativo está la respuesta. Las transferencias de financiación eran improcedentes porque no se otorgaban para cubrir los gastos de explotación del ente sino para pago de subvenciones y, de acuerdo con los criterios de contabilidad pública, los pagos que se realizaban para hacer frente a los compromisos de la Dirección General de Trabajo no podían computarse como gastos de explotación. Ese criterio contable fue un instrumento más para dar apariencia de legalidad al ilegal sistema de concesión y pago de las subvenciones. En todo caso se trata de una cuestión de legalidad y no probatoria, por lo que su planteamiento a través de este motivo de casación es improcedente.

(v) El recurso censura también la sentencia en lo que atañe a su pertenencia al Consejo Rector del IFA.

Argumenta el motivo que, a salvo de la sesión del 22/06/2004, que se produjo nada más asumir el cargo de Viceconsejera, no intervino en la aprobación de la cuentas y era ajena a la gestión, presupuestación y contabilización del IFA /IDEA. En esa misma dirección se señala que el hecho de haber sido destinataria de los Informes de Control Financiero Permanente del IFA /IDEA no puede conducir, desde la lógica y la racionalidad, a sostener que estaba permitiendo una adecuada financiación y presupuestación del ente público. Se señala que estos informes se remitían a los órganos competentes para que adecuaran sus procedimientos, pero la Consejería de Hacienda sólo estaba obligada a intervenir cuando se emitieran informes de actuación, que en este caso no se produjeron. Se abunda en la idea de que la sentencia no ha contextualizado acertadamente estos informes atendiendo a su finalidad, al procedimiento de control en el que se insertaban, a las circunstancias coetáneas a su emisión, ni a las facultades y competencias de la recurrente.

Sobre este particular se dice que el propio Interventor General reconoció en su declaración que los informes se remitían a la Consejería de Hacienda pero que ésta no tenía obligación de adoptar medidas concretas. Se argumenta que es perfectamente verosímil que, pese a recibir los informes, no conociera su contenido ya que recibía anualmente de 100 a 200 informes de ese tipo, por lo que no puede concluirse sin más que conociera su contenido íntegro y, ni siquiera, parte del mismo; que quien leía esos informes era su Gabinete y no es admisible que el tribunal no haya dado crédito a las declaraciones de uno de los miembros de dicho departamento (don Humberto) que explicó el procedimiento que se seguía y manifestó que entre las cuestiones que se trasladaba a la Viceconsejera no estaba el instrumento presupuestario que en cada caso se utilizaba. Tampoco se ha tomado en consideración la declaración del Interventor General que manifestó que nunca habló del contenido de los informes con la Sra. Marcelina.

Se argumenta que el tribunal no ha valorado convenientemente los informes y que, conforme a lo declarado por los interventores en el juicio, lo que evidenciaban los informes eran simples irregularidades administrativas. Además, y en orden a las fechas de recepción de los informes, se destaca que, cuando en el año 2005 se recibió el informe de 2003, se acababa de aprobar la Ley 3/2004, a iniciativa de la Consejería de Hacienda, incorporando importantes mejoras en el control de las empresas públicas; que los informes de cuentas de 2003 y de cumplimiento de 2004 se recibieron en septiembre de 2008 y previamente ya se había propuesto una nueva regulación para los encargos de ejecución; que el informe de 2005 se recibió en marzo de 2007. Por tanto, los informes se referían a cuestiones pasadas y a puntos sobre los que estaban en curso mejoras normativas.

Una vez más se pretende la desagregación de las pruebas y su análisis individualizado para cuestionar las inferencias que pueden establecerse desde una valoración de conjunto. En párrafos anteriores de este fundamento de derecho hemos dado cuenta del contenido de los informes que venían repitiendo las ilegalidades sobre la actuación del IFA /IDEA y esos informes eran remitidos a la Consejería de Hacienda. Deberían haber tenido alguna consecuencia y por toda explicación se viene a decir que, si bien es cierto que los Informes iban dirigidos a ella, no los leía y nada tenía que hacer porque las recomendaciones que contenían iban destinadas a la Consejería a la que perteneciera el ente auditado.

La Audiencia Provincial no ha admitido esa explicación y con razón. Aun cuando la Consejería de Hacienda no tuviera función de control sobre la Consejería o sobre la empresa pública relacionada con el informe de actuación, la información contenida en ese tipo de informes debería haber sido tomada en consideración para la elaboración de los distintos proyectos normativos. Por otra parte, estos informes no deben descontextualizarse, son una fuente de información más y, por último, aun admitiendo que los informes fueran filtrados por funcionarios, es razonable suponer que dieran cuenta cuando contenían información relevante, tal y como acontecía en este caso.

(vi) Se aduce que se ha valorado incorrectamente el contenido de los Informes.

Dice el recurso que estos Informes forman parte de un diálogo entre la Intervención y el órgano auditado de forma que sólo si se aprecia menoscabo para los fondos públicos la Intervención debe emitir informe de actuación,

conforme al artículo 12.5 del Decreto 9/1999 y en este caso no existió tal informe. Se alega que no es correcto valorar las observaciones realizadas por la Intervención como un totum revolutum sin discriminar su contenido. El hecho de que la Intervención afirme que el uso de transferencias de financiación sea "inadecuado" no es ni excepcional, ni delictivo. La Intervención, después del análisis de 20 expedientes, en el Informe de cumplimiento de 2003, no detectó sino simples irregularidades, tal y como manifestaron distintos testigos. Además, algunos de los informes a que alude la sentencia o no se recibieron en la Consejería de Hacienda (Informe de cumplimiento de 2002, cuentas anuales de 2005, anexo cuentas anuales 2006) o se recibieron cuando ya había cesado en el cargo (informes de 2008 y 2009).

Sobre este particular se señala que no basta para afirmar la existencia de irregularidades el informe pericial, sino que es necesario que el tribunal examine directamente los documentos, razón por la que se entiende vulnerado el principio de presunción de inocencia.

Se aduce que cuando se recibió el Informe de cumplimiento de 2003 ya se habían adoptado decisiones legislativas para mejorar el sistema de control de empresas (Ley 3/2004, de medidas tributarias, administrativas y financieras y Ley 11/2006 y Ley 3/2008).

Se insiste que en los informes no se hacía advertencia de ilegalidades tan graves que justificaran la emisión de un informe de actuación; que el hecho de que la Viceconsejera recibiera el informe no permite afirmar que la Viceconsejera tomara conocimiento del mismo, es decir, de sus consecuencias y posibles implicaciones, habiéndose dado una explicación plausible del filtro existente en relación con tales informes. Además, el Informe en cuestión hizo una foto fija de la situación en 2003 que no necesariamente tenía prolongarse en el tiempo y en ningún momento advertía de la existencia de riesgo de menoscabo de los fondos públicos. También se dice que después de 2003 no hubo ningún otro informe que alertara de las deficiencias. También se sostiene que el citado Informe iba dirigido a la Consejería de Empleo y que la Consejería de Hacienda no tenía facultades de control y fiscalización y no podía interrumpir el pago de las ayudas, ordenando o proponiendo medidas de corrección que no le correspondían.

La pretensión de la defensa debe rechazarse de plano. No puede minusvalorarse el contenido de los informes. Desde el primero de los informes fue constante y reiterada la alusión al uso inadecuado de dichas transferencias e incluso se hacía constar que se había prescindido de forma total y absoluta del procedimiento establecido. Los aludidos informes, en especial el adicional de 2003, proporcionan una relevante información sobre las auténticas ilegalidades en la tramitación de los expedientes de las ayudas que, con independencia del calificativo que se otorgue al informe, debió provocar una inmediata actuación de la Consejería como responsable directa de velar por la pureza del presupuesto y de su ejecución y de los intereses de la Hacienda de la Comunidad, seriamente comprometida por la gestión de las ayudas, conocida y consentida por los responsables de la Consejería de Hacienda.

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, "la estrategia defensiva de todos aquellos que eran destinatarios de los informes de control financiero permanente (Consejeros de Empleo, Innovación y Hacienda y Director General de IDEA), basada en negar el conocimiento de dichos informes, descargando la responsabilidad en subordinados o cargos intermedios, no es asumible en el marco de la mínima diligencia que se exige a un cargo público, máxime cuando no se trata de un informe puntual o esporádico, sino de irregularidades reiteradas en los informes elaborados por la Intervención en todos los ejercicios presupuestarios. No es aceptable, atendiendo a las máximas elementales aplicables a los juicios de inferencia, que la Viceconsejera o cualquier otro miembro de la Consejería no diera cuenta al titular del departamento de informes de contenido relevante durante varios años seguidos".

En este punto resulta de obligada un párrafo de la sentencia impugnada en el que se declara:

" tanto el Director General de Presupuestos, como la Viceconsejera, como el acusado, niegan haber tenido conocimiento de los informes de la Intervención. Más, entonces ¿como se explica el dictado de la Instrucción 1/2009, de 15 de junio? ya reseñada. De la citada Instrucción 1/2009, de 15 de junio, se desprende que la Dirección General de Presupuestos era consciente de la inadecuada presupuestación, así como de los problemas de fiscalización de las subvenciones concedidas mediante el uso de las transferencias de financiación. Que precisamente eran las irregularidades reiteradamente denunciadas por la Intervención General en sus informes. El Director General de Presupuestos no era destinatario de los informes de la Intervención General. Los citados informes fueron enviados a la Viceconsejera para su conocimiento y traslado al Consejero. La citada instrucción constituye una evidencia más, del conocimiento por parte de la Viceconsejera y del Consejero de los informes de la Intervención. Resulta impensable que el Director General de Presupuestos, introdujera estos cambios en la forma en que se venían presupuestando las subvenciones, sin consultarlo y obtener la aprobación de los máximos responsables de la Consejería». Por tanto, esta evidencia es un indicio más del conocimiento de la ilegalidad de la presupuestación y de la ilegalidad en la concreta gestión de las ayudas sociolaborales. Gestión permitida por la inacción de las autoridades responsables".

(vii) En el motivo se expone también que el tribunal ha establecido conclusiones erróneas sobre el contenido y el alcance el Informe adicional. Primero, porque sus conclusiones, que se refieren a un año, se extrapolan a toda una década; segundo, porque del Informe no se infiere que hubiera riesgo de menoscabo de fondos públicos;

tercero, porque en el Informe no se habla de intrusos, pagos cruzados, desviaciones o pagos para fines distintos de los propios del programa; cuarto, porque la metodología del Informe, referido a un escaso número de expedientes no permite establecer las conclusiones de la sentencia que incurren en el error del sesgo retrospectivo.

La alegación no puede estimarse. El contenido del Informe era tan alarmante respecto de las ilegalidades que se estaban produciendo en la gestión de las ayudas que debería haber dado lugar a una reacción inmediata. Lo dijera o no la Intervención de la Junta de Andalucía, cuya actuación no es precisamente merecedora de elogios (hasta el punto de que su máximo responsable fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal), el contenido del Informe alerta del riesgo de menoscabo de los fondos públicos, precisamente por la ausencia de todo control y por el incumplimiento absoluto de las normas sobre subvenciones. El hecho de que en los años sucesivos no existiera un informe tan contundente como el del año 2003 no debe ocultar que los Informes sucesivos seguían alertando de gravísimas irregularidades, que tampoco merecieron reacción alguna. Nos referimos al hecho de que el IFA actuara como entidad colaboradora, cuando tal actuación no era admisible si no existía unas bases reguladoras, y al hecho de que se utilizaran indebidamente las transferencias de financiación, que originaban la sustitución del control previo en la concesión de las ayudas por el control financiero del ente público, y ya hemos argumentado extensamente que esos dos controles no eran equivalentes.

(viii) Se presenta como fundamental para establecer si la Sra. Marcelina tuvo o no conocimiento de la situación el hecho de que la Intervención no realizara "informe de actuación".

En el fundamento jurídico décimo sexto ya hemos explicado extensamente por qué razones, al menos formales, la Intervención no realizó Informe de actuación. Este tipo de informes se hacen cuando la entidad controlada no adopta las medidas dispuestas en el Informe de control financiero. En este caso la entidad controlada era el IFA /IDEA y las ilegalidades se producían principalmente en la Consejería de Empleo. Por lo tanto, el citado Informe no procedía porque en el IFA/IDEA no se producían las irregularidades. Además, el ente pasó a depender en 2005 de la Consejería de Innovación. Prueba lo expuesto el escrito de la Intervención General de 15/02/2012, obrante en autos, dirigido al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, firmado por la Interventora General, doña Carmen, en contestación a un requerimiento del Juzgado de Instrucción.

Pero más allá de si ese Informe debió o no producirse, hemos de insistir en que el contenido del Informe era suficientemente expresivo de la situación existente y no es razonable admitir que la Viceconsejera, que era su destinataria.

(ix) En cuanto a las Memorias de control financiero que se acompañaban para la tramitación de los acuerdos del Consejo de Gobierno en esta materia se dice que se distribuían a todas las Consejerías, que no tenían vocación fiscalizadora y que advirtieron únicamente de discrepancias contables y fiscales.

Se trata de un argumento estéril. Alguna de estas memorias alertó del uso indebido de las transferencias de financiación (año 2006) y así la propia recurrente lo admite al transcribir su contenido. El hecho de que fueron conocidas por otras autoridades no diluye ni aminora su responsabilidad. Tenía conocimiento de las irregularidades por múltiples fuentes de información y ésta fue una más.

(x) Se señala, por último, que no se ha valorado la prueba de descargo. En concreto:

- La experta y cualificada opinión de varios peritos sobre la naturaleza y finalidad de las transferencias de financiación, opuesta a la mantenida por los peritos de la IGAE.

- Las declaraciones del que fue Letrado mayor del Parlamento y de diputados sobre el conocimiento por el Parlamento del uso de las transferencias de financiación para el pago de las ayudas del programa 31L.

- Las declaraciones prestadas por relevantes integrantes de los grupos de trabajo encargados de la preparación de los presupuestos que manifestaron que solamente se discutía sobre el techo de gasto y no sobre programas concretos.

- Las declaraciones de los distintos Interventores que afirmaron que no apreciaron un riesgo de menoscabo de fondos públicos.

No asiste la razón a la defensa, porque el Tribunal de enjuiciamiento analiza en la fundamentación jurídica de la sentencia (FD 8 a 10), y en profundidad las transferencias de financiación, contrastando la pericial de la IGAE con la de los peritos de la defensa y exponiendo las razones por las que considera acreditado el uso fraudulento de dicha partida presupuestaria, razonamiento avalado por el propio contenido de la normativa en vigor y los numerosos informes obrantes en las actuaciones a los que nos hemos referido en el apartado relativo a la legalidad extrapenal. En cuanto a las restantes pruebas, que se califican de descargo, no son tales, porque no se puede otorgar prevalencia a las opiniones vertidas por determinadas personas, aun cuando posean una dilatada experiencia profesional, sobre el contenido de la normativa, cuya interpretación solo incumbe al Tribunal, o sobre la interpretación de informes de control financiero obrantes en las actuaciones, especialmente, porque la lectura de dichos informes acredita el uso fraudulento de fondos públicos.

El motivo, en fin, se desestima.

82.3 Consideraciones finales

El hecho que se declara probado es que doña Marcelina conoció la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado, la ilegal finalidad perseguida (incumplimiento de la normativa de subvenciones) y la ilegal disposición de fondos que se estaba llevando a cabo.

La prueba disponible a tal fin ha sido un conjunto de indicios anclados en hechos suficientemente acreditados y, según hemos señalado en otros pasajes de la sentencia, esos indicios deben ser plurales y deben converger en una única dirección, de forma que el tribunal debe transitar desde los indicios a la inferencia mediante un discurso lógico, que debe explicitar. Además, esa valoración debe tomar en consideración el principio de apreciación conjunta de la prueba.

Pues bien, desde este enfoque no es admisible deconstruir la sentencia hasta en sus más mínimos detalles para cuestionar las inferencias que se derivan del conjunto y eso es lo que hace la defensa, razón por la que sus alegaciones merecen el rechazo.

En efecto, la Sra. Marcelina tenía una posición central en la Consejería de Hacienda, que era la encargada de elaborar los presupuestos de la Comunidad Autónoma y recibía información sobre la gestión y pago de las ayudas sociolaborales por múltiples canales: Los grupos de trabajo de alto nivel, su asistencia al Consejo Rector del IFA y los distintos informes, que detectaron las irregularidades y que le fueron notificados personalmente.

Fueron muchos informes (Memorias de anteproyectos de presupuestos y de modificaciones presupuestarias, PAIF, Informes de cumplimiento, de cuentas y de auditoría del IFA /IDEA, Informes de control financiero y Memorias de control financiero) y se sucedieron durante todos los años de su mandato.

Por otra parte, de ella dependían jerárquicamente, al menos formalmente, otras autoridades con singular relevancia en este campo: El Director General de Presupuestos, el Subdirector General Técnico y los Interventores. También por esta vía era plausible obtener información.

Debía ser conocedora de las normas elaboradas en su propia consejería sobre los criterios de presupuestación que habían de seguirse y que se incumplieron como la Instrucción conjunta de 1/1998 y 2/2002 y la Instrucción 1/2003.

Por otro lado, ocupando una posición central en la consejería de Hacienda, debía conocer también la ley General de la Hacienda Pública y la normativa sobre subvenciones, en especial, lo referente a la finalidad prevista para las transferencias de financiación, al distinto modo de control de las transferencias y las subvenciones y, en general, los controles aplicables a estas últimas. Suponer que una de las máximas responsables de la elaboración presupuestaria desconociera este elenco normativo en sus aspectos más esenciales no se ajusta a criterios de racionalidad.

A partir de estos datos lo que debemos determinar es si la inferencia de la sentencia, que concluye afirmando que la Sra. Marcelina conoció las ilegalidades a que nos hemos referido, es razonable y es homologable por su lógica y por tener apoyo en máximas de experiencia.

Entendemos que sí. Desde un ejercicio mínimamente diligente del cargo, teniendo en cuenta las competencias que le correspondían y, sobre todo, valorando la multiplicidad de fuentes de información y la relevancia de las irregularidades advertidas, no es verosímil que desconociera las ilegalidades antes aludidas, máxime cuando fue destinataria directa de los distintos informes a los que hemos aludido y que describían y advertían de las ilegalidades que se estaban produciendo.

Esas advertencias se reiteraron año a año por distintos Informes, siendo de especial relevancia, por su explícito contenido y porque se refería a una muestra significativa de los expedientes, que el Informe de cumplimiento de 2003, notificado en 2005, en el que se alertó de gravísimas irregularidades que no cabe minimizar, hasta el punto que concluyó afirmando que se incumplía de forma absoluta el procedimiento previsto en la ley.

Pese a todo ello, nada se hizo hasta el año 2008 en que un nuevo Director General de Trabajo comenzó a adoptar medidas para conocer la profundidad lo que estaba sucediendo, nombrando funcionarios a quienes se encargó la función de arreglar la situación y ordenando dos auditorías externas, dándose conclusión definitiva al ilegal modo de proceder en 2010.

La Sra. Marcelina venía obligada a conocer los Informes a los que hemos aludido pero y, por su reiteración, distinta procedencia y contenido, no es creíble que no llegara a conocerlo. Los plurales indicios y demás pruebas a que hemos hecho referencia a lo largo de este fundamento jurídico, desde criterios de racionalidad y sentido común, convierte en inverosímil la hipótesis de la defensa.

Por lo tanto, su culpabilidad ha sido establecida en base a prueba de cargo correcta y racionalmente valorada sin lesión del derecho a la presunción de inocencia que se invoca.

El motivo se desestima.

XVI RECURSO DE DON Evelio

83. Alegaciones preliminares.

Este recurso se inicia con una queja sobre el enfoque general del procedimiento. Se censura que la sentencia no haya precisado las conductas individuales atribuidas a cada acusado y que los acontecimientos que se describen se asignen al órgano administrativo, lo que ha dado lugar a la enorme dificultad de identificación de comportamientos personalizados. De otro lado, la sentencia ha abordado el análisis de cuestiones jurídicas muy complejas, ajenas al derecho penal, y, el análisis jurídico-penal de los hechos ha sido muy escaso si tiene en cuenta

que la sentencia sólo ha dedicado 150 páginas a ese análisis de un total de casi 1900. La sentencia ha realizado una valoración de la prueba común, genérica y global, referida a todos los acusados en conjunto, sin matiz o diferenciación personal alguna.

También como prólogo a los distintos motivos de casación, el recurso hace una serie de precisiones cuyo objeto es delimitar los hechos que se atribuyen al Sr. Evelio y se incluyen también algunas consideraciones generales que cuestionan el enfoque general del proceso que ha dado lugar a la sentencia.

En relación con el marco temporal se señala que fue Director General de Presupuestos desde abril de 2002 a abril de 2009 por lo que los hechos anteriores a su nombramiento y los posteriores no le son imputables. En relación con la acotación de los hechos punibles se recuerda que en la sentencia las resoluciones susceptibles de ser prevaricadoras son la decisión del Gobierno de aprobar el proyecto de ley y remitirlo al Parlamento y los acuerdos de elevación del anteproyecto tanto del Consejero de Economía, como de la Comisión General de Viceconsejeros. Sin embargo, no intervino en ninguna de tales acuerdos lo que le excluye de haber adoptado ninguna decisión que pueda ser calificada de "eslabón necesario" del trámite prelegislativo. Por tanto, su intervención se limita a su participación en las modificaciones presupuestarias y en ellas se limitó a elevar la propuesta al Consejero de Hacienda, ya que cuando el competente era el Consejo de Gobierno el acuerdo de elevación correspondía al propio Consejero. Se precisa que sólo en dos modificaciones presupuestarias (octubre de 2002 y marzo de 2004) el recurrente adoptó el acuerdo de elevación de la propuesta de modificación presupuestaria al Consejero de Hacienda.

Siendo estas alegaciones meramente preliminares y para contextualizar los distintos motivos de casación, no requieren de una contestación en la medida en que no determinan el resultado de los distintos motivos de casación.

84. Motivo por defecto de forma (artículo 851.1 LECrim): Falta de claridad de la sentencia

84.1 En el apartado III, 1 de este recurso y por la vía del artículo 851.1º de la LECrim se denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en el vicio formal de falta de claridad y se interesa, dada la complejidad del proceso, que esa deficiencia sea equiparada a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y se proceda a la libre absolución del recurrente, entendiendo que la mera anulación de la sentencia, que sería el efecto propio de este vicio formal, resulta inviable y desaconsejable.

En el desarrollo argumental del motivo se alude a las siguientes deficiencias:

(i) La desproporción existente entre las menciones que en los hechos probados se hace del recurrente frente a la atribución de hechos ilícitos, que se limita a la elevación a su superior jerárquico de la modificación presupuestaria de 21/10/2002;

(ii) La indefinición e imprecisión de términos tales como "sistema, operativa, mecanismo, fraudulento". En este particular se señala que el término sistema es abierto y ambivalente y que la sentencia no precisa quien lo ideó y atribuye el comportamiento criminal a las instituciones públicas de forma genérica e innominada. Lo mismo cabe decir de su calificación como fraudulento, lo que no se explica debidamente teniendo en cuenta que la finalidad perseguida fue agilizar las ayudas en situaciones de emergencia, máxime cuando era factible hacerlo mediante las transferencias de financiación. De otro lado, el relato fáctico no establece la conexión del recurrente con ese sistema.

(iii) Esa imprecisión también se predica de expresiones contenidas en el relato fáctico como "con la finalidad ya reseñada", "conocimiento de incumplimientos ya descritos" o "consecuencias que se derivaban";

(iv) Se queja el recurrente de que el patrón narrativo de la sentencia es igual para todos los proyectos de presupuestos con la única diferencia de la anualidad correspondiente. También habla la sentencia de la elaboración del presupuesto como un acto único, cuando lo cierto es que es un proceso muy complejo y refiere la participación del recurrente en la elaboración de las normas sin precisar las concretas resoluciones dictadas.

84.2 Como ya hemos dicho en un motivo similar, formulado por la defensa de don Cesareo, la falta de claridad no se integra por meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados. El defecto de falta de claridad sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impidan conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (STS 766/2015, de 13 de diciembre, entre otras muchas).

Ninguna de tales deficiencias se advierte en el juicio histórico de la sentencia.

No hay falta de claridad por el hecho de que la sentencia no guarde proporción entre las veces que se menciona al Sr. Evelio en el relato fáctico y los hechos punibles que se le imputan. Se trata de una valoración subjetiva sobre la estructura de la sentencia impugnada carente de relevancia alguna.

No hay falta de claridad por el uso en el juicio histórico de expresiones como "sistema, operativa y mecanismo". Según hemos dicho en un fundamento anterior, se trata en todos los casos de términos propios del lenguaje común y con un sentido muy concreto. La utilización de esos vocablos es perfectamente congruente con los hechos que refiere la sentencia, en cuanto describe una cadena de acontecimientos en la que intervienen distintas autoridades, con distintos niveles de decisión y de forma prolongada en el tiempo, por lo que las menciones

de los hechos probados a la existencia de un modo de operar sistemático son perfectamente congruentes con la dinámica comisiva descrita en la sentencia.

En cuanto a la expresión "fraudulento" se trata de un término del lenguaje común que sirve para definir cualquier tipo de actuación engañosa y que no predetermina en modo alguno la calificación jurídico-penal del hecho al que se refiere, siendo útil para una mejor descripción del relato histórico.

Tampoco hay imprecisión alguna en la utilización de giros semánticos como "con la finalidad ya reseñada", "conocimiento de incumplimientos ya descritos" o "consecuencias que se derivaban". Piénsese que la sentencia ha tenido que describir hechos reiterados y muy complejos por lo que la utilización de recursos lingüísticos para simplificar el relato es perfectamente comprensibles. En todo caso ninguna falta de claridad puede deducirse del uso de estas expresiones.

En relación con el patrón narrativo, reiterando la descripción de hechos en las distintas anualidades, nada puede objetarse. El tribunal ha utilizado ese modo de redacción, singularizando cada una de las actuaciones, probablemente para evitar que se le censurara por lo contrario, un relato global sin la necesaria precisión, pero no se han utilizado vocablos o expresiones ininteligibles, ambiguas o que produzcan deficiencias de comprensión que afecten a la calificación jurídica o a la necesaria integridad del juicio histórico.

Para finalizar, no compartimos la queja de que en los hechos probados no se haga ninguna mención a la conexión del Sr. Evelio con la creación del "sistema" y que cuando se le menciona nominalmente se le atribuya un comportamiento institucional sin precisar su concreta intervención. Al recurrente se le atribuye la participación en los procesos de aprobación, tanto de los anteproyectos de como de las modificaciones presupuestarias por su condición de Director General de Presupuestos, precisándose en los hechos probados las razones de esa atribución.

En concreto, en el hecho probado 7º al describir el proceso de elaboración, se declara expresamente:

" En la elaboración y aprobación del Anteproyecto de Presupuesto de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2002, con la finalidad ya reseñada, con conocimiento de los incumplimientos ya descritos, y conciencia de las consecuencias que derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo de allegar fondos al IFA, para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo, en materia de las denominadas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados Florentino, como presidente de la Junta de Andalucía, Demetrio, como Consejero de la Presidencia, Emilia, como Consejera de Economía y Hacienda, Severiano, como Consejero de Empleo, Mariano, como Viceconsejero de Empleo, Segundo, como Viceconsejero de Economía y Hacienda, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social, y Patricio, como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, en el ejercicio de sus competencias, introdujeron la aplicación presupuestaria, en la que se recogían los créditos a favor del IFA, "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" -concepto 440.00-, en el nuevo programa 31 L, que sustituyó al 22 E. Correspondiendo al Consejero de Hacienda -para los presupuestos de los ejercicios 2002 a 2004, la acusada Emilia-, elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de Ley de presupuesto. Para desarrollar dicho cometido, la Dirección General de Presupuestos, -siendo el acusado Evelio, el Director General de Presupuestos, en el periodo abril de 2002, hasta abril de 2009-, es el órgano directivo a cuyo cargo están las competencias de la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria ".

Con posterioridad el factum se refiere al Sr. Evelio, bien declarando su intervención en la elaboración y aprobación de distintos proyectos de presupuestos o modificaciones presupuestarias, bien afirmando que, a pesar del conocimiento de lo irregular de la tramitación, intervino sin modificar el procedimiento que se estaba siguiendo.

Es cierto que esa forma de describir los hechos es lacónica y puede adolecer de riqueza descriptiva. Sin embargo debe ser contextualizada con las restantes afirmaciones fácticas contenidas en los extensos hechos probados.

Por tanto, consideramos que el tribunal ha descrito los hechos que ha estimado relevantes para la subsunción normativa con suficiencia y lo que, en realidad, se denuncia en esta parte final del motivo no es su incomprendibilidad, que es a lo que debería limitarse este motivo de casación, sino su insuficiencia para describir la concreta participación del recurrente. Pero esa deficiencia, que no apreciamos que exista, debería haberse articulado en casación a través del motivo previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, en donde se analiza el juicio de tipicidad y en donde debe determinarse si la subsunción normativa es posible y correcta en función del relato de hechos probados.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

85. Motivo por defecto de forma (artículo 851.1 LECrim): Contradicción en los hechos probados.

En el motivo III, 2º se denuncian cinco contradicciones en el relato fáctico. No vamos a reiterar lo ya dicho en el fundamento jurídico quincuagésimo noveno sobre el ámbito y límites del motivo de casación en el que se denuncia la contradicción en el relato de hechos probados. Únicamente vamos a insistir en que, según la constante doctrina de esta Sala, la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos que por ser antitéticos resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno reste eficacia al otro al excluirse mutuamente, produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS 253/2007, de 26 de marzo y 121/2008, de 26 de febrero, entre muchas). Atendiendo a esa doctrina daremos respuesta a las distintas quejas que incorpora el motivo.

(i) Se expone que en los hechos probados se hace referencia de forma genérica e indeterminada a algunas ayudas concretas para fundamentar el elemento típico del "resultado materialmente injusto" en la condena por el delito de prevaricación a pesar de que la Sala de instancia, previamente y al delimitar el objeto de enjuiciamiento, había declarado que las ayudas individuales quedaban excluidas del marco de lo enjuiciado.

No se trata de una contradicción semántica sino de una cuestión de naturaleza procesal, propiciada por la propia complejidad de la causa, a la que ya se ha dado contestación en el fundamento jurídico tercero al que nos remitimos.

(ii) La segunda contradicción hace referencia a que si en el informe Adicional de cumplimiento fechado en 2005 se dice que se habían producido incumplimientos en la gestión de las ayudas, tal reproche sólo tiene sentido si se podía haber actuado correctamente, de ahí que se pueda concluir que las irregularidades se produjeron no por el instrumento presupuestario utilizado sino por la gestión. Es contradictorio afirmar que la gestión podía haber sido correcta y, a la vez, que no podía serlo por el instrumento presupuestario utilizado.

La alegación no describe una contradicción semántica sino lógica que no respeta los límites del motivo de casación que sirve de fundamento a la queja. Además, no hay la contradicción que se postula. El hecho de que se advirtieran irregularidades y que, a pesar de ello, se produjeran las irregularidades no es una paradoja sino la realidad y el hecho de que la gestión pudiera haber sido correcta no oculta que no lo fue precisamente porque se buscaron a tal fin instrumentos de presupuestación inadecuados que posibilitaron la ilegalidad. El juicio histórico, que se simplifica interesadamente, explica con suficiencia la dinámica de los hechos.

(iii) Resulta contradictoria, se dice, la afirmación de que se eludieron los controles con la declaración de que se desoyeron los controles. Es contradictorio afirmar que se trasladaban fondos para que se dispusiera de ellos sin control y, a la vez, que se detectaran irregularidades por la Intervención y también es contradictorio que se afirmara que la Intervención no podía controlar y, a la vez, que ejerciera ese control procediendo a la retención de créditos.

Una vez más se insiste en supuestas contradicciones que no lo son y, en todo caso, que no son contradicciones semánticas. El juicio histórico describe con claridad lo sucedido y en la fundamentación jurídica se explica con todo detalle cómo se advirtieron algunas irregularidades a pesar de lo cual se continuó con la dinámica ilícita. También que el control de la Intervención de la Junta de Andalucía no se produjo en los términos establecidos en la ley, singularmente en los expedientes de concesión de subvenciones, por más que hubiera existido el control de la Intervención en algunas de las actuaciones calificadas como prevaricadoras. El motivo simplifica los hechos y presenta como contradictorio lo que no lo es.

(iv) Se atribuye al Sr. Evelio su participación en una única modificación presupuestaria y, a la vez y en abierta contradicción, se le atribuye su participación en actuaciones que no pueden ser calificadas a efectos penales como "resolución".

También esta queja desborda el ámbito del motivo de casación del artículo 851.1 de la LECrim. Lo que se denuncia en este apartado es un motivo de infracción de ley en cuanto que se afirma que el recurrente no dictó resolución alguna que cumpla con las exigencias jurídico-penales que se derivan del artículo 404 del Código Penal. La defensa propugna una determinada interpretación del citado precepto, pero una queja de esa naturaleza sólo tiene cabida a través del cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim, cuestión que, por cierto, ya ha sido debidamente analizada en el fundamento jurídico vigésimo séptimo, a cuyo contenido nos remitimos.

El motivo se desestima.

86. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley.

En el motivo III (debería ser IV), apartado primero, se cuestiona la intervención jurisdiccional del magistrado nombrado en comisión de servicios como refuerzo del Juzgado instructor de la presente causa, (Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla), al considerar ilegal la distribución de asuntos entre la magistrada titular y el magistrado comisionado.

Esta queja ya ha sido contestada y desestimada en el fundamento jurídico segundo.

El motivo se desestima.

87. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de claridad de los hechos que se imputan al recurrente.

El motivo III, segundo (debería ser IV) es subsidiario del resuelto en el fundamento jurídico octogésimo cuarto.

Dado que hemos declarado que no hay falta de claridad en el juicio histórico no cabe argüir que esa falta de claridad haya lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

Dejando al margen la inadecuada vía casacional que se utiliza, la premisa de la que parte la queja no es cierta y, en lógica consecuencia, la consecuencia jurídica que se postula no tiene fundamento.

El motivo se desestima.

88. Motivo por infracción de ley: Prescripción del delito de prevaricación.

En el motivo I, primero, de este recurso se denuncia la indebida aplicación de los artículos 130.7, 131 y 132 del Código Penal, en relación con el artículo 404 del mismo texto legal, invocando la prescripción del citado delito.

Se afirma que, de acuerdo con los criterios de la sentencia en orden a la delimitación de las actuaciones que pueden considerarse "resolución a efectos penales" y relacionando ese criterio con el relato fáctico de la sentencia, la única resolución que habría dictado el recurrente fue la de 21/10/2002 (página 56 de la sentencia, HP 7º). Dado que el proceso se dirigió contra él por auto de 28/06/2013, entre ambos momentos habrían transcurrido más de 10 años, sobrepasándose el plazo de prescripción establecido en el Código Penal para el delito de prevaricación.

La censura no puede ser acogida. Siendo cierto que la fundamentación jurídica de la resolución impugnada adolece de cierta imprecisión a la hora de determinar qué decisiones adoptadas, tanto en la elaboración de los proyectos de ley como en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, pueden ser calificadas de resolución a efectos del delito de prevaricación, para determinar los hechos que delimitan el delito objeto de condena debe acudirse exclusivamente al juicio histórico de la sentencia y basta leer el relato fáctico para apreciar que los hechos por los que ha sido condenado no se limitan a una intervención puntual en el año 2002 sino a su intervención en la elaboración, tramitación y aprobación de los proyectos de presupuestos y las modificaciones presupuestarias desde el 15/10/2002 al 22/12/2008, de ahí que no pueda acogerse la alegación de que el delito de prevaricación esté prescrito por haber transcurrido más de 10 años entre la fecha del hecho y la fecha en que se dirigió el proceso contra él.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

89. Motivo por infracción de ley por no concurrencia de los elementos típicos del delito de prevaricación administrativa.

Daremos contestación acto seguido al motivo de casación I, apartados II y III, formulado por el cauce casacional de infracción de ley, del artículo 849.1 de la LECrim, en el que se alega que los hechos probados no son subsumibles en el delito continuado de prevaricación administrativa.

Los argumentos centrales de este reproche son los siguientes:

89.1 En relación con el bien jurídico protegido se afirma que no es posible identificar ni en los hechos probados de la sentencia, ni en los datos de hecho incluidos a lo largo de sus fundamentos jurídicos, una sola alusión, referencia o mención a algún interés caprichoso o particular del Sr. Evelio que fuera la razón de ser de su actuar como autoridad pública en la elaboración de los proyectos de presupuestos o en la tramitaciones de las modificaciones presupuestarias. Así pues en el relato histórico no se advierte afectación o lesión del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa, razón por la que se interesa la estimación del motivo, al infringir el artículo 404 CP.

Según hemos señalado en anteriores fundamentos el delito de prevaricación se comete con el dictado a sabiendas de la resolución arbitraria sin que sea necesario que el autor actúe guiado por motivos de interés personal o caprichoso. La existencia de intereses de esa naturaleza puede ser un elemento probatorio relevante para apreciar la existencia de la resolución injusta y arbitraria pero no un elemento del tipo. La afectación del bien jurídico protegido se produce con el dictado de la resolución arbitraria.

89.2 En cuanto al sujeto activo, se argumenta que el juicio histórico de la sentencia describe al Sr. Evelio como Director General de Presupuestos, como ocupante de un determinado cargo, por lo que el verdadero sujeto activo en realidad es el cargo.

Debemos insistir en la necesidad de una lectura contextual del relato fáctico. Es cierto que en muchos pasajes se describe la acción típica por referencia al cargo ocupado por cada acusado, pero también lo es que en muchos otros, la mayoría, el sujeto de la acción es identificado por su nombre y apellidos por lo que no ofrece duda, a partir de una lectura integrada del juicio histórico, que las acciones típicas se imputan de modo personal, como consecuencia de su intervención directa.

89.3 Se alega que el proceso en el que se enmarca la actuación del Sr. Evelio no es administrativo, sino que se trata de un acto de gobierno por el que se ejercita la facultad política de "iniciativa legislativa", a través de la cual el gobierno ejerce su función constitucional de dirección política por lo que el proceso prelegislativo no es el marco idóneo para la comisión de un delito de prevaricación. De la misma naturaleza participan las modificaciones presupuestarias que son normas con valor de ley.

Esta cuestión ya ha sido contestada y desestimada en los fundamentos jurídicos vigésimo y vigésimo primero a los que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

89.4 Recordando que la resolución impugnada excluye de sanción penal cualquier conducta omisiva (FJ 21º), se dice que en los hechos probados no es posible identificar una resolución atribuible al Sr. Evelio, ya que lo único que se le imputa es la decisión de elevar el anteproyecto a su superior jerárquico y semejante conducta no es sino un "acto de trámite, carente de eficacia ad extra".

En la sentencia (página 598) se describe su concreta intervención, que fue la de elevar la propuesta de proyecto de presupuestos, una vez emitidos los informes preceptivos.

En el alegato se discrepa de la naturaleza que la sentencia confiere a este acto administrativo. Se entiende que en ningún caso puede ser considerado "resolución" a efectos penales ya que la decisión de elevar el proyecto es "una suerte de cotejo o comprobación del cumplimiento de los trámites previos antes de elevar la solicitud para

su aprobación al órgano que debe tomar la decisión. Se trata de un acto previo al decisorio, sin tal contenido que, como señala además de los informes, lleva un acto explícito del el Jefe de Servicio responsable del expediente que da fe del cumplimiento de la normativa mediante su firma, y que solo de esta manera se concluye la tramitación. Por tanto, no puede llegar ninguna modificación a la posibilidad del elévese si no tiene los informes, singularmente el de legalidad de la Intervención, y la conformidad del jefe de servicio".

En este punto el recurso hace un análisis sobre la STS 163/2019, de 26 de marzo, señalando que su doctrina no es aplicable al presente caso. Sobre esta última cuestión ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico vigésimo segundo, que reiteramos.

Para dar respuesta a esta queja debe hacerse una primera acotación. Dada la complejidad y extensión de los hechos probados, su lectura debe hacerse de forma integrada ya que para evitar reiteraciones, en ocasiones, la descripción de algunos hechos concretos se hace por remisión a otros descritos con anterioridad.

Por tanto, desde esa lectura integrada de la sentencia, los hechos que se declaran probados son los siguientes:

(i) Emitió informe favorable en el proceso de aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias aprobadas durante el tiempo en que ejerció el cargo de Director General de Presupuestos. Se aprobaron con su previo informe favorable las modificaciones siguientes: 28/07/2000, 17/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 13/11/2001, 05/12/2001, 15/10/2002, 02/10/2002, 18/03/2004, 07/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007 y 22/12/2008.

En los hechos probados también se declara que la competencia para la tramitación de estas modificaciones presupuestarias era de la Dirección General de Presupuestos que, previo informe de la Intervención las elevaba al órgano competente para su aprobación, la Consejera de Economía y Hacienda o el Consejo de Gobierno, según su cuantía.

(ii) Intervino en la elaboración y aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos durante los ejercicios en que ocupó el cargo de Director General de Presupuestos (2002 a 2009). Se precisa en el juicio histórico que correspondía al Consejero de Hacienda elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de Ley de Presupuestos y se añade que "para desarrollar dicho cometido, el Director General de Presupuestos- siendo el acusado Evelio, el Director General de Presupuestos, en el periodo abril de 2002 , hasta abril de 2009, es el órgano directivo a cuyo cargo están las competencias de la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria".

(iii) Actuó "con conocimiento de los incumplimientos de gestión presupuestaria" y con la finalidad de poner a disposición del Director General de Trabajo y Seguridad Social, las cantidades presupuestadas cada año, "sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso el de subvenciones excepcionales". Esta descripción fáctica es suficiente para identificar los hechos objeto de acusación y de condena.

Identificados los hechos, que abarcan el período 2002 a 2009, todos los argumentos relativos al concepto de resolución, de asunto administrativo y sobre la naturaleza, vinculante o no, del Informe de la Intervención en las distintas modificaciones presupuestarias deben rechazarse por las razones que ya se han expuesto extensamente en los fundamentos 22º y 12º a 16º, relativos al delito de prevaricación, dentro de las cuestiones comunes de los recursos, que damos por reproducidos.

El Sr. Evelio tenía como función elevar las modificaciones presupuestarias, previo control de su contenido y legalidad, y elaborar los proyectos de ley de presupuestos para elevarlos a la Consejería de Economía y Hacienda.

Como señala la sentencia en relación con la intervención del Director General en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos, "cuando el Director General de Presupuestos acuerda "elevar", está resolviendo en vía administrativa una fase del proceso de presupuestación. Que no es un acto de mero trámite, sino que tiene sustantividad propia, al ser esencial y necesario. Se trata, nada más, ni nada menos, que la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto. Cuando el Director General de Presupuestos acuerda elevar a la Consejera de Economía y Hacienda el Anteproyecto de Presupuesto, está dando el visto bueno al citado anteproyecto, en el sentido de que se ajusta a la normativa que regula su elaboración. Pues de lo contrario, no podría, o al menos, no debería, elevarlo" (página 1242).

En cuanto a la elevación de las modificaciones presupuestarias resulta también de interés una breve transcripción del texto de la sentencia en donde su justifica que la intervención del Director General era un filtro esencial en el trámite de su aprobación. Dice la sentencia:

"La decisión de elevar el expediente de modificación al órgano competente para su aprobación, no era de mero trámite, como se desprende no sólo de la normativa reguladora, sino también de las declaraciones de algunos testigos en el acto del juicio. Así, D. Adolfo, preguntado si hubo modificaciones que no se tramitaron, manifestó: "Sí, había algunas que se rechazaron, porque los créditos no estaban situados en los artículos correspondientes, porque la competencia era errónea, en ocasiones, eran modificaciones que podían afectar a inversiones y existía un informe desfavorable de la Dirección General de Planificación de Fondos Europeos. Había causas" (video 284, minuto 18:25 a 19:18)".

La sentencia refuerza su argumentación mencionando una carta remitida a la Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo de 21 de septiembre de 2006, en el expediente NUM066 (PSEP, ANEXO 6, ANEXO 6-TOMO 1, 140-248, página 63 del PDF), en la que se rechaza una propuesta de modificación por incumplimiento de varios presupuestos legales.

Por lo tanto, en el marco de su relevante función en el proceso presupuestario debió oponerse a la elevación de los anteproyectos de ley y de las modificaciones presupuestarias en los términos en que se hizo la propuesta.

89.5 Se alega que no se produjo un resultado materialmente injusto, singularmente en relación con la modificación presupuestaria de 1703//2004, ya que en ella se procedió a una minoración del crédito presupuestario inicialmente aprobado por el Parlamento.

Se trata de una alegación sobre un hecho puntual que carece de relevancia alguna por cuanto la conducta prevaricadora se extiende a muchas otras resoluciones, a las que nos hemos referido con anterioridad.

89.6 En relación con el elemento subjetivo del injusto se argumenta que no se describe la intención del Sr. Evelio de retorcer el derecho, ni puede deducirse la concurrencia de este elemento por el simple uso de una partida presupuestaria inadecuada cuando lo que consta es que la intención de los responsables políticos fue agilizar la concesión de las ayudas, sin que conste su participación en la creación o mantenimiento de un sistema de presupuestación y gestión ilícita que, se recuerda, se inició en 2001, antes de que el recurrente tuviera la responsabilidad de la Dirección General de Presupuestos.

El reproche no es admisible. La resolución recurrida describe el elemento subjetivo del injusto al afirmar que el recurrente tenía conocimiento de las irregularidades presupuestarias y que las incorporó a los proyectos de ley y a las distintas modificaciones presupuestarias con la deliberada intención de desatender los mecanismos de control y los presupuestos legales exigibles para la concesión de subvenciones. Lo que se declara probado y constitutivo de prevaricación no es el uso indebido de un criterio de presupuestación, sino la habilitación de partidas presupuestarias mediante un criterio de presupuestación patentemente ilegal dirigido a la concesión de subvenciones al margen de la normativa aplicable.

89.7 Subsidiariamente se alega la improcedencia de aplicar la continuidad delictiva considerando que sólo pueden calificarse de resoluciones las dictadas con motivo de las modificaciones presupuestarias de 21/10/2002 y 18/03/2004, dada la desconexión temporal entre esos dos hechos.

La queja es improsperable porque parte de una premisa fáctica errónea. Los hechos que se refieren al Sr. Evelio son veintidós, cometidos a lo largo de 8 años, concurriendo todos y cada uno de las exigencias que el artículo 74 CP describe para apreciar la continuidad delictiva: pluralidad de acciones, identidad de la infracción punible y aprovechamiento de idéntica ocasión.

En consecuencia, el motivo se desestima.

90. Motivo por infracción de ley: Error en la valoración de la prueba derivada de documentos obrantes en autos.

En el motivo II y de forma subsidiaria al motivo por infracción de ley se denuncian cinco errores fácticos de la sentencia que se acreditan, a juicio de esta defensa, por el siguiente conjunto documental:

(1) Presupuestos de la Junta de Andalucía de 2005, Pormenor del Estado de Gastos, que obran en las actuaciones en relación con dimensión cualitativa y cuantitativa de la partida presupuestaria referida en la sentencia.

(1) RESPUESTA OFICIO PARLAMENTO DE 11-01-18/PRESUPUESTO 2005/10 PROGRAMAS

(2) Cuenta General años 2001 a 2010 sobre número de modificaciones presupuestaria tramitadas.

(2.7) RESPUESTA OFICIO DE PARLAMENTO/ PRESUPUESTO 2010 / CUENTA GENERAL 2008. (3)

Informes de la Intervención General a Modificaciones presupuestarias 2005-2009 en referencia al sentido favorable de las mismas. (3) PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA/38 Respuesta Consejería de Hacienda y Administración Pública 1_N. Págs. 5 y ss. (4) Expedientes de modificaciones presupuestarias en el particular que permite conocer que no eran informados por la Dirección General de Presupuestos.(4.1.)PRRI/ANEXO 5(4.2.) PIEZA DE DOCUMENTAL NUMERADA\ 76 Modificaciónpresupuestaria 2004 (subsanción). (5) Guía de Fiscalización y Control de la Intervención General en el particular que refiere las tareas a cumplimentar en el control de las Transferencias de Financiación(5) PPRI/TOMO 172 /63.948 - 64.073/ PAGÍNAS PDF. 1 y 2 (6) Propuesta Intervención General sobre Transferencias de Financiación al anteproyecto de Presupuesto para el año 2011.(6) PIEZA DOCUMENTAL NUMERADA /61 Respuesta del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (Oficio 15-11-17) N / PÁG. 28

90.1 Se reprocha a la sentencia que haya omitido incluir en el relato fáctico una serie de datos de relevancia que permiten comprender el contexto en el que actuó el recurrente como Director General de Presupuestos. Se propone la siguiente adición:

"En términos numéricos aproximados la partida transferencias de financiación al IFA/IDEA de programa presupuestario 31L tenía una significación del 0,3% del presupuesto que incluía más de 12.000 aplicaciones y un montante global medio de 27.000 millones de euros, tramitándose cada año más de 1.000 modificaciones presupuestarias. Las modificaciones que afectaron adicha partida supusieron el 0,15% de las aprobadas".

Hemos revisado los documentos que sirven de base a la impugnación y en ninguno de ellos se hace referencia al valor porcentual de las modificaciones presupuestarias a que alude la sentencia respecto del total de las aprobadas en el periodo objeto de enjuiciamiento. No cuestionamos el cálculo establecido pero no resulta acreditado de modo directo por ninguno de los documentos reseñados en el motivo, bien porque se trata de documentos referidos a anualidades concretas bien porque no contienen cálculos globales que permitan establecer de modo directo los porcentajes a que alude el recurrente, lo que sería suficiente para desestimar la queja, ya que el hecho que se pretende adicionar debe venir acreditado directamente por una prueba documental que tenga la condición de literosuficiente, y en este caso no se cumple esa exigencia.

Por otro lado, la adición fáctica pretendida no es necesaria. Como hemos señalado en otros fundamentos precedentes, en el caso de omisiones, la petición de adición del relato fáctico debe ponerse en relación con el contenido necesario de los hechos probados. El órgano de enjuiciamiento tiene amplia libertad de configuración de forma que sólo debe hacer constar necesariamente los hechos que se estiman enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, siendo libre de redactarlos del modo que estime más acertado, sin que venga obligado a transcribir la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en sus respectivas conclusiones.

Por lo tanto, no toda petición de adición puede ser admitida, incluso aunque el hecho que se pretenda adicionar esté probado y no se haya incluido en el relato histórico. Sólo debe adicionarse cuando la omisión sea relevante para el fallo de la sentencia y en este caso no lo es.

Los porcentajes a que alude el recurrente señalan el contexto en el que se produjo su actuación como elemento indiciario para valorar la existencia del conocimiento de las ilegalidades, pero no es necesario que el juicio histórico declare probados los indicios a tomar en consideración para afirmar el hecho típico. Aun cuando esos indicios puedan incorporarse al relato fáctico no es imprescindible dado que en éste deben incorporarse los hechos nucleares del delito afirmado. Los indicios que sirven de soporte a la prueba de esos hechos pueden afirmarse en el proceso valorativo de la prueba. Por tanto, no procede la adición pretendida.

90.2 Se destaca como error fáctico la siguiente declaración del juicio histórico:

"DECIMOCTAVO.- La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados".

Se expone, en síntesis, que la gravedad que predica la sentencia de los hechos enjuiciados no se deduce de ninguno de los informes realizados por los órganos de control que en ningún momento calificaron la situación como grave. Se citan al respecto tanto los informes de control interno (Intervención) como de control externo.

Pues bien, el propio planteamiento del motivo conduce a su fracaso. Los documentos a que alude no afirman que las irregularidades no fueran graves por lo que el juicio valorativo de la sentencia no resulta desacreditado por ninguno de los documentos invocados en el motivo. De otro lado, la gravedad es un hecho valorativo que el tribunal deduce del conjunto de la prueba y no puede afirmarse que se trate de un hecho erróneo.

En efecto, según hemos expuesto en el fundamento jurídico cuadragésimo segundo, entendemos correcta la aplicación del subtipo agravado de malversación precisamente por la entidad de las cantidades malversadas (680 millones de euros) y por los perjuicios de todo orden causados como consecuencia del procedimiento seguido en la presupuestación y en la gestión y ejecución del gasto.

90.3 Se califica de erróneo el siguiente párrafo de los hechos probados:

" Para la tramitación del expediente de transferencias de financiación a IFA - 440- sólo era necesario acreditar ante la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, la existencia del concepto presupuestario específico para ello, y emitir la orden de traspaso de fondos a IFA, en base a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería, sin que fuera necesario acreditar en ese momento, ningún extremo, en relación a lo que pagase IFA con esos fondos".

En el desarrollo de esta queja se argumenta que en la Guía de Fiscalización de la Intervención General de la Junta de Andalucía se establece en su apartado A3, como uno de los requisitos que han de observarse en la presupuestación de las transferencias de financiación, "la fiscalización en los términos del artículo 7 del RIJA (Reglamento de Intervención) y 86 LGHP (Ley General de la Hacienda Pública)". En ese artículo 7 en el que se hace referencia a la necesaria fiscalización previa, se dispone en su apartado b) como contenido necesario de esa fiscalización "que el crédito al que se pretende imputar el gasto u obligación es el adecuado a su naturaleza". De lo expuesto el recurrente deduce que la Intervención podía comprobar el gasto que se iba a llevar a efecto con el crédito presupuestario.

Pues bien, frente a ese planteamiento resulta obligado destacar que el contenido del control a realizar por la Intervención General en las subvenciones no es igual al que ha de realizarse en los expedientes de transferencia de financiación. El precepto citado nada afirma sobre los extremos que se debían acreditar en el expediente, por lo que la norma invocada no acredita el supuesto error que se denuncia.

Pero al margen de lo anterior, lo que se deduce del motivo, y eso es lo que se censura del relato fáctico, es que la Intervención podía y debía controlar la adecuación entre crédito y gasto. Nada cabe objetar a esa afirmación y la sentencia no la contradice en ningún momento. Ahora bien, esa adecuación debe verificarse en función del contenido del expediente de transferencia de financiación y sobre ese contenido nada se dice en el motivo. La defensa no alude a qué gastos se identificaron en los expedientes de las transferencias de financiación para determinar si, en función de lo expresado en el expediente, la naturaleza del gasto era adecuada al crédito presupuestado. Y decimos esto porque la comprobación económico-presupuestaria y contable en que consiste la fiscalización previa o crítica de las transferencias de financiación debe hacerse en función del contenido del expediente, conforme a lo previsto en el artículo 4º del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril. En el motivo no se especifica si en los expedientes de gasto se hacía constar que con los créditos presupuestados se iban a pagar las ayudas sociolaborales que aprobara la Dirección General de Trabajo o si, por el contrario, se hacía constar que esos créditos se destinarían a la cobertura de la actividad del IFA /IDEA. En función del contenido del expediente había de desarrollarse la función de control por lo que la mera mención de la norma que determina el contenido del control no evidencia el error que postula el recurso.

La queja se desestima.

90.4 Se alega que la sentencia incurre de forma reiterada en el error de atribuir al Sr. Evelio una actuación consistente en la elaboración de un Informe que no tuvo en ningún caso lugar porque no estaba previsto entre sus funciones como Director General de Presupuestos. En el juicio histórico se hace esa afirmación en la página 55-56 en los siguientes términos:

"El 15 de octubre de 2002, el Consejo de Gobierno aprobó, a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo, previa tramitación de la Consejería de Economía y Hacienda, con informe favorable del Director General de Presupuestos y de la Intervención General, estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros, modificaciones presupuestarias por importe de 9.944.099 euros, mediante la cual se incrementaba la aplicación presupuestaria 440.00.31L "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales."

Y similares enunciados se repiten en otros pasajes de la sentencia (páginas 56, 67, 68, 72, 73, 78, 80,44 y 598).

La queja no es estimable.

En el fundamento jurídico vigésimo séptimo hemos destacado las competencias de la Dirección General de Presupuestos en esta materia.

Conforme al artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda (modificado por el posterior Decreto 239/2004, de 18 de mayo) al recurrente le correspondía, entre otras, la competencia para la tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria, competencia que debe ser entendida en el marco de las más amplias competencias en materia presupuestaria.

Y sobre sus funciones en materia presupuestaria hemos afirmado que el Director General no se limitaba a compilar la que cada órgano directivo le presente, sino que lo ordenaba, lo evaluaba, lo estudiaba y procedía a la elaboración de la propuesta correspondiente, todo ellos si se atiende a las amplísimas y específicas competencias que le correspondían de conformidad con el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo y del Decreto 239/2004, de 18 de mayo, que sustituyó al anterior con similar contenido.

Pues bien, en el marco de esas competencias y en relación con la tramitación de las modificaciones presupuestarias la sentencia de instancia, con apoyo en la documentación obrante en autos, señala el trámite que se seguía: " Una vez que el Jefe de Servicio responsable del expediente da fe del cumplimiento de la normativa mediante su firma, el Director General, o persona autorizada, eleva la propuesta señalando: "Cumplidos los trámites preceptivos someto a VE la propuesta que figura en el anverso", donde figuran los gastos alta y baja (así, por ejemplo, PPRI / ANEXO -05 MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS / Archivo PDF: Modificaciones presupuestarias 2 (2006)/ Páginas 1y 2 del PDF). Emitidos los informes previstos en la instrucción 1/2002, la Dirección General de Presupuestos eleva el expediente de modificación al órgano competente para su aprobación."

Por tanto, cuando la sentencia afirma que las modificaciones presupuestarias contaron con el informe favorable de la Dirección General de Presupuestos no se declara nada contrario a la realidad. Al elevar la propuesta afirmando que se cumplieron los trámites preceptivos, lo que se declaraba era la legalidad de la modificación presupuestaria y la conformidad con la propuesta, en la medida en que a esa Dirección General le correspondía la competencia para la elaboración tanto de los presupuestos como de las modificaciones presupuestarias.

La queja se desestima.

90.5 Por último, el recurrente interesa que se complete el relato fáctico añadiendo, tras la referencia al informe favorable de la Intervención en las modificaciones presupuestarias, la siguiente frase: "sin el cual la tramitación se habría paralizado hasta tanto se subsanaran los defectos e incumplimientos detectados".

Sin perjuicio de tomar en consideración lo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Intervención, en relación con las consecuencias de un eventual informe desfavorable de la Intervención a un proyecto de modificación

presupuestaria, la adición que se pretende no es necesaria en cuanto no afecta a los hechos esenciales del tipo aplicado.

No es relevante a los efectos de la calificación jurídico-penal del hecho qué hubiera ocurrido de existir informe desfavorable sino si, pese al informe favorable, cuya existencia se reconoce en el juicio fáctico, la aprobación de las modificaciones puede subsumirse en el delito de prevaricación. No se trata tanto de una cuestión normativa sino de valoración probatoria puesto que, junto al informe favorable en los expedientes de modificación presupuestaria, existieron otros informes que alertaron no sólo de la improcedencia del uso de las transferencias de financiación sino de las irregularidades que se producían en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales, en especial, el informe adicional al de cumplimiento del IFA del ejercicio 2003.

En consecuencia, el motivo se desestima.

91. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el motivo III, apartado 3º se reprocha a la sentencia de instancia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y para dar respuesta a esta queja seguiremos el mismo criterio que en otros recursos. Resumiremos las pruebas de cargo tomadas en consideración por el tribunal de instancia, comentando someramente su valor convictivo, para analizar después las alegaciones realizadas en el recurso, y pondremos fin a este apartado estableciendo las conclusiones oportunas en relación con la suficiencia o no de la prueba, así como con su valoración.

91.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

El Sr. Evelio ha sido condenado exclusivamente por la comisión de un delito continuado de prevaricación administrativa, mediante la valoración conjunta del siguiente acerbo probatorio:

(i) Fue Director General de Presupuestos, desde el 21/04/2002 al 26/04/2009, y asistió, en tal condición, a las sesiones del Consejo de Dirección de la Consejería de Economía y Hacienda, en el que se tomaban distintos acuerdos, entre otras cuestiones, en materia de índole presupuestaria (Prueba de cargo 1).

En el fundamento jurídico vigésimo séptimo de esta sentencia hemos analizado las competencias del Director General de Presupuestos en la elaboración de las normas presupuestarias. Tenía un papel central y fue precisamente en su ámbito de actuación en el que se desarrolló el mecanismo fraudulento que sirvió de soporte normativo a la malversación enjuiciada en este proceso.

Conviene, por su importancia, hacer referencia a esas competencias. Estaban determinadas en lo sustancial por el artículo 10 del Decreto 137/2000, de 16 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda. Dicho Decreto fue modificado por el Decreto 239/2004, de 18 de mayo, que en lo que aquí concierne no introdujo más modificación que señalar que el Director General del Presupuestos estaba bajo la dependencia directa del Viceconsejero de Hacienda. Las competencias en materia presupuestaria eran las siguientes:

"Artículo 10. Dirección General de Presupuestos.

La Dirección General de Presupuestos es el Órgano Directivo a cuyo cargo están las competencias que atribuye la normativa vigente a la Consejería de Economía y Hacienda en materia presupuestaria. Estas competencias son fundamentalmente las siguientes: Estudio y elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos de ingresos y gastos y coordinación de los distintos Centros Directivos que intervienen en su elaboración; la obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes para la elaboración y seguimiento de los estados de gastos e ingresos, proyectos de inversión y beneficios fiscales; análisis de los costes y resultados y de criterios aplicables para el cálculo de la rentabilidad y eficacia de los gastos presupuestarios; informar las memorias económicas que preceptivamente deban acompañar los proyectos de disposiciones; la tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria y las incidencias que surjan en la ejecución del Presupuesto, y el estudio y valoración económica de las retribuciones del personal al servicio de la Administración Autonómica.

Asimismo, le corresponden las relaciones con la Administración del Estado en orden a la elaboración del Anteproyecto de gastos e ingresos, y las relaciones con la Consejería de Justicia y Administración Pública en orden a la política presupuestaria a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración Autonómica".

La sentencia de instancia consideró con buen criterio que la participación del Director General de Presupuestos fue determinante por cuanto sus funciones pueden resumirse en los siguientes cometidos:

"1. Estudio y elaboración del anteproyecto de Ley de Presupuestos de ingresos y gastos, y coordinación de los distintos Centros Directivos que intervienen en su elaboración. 2. Obtención, análisis y agregación de datos, antecedentes e informes para la elaboración y seguimiento de los estados de gastos e ingresos. 3. Tramitación de los expedientes de modificación presupuestaria y las incidencias que surjan en la ejecución del Presupuesto".

(ii) Formó parte de los grupos de trabajo que analizaron los programas presupuestarios de las distintas Consejerías de los ejercicios correspondientes, al tiempo en que desempeñó el cargo de Director General de Presupuestos (Prueba de cargo 2).

Ya hemos indicado que, conforme a la normativa aplicable, estos grupos de trabajo evaluaban la ejecución del ejercicio anterior y revisaban el programa de gastos y establecían su prioridad en función de los objetivos a

alcanzar. A través de las Memorias que las empresas públicas debían remitir antes del día 1 de julio de cada año, conocían la ejecución que se había llevado a cabo de las partidas presupuestarias aprobadas en el ejercicio anterior.

La afirmación tiene su apoyo normativo en el artículo 33.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud del cual la Consejería de Economía y Hacienda pública anualmente la orden por la que se dictan las normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el siguiente año.

La sentencia de instancia se refiere en algunos pasajes a la Orden de 4 de junio de 2003, pero en ejercicios anteriores y posteriores se aprobaron órdenes de contenido similar.

En la citada Orden, que contenía las normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004, cuyo artículo 6.1.2, que, bajo la rúbrica, Análisis de programas, se disponía:

"Con la finalidad de valorar la necesidad y la eficacia de los programas presupuestarios se constituirá, por cada Sección Presupuestaria, un grupo de trabajo del que formarán parte el Viceconsejero de Economía y Hacienda, el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, los Directores Generales de Planificación, Presupuestos y Fondos Europeos, así como el Viceconsejero, el Secretario General Técnico y, en su caso, los responsables de los programas de las respectivas Consejerías. Dichos grupos estudiarán, de acuerdo a la información remitida según lo establecido en el punto 6.1.1 de la presente Orden, la totalidad de los objetivos y gastos contenidos en los programas conforme a las siguientes líneas de actuación:

a) Evaluar la ejecución de los programas presupuestarios en el ejercicio anterior y la previsión del vigente para determinar el grado de cumplimiento de los objetivos y las causas de las desviaciones que, en su caso, se hubieran producido en la realización de los mismos.

b) Revisar cada uno de los programas de gastos y establecer su prioridad en función de los objetivos que deben alcanzar.

c) Fijar los indicadores que permitan medir la eficacia, eficiencia, calidad y ejecución financiera de los objetivos establecidos.

d) Determinar el coste que comporta cada programa, en función de las actuaciones que integran la propuesta del centro gestor.

e) Valorar el volumen de ingresos reales y potenciales que generará el programa.

f) Determinar los proyectos de inversión que sean susceptibles de obtener financiación de fondos europeos o de transferencias finalistas.

que:

g) Realizar una propuesta sobre la dimensión de los programas".

Y, el artículo 6.3, bajo la rúbrica Tramitación del Anteproyecto, dispone

"Como resultado de las actuaciones descritas en los apartados anteriores, la Dirección General de Presupuestos elaborará los estados de gastos del Anteproyecto de Presupuesto de la Comunidad Autónoma (...) para su elevación a la titular de la Consejería de Economía y Hacienda, que someterá al acuerdo del Consejo de Gobierno el Anteproyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (...)."

Cada año se elaboraba una Orden de contenido similar al que acabamos de transcribir, en la que se establecían los criterios de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar, el calendario de actuaciones y el procedimiento para la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto, no solo de las distintas Consejerías, sino también de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía. En este sentido, la Sala de instancia destaca el artículo 60 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, que dispone:

"Los presupuestos de explotación y de capital a que se refiere el artículo 57.3 de esta ley, se remitirán por las respectivas empresas a la Consejería de Economía y Hacienda por conducto de la Consejería de que dependan, antes del día 1 de julio de cada año, acompañados de una memoria explicativa de su contenido y de la liquidación del presupuesto del ejercicio inmediato anterior".

El grupo de trabajo, integrado por altos cargos de la Administración en materia presupuestaria, se integraba por el Viceconsejero de Economía y Hacienda, el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, el Director General de Planificación, el Director General de Presupuestos y el Director General de Fondos Europeos, así como el Viceconsejero de la Consejería cuyo presupuesto fuese objeto de análisis (en cuanto interesa al presente procedimiento, el de Empleo) y del Secretario General Técnico y de los responsables de los Programas de tal Consejería.

Resulta obligado referir que el contenido de las diversas órdenes fue analizado por la Sala de instancia en su sentencia con ocasión del examen de numerosas cuestiones; y, entre ellas, al valorar la prueba pericial realizada por la IGAE y al analizar las transferencias de financiación (FJ.8), el procedimiento de elaboración presupuestaria (FJ.15) y las repercusiones en el presupuesto del IFA/IDEA del uso de las transferencias de financiación (FJ.18).

(iii) La Audiencia Provincial valoró singularmente las manifestaciones realizadas por el Sr. Evelio en su declaración judicial de 19/09/2013, expresivas de su conocimiento de la ilegalidad de las resoluciones adoptadas. Transcribimos los párrafos más relevantes.

"A la pregunta número 4) ¿Es cierto que en el Presupuesto del ejercicio económico en que Vd. tomó posesión de su cargo, año 2002, fue el primero en que dejó de consignarse dentro del Presupuesto de la Consejería de Empleo, en el programa 31L, la partida presupuestaria adecuada para la concesión de subvenciones que hasta entonces había sido la 481 'Transferencias a familias e instituciones sin ánimo de lucro', y en vez de ella se consignó en el presupuesto de dicha Consejería para atender a dichas ayudas sociolaborales la partida 440.51 Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales' que consistía en transferencia de financiación para la materialización de tales ayudas? Que es cierto. A la pregunta número 5) ¿Es cierto que, de acuerdo con su regulación legal dispersa en varias normas, las transferencias de financiación que tienen como destinatarias las empresas públicas como IFA/IDEA, son créditos destinados a efectuar pagos para la financiación de operaciones genéricas, para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores? (Esto es lo que establece la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 22 de mayo de 1998 y la Ley 15/2001 de 26 de diciembre en su art. 18).

Que si es cierto. Las transferencias de financiación es un instrumento para financiar a Entes instrumentales que figuran en la totalidad de la normativa de Hacienda de todas las Comunidades Autónomas con el fin de financiar las actividades que ella desarrolla de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Hacienda Pública son los Órganos Gestores quienes proponen dentro del anteproyecto de gastos los destinos y aplicaciones para financiar su actividad (...). A la pregunta número 6) ¿Es cierto de acuerdo con lo anterior que las transferencias de financiación no pueden destinarse a financiar operaciones con un fin concreto y específico como son las subvenciones? Que es cierto que no pueden".

El declarante se retractó de sus manifestaciones en su posterior comparecencia de 12/05/2014, en la que afirmó:

"(...) no se ratifica en dicha declaración (la de 19 de septiembre de 2013) porque en aquel momento desconocía la existencia del informe de adecuación y legalidad de las transferencias de financiación que estaba en poder del juzgado, pero no se había puesto disposición de las partes y que había sido emitido por cuatro interventores de la Junta de Andalucía".

Y también en el acto del juicio dijo que no ratificaba la declaración prestada el 19/09/2013.

En su primera declaración judicial reconoció que la partida presupuestaria adecuada para la concesión de subvenciones era la 481 (Transferencias a familias e instituciones sin ánimo de lucro), que la única finalidad legal de las transferencias de financiación era la de equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de una entidad pública del ejercicio en que fueron otorgadas o, en su caso, equilibrar las pérdidas de los ejercicios anteriores y que no se podían utilizar para financiar subvenciones.

Se trata de un reconocimiento palmario que no puede dejarse de destacar. Es cierto que se retractó de lo dicho, pero su declaración sumarial fue introducida en el plenario y valorada por el tribunal de instancia de acuerdo con las previsiones establecidas en la LECrim, sin que se haya formulado objeción alguna al respecto.

Es importante destacar, como hizo la sentencia de instancia, que el motivo de la retractación fue que después tuvo conocimiento del informe realizado por cuatro interventores de la Junta de Andalucía que se posicionaron a favor de la adecuación y legalidad del uso de las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales, lo que evidencia que cuando adoptó sus decisiones estaba convencido de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado, criterio coincidente con el del tribunal y con el de esta Sala, una vez analizada la legislación aplicable, y que coincide con el de los peritos de la IGAE.

(iv) La Dirección General de Presupuestos incluyó en el presupuesto del IFA/IDEA gastos que, en realidad, no lo eran (bajo el nombre de "otros gastos de explotación"), pues se correspondían con fondos destinados a pagar las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo. Esa contabilización tuvo por objeto lograr el equilibrio de los ingresos recibidos por la Consejería de Empleo a través de las transferencias de financiación. Es decir, en su condición de Director General de la Dirección General de Presupuestos, que era el encargado de la realización última de los Anteproyectos de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporó a éstos, tras su examen, los Proyectos de Presupuestos correspondientes al IFA/IDEA, en los que se recogían unos gastos ficticios, por inexistentes. Se pretendía con ello dar apariencia de legalidad a la indebida utilización de las transferencias de financiación.

(v) Se destaca que a partir del contenido de las Memorias de los distintos presupuestos tuvo conocimiento que la Dirección General de Empleo concedía subvenciones por encima de la disponibilidad presupuestaria de cada año, razón por la que en el presupuesto del ejercicio siguiente parte de la cantidad presupuestada se tenía que destinar a la cobertura de las cantidades ya comprometidas en el ejercicio anterior. De ello dedujo el tribunal de instancia que como las subvenciones se concedían sin cobertura presupuestaria previa se concedían sin la tramitación del previo expediente de gasto, todo ello en contravención de la normativa presupuestaria.

Así en la Memoria del presupuesto de 2005 se hizo constar claramente esta situación declarando que la partida presupuestaria tenía como finalidad " atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias" (Prueba de cargo 4).

A esa misma cuestión se refiere el Informe de los peritos de la IGAE que analizaron el contenido de las Memorias de 2006, 2007 y 2008 (prueba de cargo 5). Destacamos parte de su contenido para justificar esta afirmación:

"La Memoria del Presupuesto de 2006 especifica que la dotación anual será para 'cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo...'. Cabe por ello deducir que, en ese año, una parte de las disponibilidades presupuestarias de la Consejería se destinó a nuevos compromisos, y el resto, 37,44 millones de euros (diferencia de saldos finales de 2006 y 2005), a cancelar parte de la deuda con IFA-IDEA, por los pagos que había anticipado. La Memoria del Presupuesto de 2007 señala que 'el contenido durante el año 2006-2007 se limitará a ir liquidando las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados'. De los datos señalados en el cuadro anterior cabe destacar que la cantidad destinada a reducir la deuda con IFA-IDEA, por los compromisos por ella anticipados fue de 17,44 millones de euros (diferencia de saldos finales de 2007 y 2006). El Borrador de la Memoria del Anteproyecto de Presupuesto de 2008, detallaba algunas de las empresas beneficiarias de las ayudas, como Faja Pirítica de Huelva, HYTASAL, ALTADIS, HEINECKEN, ANOVO, etc. proponiendo a continuación liquidar las obligaciones comprometidas con la dotación presupuestaria de 2008. 'Durante el año 2008 se limita a liquidar las obligaciones comprometidas existentes que proceden de convenio y pólizas firmados. El conjunto de obligaciones comprometidas se liquida en el año 2008 con la dotación presupuestaria que se transferirá a IDEA'. La redacción definitiva de la Memoria del Presupuesto de 2008, no mantiene la redacción del borrador y elimina cualquier referencia a obligaciones comprometidas de años anteriores (203). Sin embargo, según se observa por la diferencia entre los saldos del cuadro anterior, si bien en ese año 2008 la Consejería no se limitó a liquidar las obligaciones comprometidas existentes, como decía el borrador, al menos destinó a ello 7,39 millones de euros (diferencia de saldos finales de 2008 y 2007). Las Memorias de los Presupuestos de 2009 y 2010 solo indican que se continuará con la línea de colaboración con IDEA y se mantendrán las políticas de ayudas sociales en empresas con dificultades a través de subvenciones finalistas. Sin embargo, en el año 2009 se observa un importante descenso del importe adeudado a IFA-IDEA a final del año 2008, ya que se aplicaron a esa finalidad 22,8 millones de euros, procedentes de los créditos del Programa 31L".

(vi) También se refiere a esta cuestión la Memoria justificativa de la modificación de fecha 9 de diciembre de 2004, que fue remitida junto con el expediente de la modificación por el Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo a la Dirección General de Presupuestos. En ella se deja constancia de los datos que reflejan la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado (Prueba de cargo 6).

Del contenido de la misma se infiere lo siguiente: Los fondos procedentes de la modificación presupuestaria estaban destinados al pago de subvenciones sociolaborales, las subvenciones sociolaborales habían sido concedidas por el Director General de Trabajo, pues era quien había firmado el protocolo para la adjudicación de las mismas y para el pago de dichas ayudas, se habría de utilizar la partida 440 "Transferencias de financiación al IFA" del programa 31L.

El párrafo más significativo de ese documento es el que ahora transcribimos:

"En fecha 31 de julio de 2003 el Director General de Trabajo y Seguridad Social firma un protocolo por el que se procede a la adjudicación de las pólizas de prejubilaciones a las entidades VITALICIO y LA ESTRELLA. En el contenido de dichas pólizas se contempla prestaciones por prejubilación para un total de 687 trabajadores procedentes de distintas empresas de la FAJA PIRÍTICA. Los importes a los que hay que atender en las pólizas de LA ESTRELLA y VITALICIO de los distintos años son los siguientes:(...) La dotación presupuestaria resulta del todo insuficiente para cubrir los importes comprometidos de las pólizas de la FAJA PIRÍTICA, ya que solo alcanzaba con dificultades a cumplir con parte de los compromisos ya adquiridos en ejercicios anteriores de prejubilaciones de SANTANA MOTOR, BOLIDEN APIRSA, DHULL, SIEMENS, CERVEZAS ALHAMBRA, HYTEMASA, INVIRSAL, TAMC, ABB, CÍA ANDALUZA DE CERVEZAS y a los expedientes de viabilidad de empresas. Por todo ello resulta del todo insuficiente para la cobertura de las pólizas suscritas la dotación presupuestaria inicialmente prevista en el total del importe de la póliza que corresponde a octubre de 2004 por importe de 27.065.786,68 euros. La urgencia solicitada en la dotación de este importe es precisa ya que se encuentra la póliza suscrita con vencimiento el 1 de octubre de 2004 según las condiciones particulares de la misma".

(vii) Y también a esta misma cuestión se refiere la Memoria de la modificación presupuestaria de 7 de julio de 2004, demostrativa de que el Sr. Lozano Peña era consciente del déficit que se estaba generando en el presupuesto de la Agencia IDEA, al contraer obligaciones por encima del crédito presupuestario del programa (Prueba de cargo 12).

El texto de la Memoria que ahora interesa es el siguiente:

"MEMORIA JUSTIFICATIVA DE NECESIDADES PRESUPUESTARIASURGENTES PARA LA APLICACIÓN 441.51 DEL PROGRAMA 31L

En fecha 11 de septiembre de 2002 la Junta de Andalucía suscribe un protocolo para atender a la crisis industrial producida en el sector minero de la Faja Pirítica de Huelva. En fecha 29 de abril de 2003 el Excm. Sr. Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico firma dos protocolos en cumplimiento del anterior con los agentes económicos y sociales de Andalucía obligándose a atender al pago de las pólizas de prejubilaciones de los extrabajadores de Minas de Riotinto SA, Minas de Almagrera SA, Navan Resource Huelva SA, Filón Sur y Nueva Tharsis SAL (Faja Pirítica); y otro convenio con los mismos intervinientes de colaboración entre la Consejería de Empleo y las centrales Sindicales donde además de las pólizas de prejubilaciones se atendería a planes de formación para extrabajadores, plan de recolocaciones y ayudas sociales. En fecha 31 de julio de 2003 el Director General de Trabajo y Seguridad Social firma un protocolo por el que se procede a la adjudicación de las pólizas de prejubilaciones a las entidades Vitalicio y La Estrella. En el contenido de dichas pólizas se contempla prestaciones por prejubilación para un total de 687 trabajadores procedentes de distintas empresas de la Faja Pirítica. Los importes a los que hay que atender en las pólizas de La Estrella y Vitalicio de los distintos años son los siguientes: Como quiera que la dotación presupuestaria contemplada en la aplicación 441.51 del programa presupuestario 31L contemplaba exclusivamente una dotación anual por importe de 46.146.839 €. Que la citada dotación resultaba del todo insuficiente para cubrir los importes comprometidos de las pólizas de la Faja Pirítica, ya que solo alcanzaba con dificultades a cumplir con parte de los compromisos ya adquiridos en ejercicios anteriores de prejubilaciones de Santana Motor, Boliden Apirsa, Dhull, Siemens, Cervezas Alhambra, Hytemasa, Invirsal, T AMC, ABB, Cía Andaluza de Cervezas y a los expedientes de viabilidad de empresas. Todos los compromisos de ejercicios anteriores ya alcanzaban para el año 2004 el importe de 74.470.000 € sin contar con las obligaciones de las pólizas de la Faja Pirítica. Por todo ello resulta del todo insuficiente para la cobertura de las pólizas suscritas la dotación presupuestaria inicialmente prevista. Para atender el importe de la póliza de prejubilaciones de la Faja Pirítica a abonar en octubre de 2004, es necesario una dotación de 27.065.786,68 € al programa 31L.

La urgencia solicitada en la dotación de este importe es precisa ya que se encuentra la póliza suscrita con vencimiento el próximo 1 de octubre de 2004 según las condiciones particulares de la misma".

La Sala de instancia destacó que el Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo remitió a la Dirección General de Presupuestos una memoria con un texto prácticamente idéntico al expresado en los párrafos precedentes. Y para dar satisfacción a la señalada propuesta y, por lo tanto tramitar, elevar y, finalmente, aprobar la propuesta de modificación presupuestaria que se reclamaba por parte de la Consejería de Empleo, fue necesario acudir a una partida presupuestaria distinta de las que hasta entonces se había utilizado con aquel fin (pues ya habían sido objeto de reducción en el mismo ejercicio y una nueva reducción estaba expresamente prohibida, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de Andalucía).

El Sr. Evelio utilizó el programa 32H, del Servicio Andaluz de Empleo y elevó la propuesta de modificación presupuestaria al Consejo de Gobierno, para su aprobación por un importe aproximado de 3 millones de euros.

Por tanto, coincidimos con la Audiencia Provincial. Elevó la propuesta, no obstante tener conocimiento, tanto de la memoria de la modificación presupuestaria, a través de la cual se proponía el uso del mecanismo presupuestario de las transferencias de financiación para el pago de ayudas sociolaborales, como de que los fines contenidos en la ficha presupuestaria del programa 32H no estaban destinados a la concesión de ayudas sociolaborales. Es decir, concluye que elevó la propuesta, pese al conocimiento de la ilegalidad de la modificación que se proponía.

(viii) Resulta también muy importante destacar que durante su mandato se dictaron Instrucciones, bien por su Dirección General, bien por la Intervención de la Junta de Andalucía, que debían ser observadas, y que señalaban bien el contenido de sus funciones, bien los criterios de fiscalización de las transferencias de financiación (Prueba de cargo 7).

a) Instrucción conjunta 2/2002, de 21 de marzo, de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General, desarrollando el artículo 18 de la Ley 15/2001, sobre la forma en que habían de producirse los reintegros de las transferencias de financiación. En dicha Instrucción se establece:

(...) "la Dirección General de Presupuestos, como centro directivo con competencias en la evaluación y seguimiento de los Programas de Actuación, Inversión y Financiación y los Presupuestos de Explotación y Capital, elementos éstos de planificación a través de los que se instrumentan las transferencias corrientes y de capital a las empresas de la Junta de Andalucía y la Intervención General, como centro directivo de la fiscalización de los distintos actos de ejecución del Presupuesto de Gastos de la Junta de Andalucía y de la contabilidad pública, dictan las siguientes Instrucciones: PRIMERA.- El reintegro a la Tesorería de la Junta de Andalucía del importe de las transferencias corrientes no aplicadas para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueron otorgadas o para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, se efectuará en el ejercicio inmediato posterior, una vez aprobadas las cuentas del ejercicio a que se refieran".

b) Instrucción conjunta 1/2002, de 31 de enero, de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre procedimiento y tramitación de las modificaciones presupuestarias.

Conforme al procedimiento establecido en esta Instrucción y a la práctica administrativa, el Jefe de Servicio responsable del expediente de modificación presupuestaria daba fe del cumplimiento de la normativa mediante su firma y el Director General de Presupuestos o, en su defecto, la persona autorizada por él, elevaba la propuesta señalando el siguiente texto: "cumplidos los trámites preceptivos someto AV. la propuesta que figura en el anverso", que es donde figura el estado de gastos (altas y bajas de las partidas y programas afectados).

Documentalmente así consta por ejemplo, en el expediente de la modificación presupuestaria 550/2006 llevada a cabo en el año 2006 (PPRI / ANEXO -05 MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS / Archivo PDF: Modificaciones presupuestarias 2 (2006) / Páginas 1y 2 del PDF).

Por tanto, una vez emitidos los informes previstos en la Instrucción, la Dirección General de Presupuestos eleva el expediente de modificación al órgano competente para su aprobación, es decir, bien a los titulares de las distintas Consejerías, bien al Consejero de Economía y Hacienda, bien al Consejo de Gobierno, según se tratase de los supuestos recogidos en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía (FJ. 17 de la sentencia dedicado al examen de las modificaciones presupuestarias).

La Audiencia Provincial, de acuerdo con el contenido de la Instrucción 1/2002, insistió en que la decisión de elevar el expediente de modificación presupuestaria, que correspondía al Director General de Presupuestos, no podía reputarse como de acto de mero trámite, no sólo por la normativa que lo regula y hemos expuesto, sino también en atención a las declaraciones de distintos testigos y, en particular, a la de don Adolfo, quien al ser preguntado por si hubo modificaciones que no se tramitaron manifestó que: "Sí, había algunas que se rechazaron, porque los créditos no estaban situados en los artículos correspondientes, porque la competencia era errónea, en ocasiones, eran modificaciones que podían afectar a inversiones y existía un informe desfavorable de la Dirección General de Planificación de Fondos Europeos. Había causas".

c) Instrucción 5/2002, de 10 de junio, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre procedimientos específicos de fiscalización, derivados de la implantación de la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la comunidad autónoma andaluza .

En dicha Instrucción se reguló el sistema de publicidad de las subvenciones otorgadas por la Junta de Andalucía. Se disponía que toda subvenciones obligaba a cumplimentar una "hoja de datos" para su posterior inserción en el "Sistema integrado Júpiter", disponiéndose que "el incumplimiento de la obligación de comunicación de datos establecidas en la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 25 de febrero de 2002, constituye la omisión de un trámite esencial del correspondiente expediente administrativo".

La Instrucción estableció su ámbito de aplicación en su disposición segunda en los siguientes términos:

1. Para la consecución de los diferentes fines anteriormente establecidos, será objeto de la presente Instrucción todos los expedientes administrativos de subvenciones y ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que haya sido el régimen y procedimiento de concesión y con independencia de que en la distribución de fondos públicos intervengan entidades colaboradoras a las que se refiere el artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía

En su apartado segundo se excluye de su ámbito:

"Transferencias de financiación, corrientes o de capital, a favor de Organismos Autónomos, empresas de la Junta de Andalucía o Universidades"

La Intervención General estaba adscrita a la Consejería de Economía y Hacienda por lo que sus Instrucciones debían ser conocidas necesariamente por el Director General de Presupuestos. Así las cosas, esta Instrucción evidencia varios datos esenciales: Que las ayudas sociolaborales eran subvenciones a los efectos de esta Instrucción y debían ser objeto de inserción en la base de datos Júpiter y que las transferencias de financiación sólo podían ser "corrientes o de capital", es decir, destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias o a aportar capital para la empresa pública.

Pues bien, nada de esto se observó. Las ayudas no fueron publicadas y se utilizaron las transferencias de financiación para el pago de subvenciones ordenadas por la Dirección General de Empleo y no para financiar la actividad ordinaria del IFA /IDEA.

d) Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre criterios para la fiscalización de las transferencias y otros gastos a favor de las empresas públicas y determinadas fundaciones .

En esta Instrucción se describen los tres instrumentos de financiación de las empresas públicas (transferencias de financiación, subvenciones y encargos de ejecución) y se precisa que las transferencias de financiación son "toda entrega dineraria, sin contrapartida directa por parte de los entes beneficiarios, destinada a

cubrir las necesidades de financiación de los mismos, y, en consecuencia, a sufragar operaciones o actividades no singularizadas". Distingue la norma entre transferencia de capital y de explotación y dispone que su régimen jurídico viene establecido en el artículo 18 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social".

Esta Instrucción realizada una interpretación auténtica del artículo 18 de la Ley 15/2001 y determina con absoluta claridad la finalidad y clases de las transferencias de financiación y permite afirmar, una vez más, que en este caso se emplearon las citadas transferencias de forma ilícita, para el pago de subvenciones, y con una finalidad también ilícita, excluir la normativa de subvenciones en su integridad y, singularmente, el control previo de la Intervención.

A todo lo anterior debemos añadir que en las leyes de acompañamiento de los presupuestos se establecía con claridad el destino que correspondía a las transferencias de financiación (vid. FJ 8º) y que se aprobaron normas directamente vinculadas con la materia presupuestaria o con las subvenciones que no podían ser desconocidas en la Dirección General de Presupuestos.

Nos referimos a la aprobación del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, relativo al Reglamento General de Subvenciones y se dictó la Orden de 25/02/2002, por la que se creó y reguló la base de datos de subvenciones y ayudas públicas, de especial relevancia para su control. El citado Decreto excluía de su ámbito a las transferencias de financiación, lo que evidencia el conocimiento general de este instrumento financiero y su estrecha vinculación (en sentido excluyente) con las subvenciones (Prueba de cargo 13). La Orden, por otro lado, sometía a las subvenciones a un régimen especial de publicidad que quedaba excluido al utilizar las transferencias de financiación. Es un dato que constata que la utilización de éstas estaba directamente dirigido a evitar el régimen de publicidad y libre concurrencia de las subvenciones. Ambas disposiciones fueron incumplidas.

(ix) A mayor abundamiento y como elemento probatorio de refuerzo, la sentencia impugnada menciona que poco después de cesar en su cargo (el 26 de abril de 2009) se dictó la instrucción 1/2009 de 15 de junio, de la Dirección General de Presupuestos en la que se recordaron las normas para la presupuestación de las transferencias corrientes y de capital. (Prueba de cargo 8).

La circunstancia de que hubiese que recordar tales normas respondía al hecho de que no se habían observado durante el tiempo en que el Sr. Evelio estuvo al frente de la Dirección General de Presupuestos. En concreto, recuerda la necesidad de identificar a los beneficiarios de las subvenciones; la obligación de acreditar su legitimidad para acceder a las ayudas; y la actividad que habrían de realizar los destinatarios últimos de las subvenciones y ayudas en virtud de la cual se fundamentaba el otorgamiento de las mismas. Asimismo, se concretaron los artículos vigentes para presupuestar las subvenciones y ayudas. Y todo ello, en atención "a los problemas que se habían planteado en el ámbito del control de las actuaciones". Por tanto, convenimos con el tribunal de enjuiciamiento que en esta Instrucción no se vinieron a recoger disposiciones novedosas, sino a afirmar que, hasta entonces, se habían dado problemas en el control de esas actuaciones, razón por la que se recogieron tales criterios de presupuestación, de conformidad con la normativa vigente.

(x) Durante el tiempo en que ostentó el cargo de Director General de Presupuestos se tramitaron distintas modificaciones presupuestarias y los Anteproyectos de Presupuestos, en concreto, los correspondientes a los años 2003 a 2009, ya que cesó en su cargo el 26 de abril de 2009 (Prueba de cargo 9).

Todo ello tuvo lugar, pese al conocimiento que tenía de la normativa aplicable y de los distintos datos contables de los que supo por su condición de Director General de Presupuestos, y, por tanto, por su condición de miembro de los grupos de trabajo constituidos para su elaboración. Circunstancia, esta última, que, en particular, le permitió tener conocimiento de la ejecución de los presupuestos y evaluación del programa 31L de la Consejería de empleo y del IFA/IDEA a lo largo de aquellos años.

(xi) En relación con las modificaciones presupuestarias el recurrente adoptaba el acuerdo de elevación de la propuesta al Consejero de Economía y Hacienda, acuerdo que suponía dar por concluida la tramitación de la misma (Prueba de cargo 10).

La sentencia de instancia para acreditar este hecho se remite a la prueba documental, en concreto a los expedientes de obrantes en autos de las modificaciones presupuestarias aprobadas el 15/10/2002, 07/12/2005, 07/11/2006 y 27/11/2007.

(xii) El Director General de Presupuestos, además de las Propuestas de Anteproyectos de las distintas Consejerías, recibía toda la información económica y presupuestaria de las empresas públicas y tenía encomendada la elaboración de su presupuesto de explotación y capital de conformidad con el artículo 9 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de Andalucía y de los Decretos de Estructura y Competencias de la Consejería de Economía y Hacienda a los que antes hemos hecho referencia (Prueba de cargo 11).

En particular, la Sala remarca que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía, el presupuesto de explotación y capital de las empresas de la Junta de Andalucía participadas directamente forman una unidad con el presupuesto de las Consejerías y demás entidades de la Junta de Andalucía.

Ya hemos dicho en otros apartados de esta sentencia que los ingresos procedentes de la transferencia de financiación se compensaban contablemente incluyendo una cantidad igual en el concepto de "gastos de

explotación", a pesar de que semejante criterio no era procedente dado que los pagos de subvenciones no constituían una actividad propia del IFA/IDEA sino una mera operación de tesorería. Pues bien, en la Memoria del ente de los años 2009 se advirtió que las desviaciones presupuestarias que se habían producido en ejercicios anteriores se habían reducido porque se cambió ese criterio de imputación de gastos. El informe pericial de la IGAE advirtió este dato y atribuyó directamente este criterio contable al Director General de Presupuestos.

91.2 Alegaciones de descargo

El motivo hace una extensa relación de argumentos defensivos que por su falta de orden resulta difícil esquematizar y sintetizar. Trataremos de hacerlo, identificando tres grandes argumentos de censura.

(i) Se reprocha que no exista una resolución administrativa que le sea atribuible, a los efectos del artículo 404 CP. Señala que lo único que hizo fue trasladar a la Consejería una solicitud de modificación presupuestaria. La sentencia, a su juicio, no explica la valoración de la prueba respecto de los elementos del delito de prevaricación, único delito por el que ha sido condenado.

La alegación no puede ser estimada. La cuestión que se plantea es sustantiva y no probatoria, dado que el análisis de si el hecho, es decir, si la resolución dictada es o no susceptible de incardinarse en el artículo 404 CP pertenece al juicio de tipicidad.

Por otra parte, el Sr. Evelio no ha dictado una sola resolución, como se afirma, sino reiteradas resoluciones ya que entendemos por tales aquellas que pusieron fin a la tramitación en su departamento u oficina tanto de los anteproyectos de presupuestos, como de las modificaciones presupuestarias, acordando su elevación al Consejero. La sentencia de instancia se refirió a ello de forma expresa indicando que

"Cuando el Director General de Presupuestos acuerda "elevar", está resolviendo en vía administrativa una fase del proceso de presupuestación. Que no es un acto de mero trámite, sino que tiene sustantividad propia, al ser esencial y necesario. Se trata, nada más, ni nada menos, que la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto. Cuando el Director General de Presupuestos acuerda elevar a la Consejera de Economía y Hacienda el Anteproyecto de Presupuesto, está dando el visto bueno al citado anteproyecto, en el sentido de que se ajusta a la normativa que regula su elaboración".

Conviene insistir en que la intervención del Director General en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias fue central y determinante y a ello nos hemos referido extensamente en el fundamento jurídico vigésimo séptimo de esta sentencia, que reiteramos.

(ii) En segundo lugar y de forma muy extensa se argumenta que no ha quedado probado el elemento de arbitrariedad, ni tampoco el dolo específico que exige el delito de prevaricación cuando establece que el sujeto debe actuar a sabiendas de la injusticia de la resolución que dicte.

A este respecto se pone en valor las declaraciones de distintos funcionarios que comparecieron en el juicio oral y que refirieron que no hubo irregularidad alguna en la tramitación de los distintos proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias.

La defensa recuerda que su cliente siempre actuó con el Informe de la Intervención que, por más que no fuera vinculante, incorporaba una opinión jurídica siempre relevante; que no cabe apreciar arbitrariedad alguna si la Intervención, después de calificar el uso de las transferencias de financiación como inadecuado, no formulaba advertencia de ilegalidad; advierte que la sentencia confunde las modificaciones presupuestarias ordinarias que no afectan al montante total del presupuesto y que no se relacionan con gastos imprevistos con las leyes de créditos extraordinarios, que permite incrementar la habilitación de créditos realizada por el Parlamento en los presupuestos anuales; señala que la sentencia no ha dado respuesta las explicaciones ofrecidas por numerosos peritos en orden a que las transferencias de financiación pueden destinarse a fines distintos a la cobertura de pérdidas y que no es razonable que a la vista de todas estos testimonios la sentencia no haya considerado que el criterio seguido en este punto por la Consejería de Economía fuera al menos opinable o discutible y que esa cuestión jurídica mereciera la calificación de discutible; y se alega, en fin, que habiendo contado siempre con el informe favorable de la Intervención no había razón para no confiar en la legalidad de la actuación, sin que la sentencia explique por qué razón el recurrente actuó a sabiendas de la ilegalidad.

Las alegaciones se inadmiten.

En los fundamentos jurídicos sexto a noveno hemos realizado un estudio del régimen jurídico aplicable a las transferencias de financiación para concluir que era palmario que semejante instrumento presupuestario sólo podía utilizarse para equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de una empresa pública y la cobertura de capital, pero no para el pago de subvenciones. Y en los fundamentos trigésimo y trigésimo primero hemos justificado la concurrencia de arbitrariedad y dolo en la conducta de los condenados, por lo que damos por reproducido lo allí dicho.

Como Director General de Presupuestos tenía como función prioritaria elaborar los presupuestos de acuerdo con el principio de legalidad por lo que, al margen de lo que pudieran informar los órganos técnicos, debía saber la finalidad de las transferencias de financiación y debía saber que no se podían utilizar para el pago de subvenciones. Y lo sabía porque en su declaración sumarial, incorporada al plenario en legal forma, así lo reconoció, por más que posteriormente se retractara.

En efecto, el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones era contrario a normas vigentes o a normas que entraron en vigor durante su mandato. Sobre este particular damos por reproducido las referencias normativas analizadas en los fundamentos jurídicos octavo y noveno de esta sentencia. Únicamente destacaremos algunas de las normas ya citadas:

- Las distintas leyes de presupuestos que se aprobaron anualmente durante su mandato y las leyes de acompañamiento establecían claramente la finalidad de las transferencias de financiación.
- El nuevo sistema de presupuestación era contrario a la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 22 de mayo de 1998.
- Estaba vigente el reglamento de subvenciones, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre que excluía de su ámbito de aplicación las transferencias de financiación.
- La Instrucción 1/2003, de 10 de enero, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre criterios para la fiscalización de las transferencias y otros gastos a favor de las empresas públicas y determinadas fundaciones. En su exposición de motivos advertimos un párrafo muy significativo que pone en evidencia que a través de los informes de control financiero de las empresas públicas (PAIF) se conocían las deficiencias existentes. Dice la norma:

" En relación con las mencionadas fuentes financieras se han detectado, en los informes de control financiero efectuados a empresas públicas, deficiencias y contradicciones entre, por una parte, el expediente administrativo de gasto tramitado por el correspondiente gestor presupuestario y fiscalizado por la Intervención competente y, por otra, la realidad económica y contable de tal expediente en el seno de la empresa afectada. Ello ha provocado problemas, fundamentalmente, al enjuiciar los criterios de contabilidad privada seguidos por las empresas, así como al aplicar las correspondientes normas sobre reintegros vigentes en materia de transferencias de financiación".

- Las Instrucciones conjuntas de la Dirección General de Presupuestos y de la Intervención General de la Junta de Andalucía 1/98, de 26 de febrero, y 2/2002, de 21 de marzo, ésta última por la que se desarrolla el art. 18 de la ley 15/2001. En ambas se establecieron los procedimientos de reintegro de los importes de transferencias de financiación no aplicados a la cobertura de pérdidas de una entidad pública. Es decir, venían a afirmar que las transferencias de financiación no podían aplicarse a una finalidad distinta de la cobertura de pérdidas de una entidad pública.

Y como refuerzo de tal conocimiento, la Sala de instancia destacó el hecho de que poco después de cesar en su cargo (el 26 de abril de 2009) se dictó la instrucción 1/2009 de 15 de junio, de la Dirección General de Presupuestos en la que se recordaron las normas para la presupuestación de las transferencias corrientes y de capital.

La Audiencia Provincial adelanta que la circunstancia de que hubiese que recordar tales normas respondía al hecho de que no se habían observado durante el tiempo en que el recurrente estuvo al frente de la Dirección General de Presupuestos. En concreto, recalca que la Instrucción estableció, al respecto, la necesidad de identificar a los beneficiarios de las subvenciones; la obligación de acreditar su legitimidad para acceder a las ayudas; y la actividad que habrían de realizar los destinatarios últimos de las subvenciones y ayudas en virtud de la cual se fundamentaba el otorgamiento de las mismas. Asimismo, se concretaron los artículos vigentes para presupuestar las subvenciones y ayudas. Y todo ello, en atención 'a los problemas que se habían planteado en el ámbito del control de las actuaciones.

En esa Instrucción, por tanto, no se vinieron a recoger disposiciones novedosas, sino a afirmar que, hasta entonces, se habían dado problemas en el control de esas actuaciones, razón por la que se recogieron tales criterios de presupuestación, de conformidad con la normativa vigente.

Desde una superficial aproximación a los hechos, pudiera pensarse que el Sr. Evelio, al advertir que no existía informe desfavorable alguno por parte del Jefe de Servicio o del Interventor General de la Junta de Andalucía acerca del uso de las transferencias de financiación en las modificaciones presupuestarias, pudo no advertir tal ilicitud. Se invoca, al efecto, el principio de confianza. Pero ello solo sería posible para el caso de que no tuviese atribuida normativamente competencias específicas al respecto, ni tuviese conocimiento del uso de las transferencias de financiación, en los términos que hemos analizado en los párrafos precedentes.

Superada tal apariencia y ahondando en el caso concreto, se concluye que fue consciente de la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación, por razón del cargo que ostentaba y por la claridad y reiteración de la normativa reguladora de aquel uso.

Conviene recordar que el Interventor General fue absuelto, no porque cumpliera correctamente con sus funciones, sino porque, a juicio del tribunal de instancia, no dictó resoluciones administrativas, en los términos que exige el artículo 404 CP, dado que conforme a lo establecido en el Decreto 149/1988, de 5 de abril, del Reglamento de la Intervención de la Junta de Andalucía, no puede afirmarse que los informes del Interventor General sean vinculantes.

Pero en este caso, resulta irrelevante la posición que hayan podido exteriorizar en el juicio los funcionarios que intervinieron en la tramitación de los expedientes presupuestarios. Las normas vigentes no permitían el uso de

las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y el Sr. Evelio era concededor de ello, así como de las consecuencias que esa decisión tenía en la gestión y control de las ayudas sociolaborales.

(iii) Se argumenta también, en esta misma dirección, que la ilegalidad de las resoluciones es una cuestión "discutible" y la propia sentencia impugnada reconoce en alguno de sus pasajes que fue el tema más controvertido durante el juicio. La defensa pone de relieve que comparecieron numerosos peritos aportando una opinión fundada y distinta sobre el uso posible de las transferencias de financiación, lo que excluye la idea de que el uso indebido de las mismas constituya una ilegalidad palmaria, lo que excluiría el capital elemento de la arbitrariedad. También se sostiene que la sentencia ha ignorado complemente y sin fundamento veinte testimonios de descargo.

La interpretación de las normas que regulan las transferencias de financiación no es una cuestión probatoria sino jurídica, de ahí que las opiniones vertidas en el juicio por distintos expertos, incluidos los peritos de la IGAE, únicamente pueden servir de refuerzo para el tribunal a la hora de argumentar su posición. En este caso, la sentencia impugnada realizó una cuidada y extensa interpretación de las normas presupuestarias en sus fundamentos jurídicos 9º y 10º, haciendo referencia a distintos informes y testimonios, no sólo de los aportados por la acusación, sino también algunos de las defensas. Pero lo relevante es que el hecho de que existan opiniones jurídicas discrepantes no excluye la palmaria ilegalidad de las resoluciones dictadas porque esa calificación tiene como referencia fundamental la ley y no lo que unos u otros puedan argumentar en el juicio. Además, según hemos expuesto, una cuestión tan fundamental y básica no podía pasar desapercibida a quien tenía encomendada por ley la elaboración de los instrumentos presupuestarios, quien, a mayor abundamiento, reconoció la ilegalidad en una declaración ante el juez de Instrucción.

En nuestro sistema procesal no existe la prueba tasada. En el acto del plenario intervinieron los distintos peritos propuestos por las partes al efecto. Todos ellos prestaron declaración conjunta en relación con las múltiples cuestiones que se les sometió (de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 456 y ss. y 778 y ss. LECRIM) y tanto los informes periciales como las declaraciones de los distintos peritos quedaron sometidos a la libre valoración del Tribunal de acuerdo con el art. 741 LECRIM. La valoración de la prueba fue, según hemos expuesto, racional y conforme a la ley procesal.

En efecto, es cierto que el tribunal de instancia apoyó su análisis jurídico en la interpretación normativa realizada por los peritos de la IGAE. Como hemos dicho, no se trata de una pericial en sentido estricto sino de la opinión de técnicos que refuerzan el criterio del tribunal a quien corresponde en exclusiva la interpretación de la ley. Pero en todo caso, ahondando en el valor como elemento de apoyo del citado peritaje debemos recordar que el informe de la IGAE fue congruente y coincidente con múltiples informes y resoluciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, del Consejo Consultivo de Andalucía, del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Informes y resoluciones a los que se refiere la sentencia de instancia, entre otros, en los FJ. 5 (dedicado a la normativa aplicable), 6 (destinado al examen de los beneficiarios reales), 7 (relativo a la naturaleza jurídica de las ayudas), y 8 (que tiene por objeto el uso de las transferencias de financiación). Además, ese informe es coincidente con la propia opinión expresada por el recurrente en su declaración sumarial.

Por último, sin perjuicio de la notable cualificación de algunos testigos y peritos referidos por el recurrente y, no obstante, reconocer su erudición sobre las materias sobre las que informaron al Tribunal de instancia, lo cierto es que los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado también gozan de una alta cualificación y privilegiados conocimientos, técnicos y prácticos, en relación con las materias objeto de pericia, lo que se reflejó en su informe de 2013 y en sus múltiples intervenciones en el acto del plenario, pues, como destaca el Ministerio Fiscal, tales peritos son Interventores del Estado y desempeñan sus funciones al servicio de la "Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), que es el órgano de control interno del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Como órgano de control, la IGAE, entre otras funciones, es la encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad, el control financiero permanente, la auditoría pública, el control financiero de subvenciones y que la actividad económico-financiera del sector público estatal se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia (arts. 140 y ss de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; RD 2188/1995, de 28 de diciembre y RD 405/1996, de 1 de marzo)".

91.3 Consideraciones finales.

Una vez examinadas las pruebas de cargo y las alegaciones de descargo convenimos con el Tribunal a quo en que el Sr. Evelio era "plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados".

En resumen, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

(i) Estuvo al frente de la Dirección General de Presupuestos, desde el 21 de abril de 2002 hasta el 26 de abril de 2009, que estaba integrada en la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía.

Era el órgano encargado de la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos de conformidad con el artículo 32 de la Ley 5/1983, 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía y de las órdenes que, a tal efecto, se dictaban cada año por parte de la señalada Consejería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 la misma Ley 5/1983.

(ii) Tuvo conocimiento de que las transferencias de financiación tenían por objeto exclusivo la cobertura de la cuenta de explotación de una entidad pública y, por tanto, que no podían destinarse a la provisión de fondos de una partida destinada a fines concretos, al pago de subvenciones.

Ese conocimiento resulta indudable no sólo porque el propio Sr. Evelio así lo reconoció en su declaración sumarial, debidamente incorporada al plenario, sino porque durante su mandato se elaboraron distintas Instrucciones que establecían con meridiana claridad la finalidad a que debían destinarse las transferencias de financiación, su régimen contable, su publicidad y las situaciones en que procedía su reintegro, interpretando los que año a año se establecía en las leyes de acompañamiento a los anteproyectos de presupuestos. El régimen de las transferencias de financiación nunca cambió y siempre tuvieron por finalidad cubrir las pérdidas o las necesidades de capital de las empresas públicas.

(iii) Intervino de forma activa en la tramitación de las distintas modificaciones presupuestarias aprobadas durante el tiempo en que ejerció el cargo y en la tramitación de los distintos anteproyectos de ley de presupuestos elaborados en el mismo periodo.

La decisión de elevar las propuestas de modificaciones presupuestarias le correspondía de forma exclusiva, como Director General de Presupuestos, atendida la normativa reguladora de la tramitación de tales modificaciones. Y, pese a ser conocedor del indebido uso de las transferencias de financiación expuesto, decidió elevar las propuestas de modificaciones presupuestarias y, con ello, intervino de forma decisiva en el uso indebido de las transferencias de financiación que se autorizó a través de aquellas modificaciones.

Asimismo, pese a tener conocimiento del uso ilícito de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 31L, dada su intervención y participación en el grupo de trabajo constituido anualmente para la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos, decidió elevar tales Propuestas de Anteproyectos y, con ello, intervino de forma decisiva en la presupuestación de las transferencias de financiación al margen de su previsión legal.

(iv) Fue consciente de que las transferencias de financiación iban a ser utilizadas para transferir fondos a la partida 440 del programa 22E/31L, con el objeto de hacer frente al pago de ayudas y subvenciones excepcionales comprometidas por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo que, a tal efecto, utilizaba al IFA/IDEA como caja pagadora. Y también fue consciente de que en los presupuestos del IFA/IDEA se presupuestaron gastos ficticios (bajo el concepto "otros gastos de explotación"). De ese modo, se justificó la transferencia de fondos al IFA, pese a que, en realidad, los fondos transferidos no estaban destinados a cubrir ningún gasto, sino que iban a ser utilizados para el pago de las ayudas y subvenciones comprometidas por la Dirección General de Trabajo.

(v) Tenía un papel central en la elaboración de los instrumentos presupuestarios, dado que en su oficina o departamento se centralizaba toda la información procedente de las distintas Consejerías y demás centros directivos y se analizaba, se ordenaba y se determinaba la configuración de las distintas partidas, todo ello con la obligación de respetar la legalidad. No se hizo así. Se elaboraron las modificaciones presupuestarias y los anteproyectos de ley de presupuestos utilizando un criterio de clasificación presupuestaria indebido. Y esa actuación se completó con una indebida contabilización de los pagos en el IFA /IDEA (como gastos de explotación). Y se ejecutó con opacidad, en cuanto se omitió aprobar bases de convocatoria y publicitar la concesión de las subvenciones.

La finalidad de toda esta actuación era la elusión de la normativa de subvenciones y, dado el necesario conocimiento de esa normativa así como la finalidad real a la que se destinaron las transferencias, que también era conocida, es razonable inferir que no sólo conoció y participó activamente y de forma determinante en la ilegalidad del criterio de presupuestación sino también era conocedor de que esa ilegalidad tenían como fin evitar la aplicación del régimen jurídico propio de las subvenciones y conceder las ayudas al margen de forma discrecional.

En fin, la condena del Sr. Evelio como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa tiene como fundamento prueba de cargo suficiente, que ha sido valorada con arreglo a criterios de racionalidad que compartimos, por lo que no se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia denunciado.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

XVII RECURSO DE DON Demetrio

Seguiremos en la contestación a este recurso el mismo orden sistemático que en los demás. Primero daremos respuestas al motivo que ha sido objeto de análisis como cuestión previa, después a los motivos por infracción de ley y, por último, a los motivos relativos a la valoración de la prueba.

92. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En el primer motivo del recurso se cuestiona la intervención jurisdiccional del magistrado nombrado en comisión de servicios como refuerzo del Juzgado instructor de la presente causa, (Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla), al considerar ilegal la distribución de asuntos entre la magistrada titular y el magistrado comisionado, informada favorablemente por el Tribunal Superior de Justicia y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

Este motivo de censura ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, que reiteramos.

El motivo se desestima

93. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal .

En el cuarto y último apartado del recurso se insiste en argumentos impugnatorios comunes a otros recursos tales como que, tanto los proyectos de ley como las normas aprobatorias de las modificaciones presupuestarias, son normas con rango de ley, inmunes a todo control jurisdiccional; que la aprobación previa por parte del Gobierno es un acto político sin eficacia decisoria, también inmune, y que tiene lugar en el contexto de un proceso legislativo, por lo que no concurre el presupuesto típico de "resolución dictada en asuntos administrativo", lo que permite afirmar la falta de tipicidad de los hechos atribuidos al Sr. Demetrio.

Se añade la inexistencia de una resolución flagrante o clamorosamente ilegal dado que para afirmar la incorrecta presupuestación de las transferencias de financiación se ha tenido que acudir al informe de la Intervención General del Estado para establecer un criterio. Sobre este

particular se afirma que si tan patente era la irregularidad no habría sido necesario el informe de la Intervención y el tribunal, incumpliendo lo preceptuado en el artículo 726 de la LECrim, debería haber acudido al examen directo de los documentos obrantes en autos para determinar el régimen jurídico aplicable a las transferencias de financiación. Se sostiene que sin tan palmaria era la irregularidad no se explica que fuera aprobada por el Parlamento durante varios ejercicios y en esa misma dirección se alude a que si el propio tribunal ha declarado que cualquier tribunal del orden penal carece de conocimientos específicos para analizar esta cuestión compleja, difícilmente se puede afirmar que un consejero de presidencia tuviera conocimientos financieros para tener un criterio jurídico sobre estos temas, de ahí que todas sus decisiones contaron con el aval de la Intervención General y que no pueda afirmarse que en su conducta concurriera el elemento subjetivo del injusto del delito de prevaricación.

Este motivo ya ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico trigésimo que reiteramos.

El motivo se desestima.

94. Motivo por infracción de ley (artículo 849.2 LECrim): Error en la valoración de la prueba, basado en documentos obrantes en autos.

En el tercer motivo de este recurso se identifican dos errores fácticos que se consideran determinantes a la hora de deducir su participación en los hechos y, por ende, su culpabilidad.

En primer lugar la sentencia combatida afirma erróneamente que el intervino en la resolución de las crisis de empresa (folios 1525 y 1527 de la sentencia) y al folio 136 del Anexo 6 de la pieza separada Específica, se certifica que el Sr. Demetrio no dictó resolución alguna en relación con la concesión de ayudas sociolaborales durante el tiempo en que fue titular de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, por lo que su única intervención fue su participación en la aprobación de los proyectos de ley de presupuesto, intervención que no colma las exigencias típicas del artículo 404 CP.

La sentencia no dice nada distinto. En efecto, en el fundamento jurídico cuadragésimo de la resolución impugnada se establecen distintas conclusiones acerca de la participación del Sr. Demetrio en los hechos y se dice de él que intervino en " la resolución de las crisis de empresas". Tal afirmación, que no puede ser calificada de errónea, la deduce el tribunal de su condición de consejero y presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se aprobaron las modificaciones presupuestarias y por su participación también en el Consejo de Gobierno, en el que se aprobaron los proyectos de presupuestos de 2000 a 2008. Pero también toma en consideración para establecer esa inferencia su propia declaración, ratificada en el acto del juicio, en la que reconoció que conocía la problemática de la crisis empresarial de Jaén, por su condición de parlamentario electo por esa provincia, habiendo tenido algún tipo de relación o habiendo intervenido en la gestión de las crisis de las EMPRESAS HIJOS DE ANDRÉS MOLINA Y SANTANA, CAMPOFRÍO, PRIMAYOR, DHUL Y NUEVA RUMASA.

Lo que la sentencia afirma es que el Sr. Demetrio intervino en la resolución de las crisis de empresas y tal afirmación no es un error sino un hecho cierto, porque como Consejero intervino en la aprobación de los créditos presupuestarios habilitados para pago de esas ayudas y porque en su propia declaración admitió su intervención en algunas de las crisis empresariales y así lo recoge la sentencia.

Sin embargo, la defensa afirma como hecho lo que el tribunal no declara como tal. Afirma que el tribunal declara que dictó resoluciones sobre la concesión de ayudas, pero esa afirmación no se corresponde con la realidad. Por tanto, el motivo parte de una premisa errónea. No puede identificarse intervención en la resolución de las crisis empresariales con el dictado de resoluciones administrativas en la concesión de las ayudas.

De otro lado, se afirma que la sentencia declara que asistió a la reunión de 11/04/2000 a donde se habría elevado la primera modificación presupuestaria, aprobada el 28/07/2000 (folios 1535, 1536 y 1139 de la sentencia), pero lo cierto es que esa modificación pasó por la reunión de la Comisión General de Viceconsejeros de 26/07/2000 y el Sr. Demetrio no participó en esa reunión en ninguna de las dos fechas, según se deduce del acta obrante al folio 234 Tomo I del Anexo 2 del Procedimiento Específico.

Tampoco esta alegación puede tener favorable acogida.

Se afirma la declaración de un hecho que, sin embargo, ni figura en los hechos probados ni se afirma como tal en la fundamentación jurídica. En los hechos probados únicamente se declara que la modificación presupuestaria de 28/07/2000 fue aprobada por el Consejo de Gobierno, previo estudio y aprobación de la Comisión General de Viceconsejeros. Y en la fundamentación jurídica no se afirma que el Sr. Demetrio presidiera la reunión de la Comisión

del día 11/04/2000. Lo que la sentencia refiere, al objeto de valorar su conocimiento de los hechos, es que en el juicio se le preguntó por esa reunión, que es algo diferente. Lo que se analiza en ese apartado de la sentencia no es tanto si asistió o no a esa reunión sino el conocimiento que tenía sobre lo que era objeto de estudio, siendo irrelevante el que asistiera o no a la reunión mencionada, ya que su participación no se limitó a la aprobación de esa modificación presupuestaria sino a muchas otras modificaciones y proyectos de ley de presupuestos. Por tanto, no existe el error fáctico que se denuncia y, en todo caso, se trata de un dato fáctico irrelevante.

El motivo se desestima.

95. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el segundo motivo de este recurso, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se alega que la sentencia carece de fundamento fáctico y que su sustrato dogmático es artificioso e indefendible. Se afirma que la sentencia no describe hechos que puedan tener acomodo en el delito de prevaricación administrativa por el que exclusivamente ha sido condenado y que, al margen, de esta primera deficiencia, no existe prueba de cargo suficiente para afirmar, como la sentencia hace sin fundamento, que el Sr. Demetrio tuviera conciencia de ilegalidad alguna o tuviera conocimiento de que se estuviera cometiendo alguna irregularidad en la concesión de las ayudas.

Como en otros recursos y para dar respuesta a las objeciones que este recurso plantea, haremos una breve relación de la pruebas de cargo, contestaremos a los argumentos impugnativos y, finalmente, haremos una valoración final sobre la suficiencia de la prueba y la racionalidad del discurso valorativo de la sentencia, ya que sobre estas dos cuestiones versa nuestro ámbito de conocimiento en esta vía casacional.

95.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

Como hechos probado iniciales, que establecen el contexto en el que actuó el reclamante, la sentencia impugnada identifica el cargo desempeñado y las funciones inherentes al mismo, toda vez que las ilegalidades analizadas en la sentencia se sitúan en el núcleo de las competencias propias de ese cargo (Prueba de cargo 1).

La prueba documental acredita que fue Consejero de Presidencia desde abril de 1996 a abril de 2009.

La sentencia reseña la legislación aplicable a los cargos desempeñados y sus competencias. Como miembro del Consejo de Gobierno intervenía en la aprobación de los proyectos de ley y de los Decretos y era también Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros que tenía como función examinar los proyectos normativos que habían de ser discutidos y aprobados, en su caso, por el Consejo de Gobierno, incluyéndolos o no el orden del día de dicho Consejo.

Por tanto, en el ejercicio de estas altas funciones públicas intervino personalmente en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y en la aprobación de las modificaciones presupuestarias, que eran competencia de dicho Consejo. Además, ejercía su cargo cuando se cambió el sistema de presupuestación de las ayudas sociolaborales, utilizando, a tal fin, las transferencias de financiación, el Convenio Marzo de 2001 y los Convenios Particulares.

Las pruebas de las que se ha servido el tribunal de instancia para llegar a su pronunciamiento de culpabilidad han sido, resumidamente, las siguientes:

(i) Como Consejero de Presidencia, tenía adscrita la Asesoría Jurídica de la Junta de Andalucía y le correspondía la asistencia política, técnica y el asesoramiento general al presidente de la Junta de Andalucía, de conformidad con la normativa vigente. A la Consejería de Presidencia se encontraba adscrita a la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior (Pruebas de cargo 1 y 2)

Según hemos expuesto, durante la tramitación del expediente de HAMSA, el Interventor Delegado de la Consejería de Empleo formuló reparo, lo que provocó su suspensión. El Interventor General de la Junta de Andalucía, al resolver la discrepancia sobre el informe de fiscalización de disconformidad que fue planteado por la Intervención Delegada, mantuvo el reparo y recomendó que se solicitara un informe a la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior, el cual fue emitido e incorporado al expediente. Finalmente, el Interventor Delegado de la Consejería de Empleo mantuvo el reparo.

El tribunal de enjuiciamiento destaca que los problemas de compatibilidad de las ayudas que se concedieron a HAMSA con el régimen de ayudas a empresas de la Unión Europea tuvieron relevancia y notoriedad y, además, fueron objeto del informe de Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior, durante el tiempo en que fue Consejero de la Presidencia.

(ii) De conformidad con la legislación vigente, el Consejero de la Presidencia presidía la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se analizaban los expedientes de modificación presupuestaria, así como el Anteproyecto de Presupuestos de cada año, con la finalidad, en su caso, de elevarlos al Consejo de Gobierno para su aprobación.

En particular, y a título de ejemplo, la Audiencia Provincial destaca que presidió las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros de 12 de septiembre de 2001, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno una modificación presupuestaria, que fue aprobada por éste, el 18 de septiembre de 2001 y la sesión de 7 de noviembre de 2001, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno una modificación presupuestaria, que fue aprobada por éste, el 13 de noviembre de 2001.

Hemos dicho, a lo largo de esta resolución, que: "La Comisión General de Viceconsejeros es el órgano permanente de coordinación general, encargado de la preparación de los asuntos que hayan de ser sometidos a la consideración del Consejo de Gobierno" (artículo 1.1 Decreto 155/1988, de 19 de abril, por el que se establecen normas reguladoras de determinados órganos colegiados de la Junta de Andalucía).

(iii) Como miembro del Consejo de Gobierno, estuvo presente en la aprobación de la mayoría de las modificaciones presupuestarias que afectaron al programa 22 E y, posteriormente, 31L, lo que consta documentalmente acreditado. Y también participó en la aprobación de los Proyectos de Presupuestos correspondientes a los ejercicios económicos de 2000 a 2008, debiendo recordarse que a partir de los presupuestos del año 2002, las transferencias de financiación fueron utilizadas en los mismos presupuestos para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L (Pruebas de cargo 4 y 5).

(iv) La sentencia proclama que fueron tantos y tan evidentes los incumplimientos producidos en las citadas modificaciones presupuestarias que hacen impensable que ello pasara desapercibido a todos los que intervinieron en su tramitación y aprobación.

Esta afirmación, aunque se nomina como prueba de cargo 6, en realidad no es una prueba, sino una inferencia que se deduce de las ilegalidades habidas en las modificaciones presupuestarias, singularmente el uso indebido de las transferencias de financiación tantas veces aludido en esta sentencia. Al respecto, debemos insistir en que las modificaciones presupuestarias en las que se utilizaron las transferencias de financiación no pueden reducirse a las habidas en algunos meses del año 2000, sino que se extendieron a lo largo de todo el tiempo en que el Sr. Demetrio ostentó el cargo de Consejero de la Presidencia.

(v) La sentencia remarca que el problema de las ayudas sociolaborales se inició precisamente con empresas radicadas en Jaén (Santana Motor e Hijos de Andrés Molina) y el Sr. Demetrio manifestó en su declaración judicial tener conocimiento de los problemas de estas empresas, ya que su acción política se centraba en esta provincia (Prueba de cargo 7).

A partir de estos hechos el tribunal de instancia infiere que, de conformidad con las máximas de experiencia y las reglas de la lógica, en su condición de Consejero de la Consejería de Presidencia, debió conocer la existencia del reparo de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, tanto porque afirmó conocer la existencia de la crisis empresarial de HAMSA, como por el hecho de que el reparo fue mantenido por el Interventor General, quien afirmó la necesidad de que se emitiese un informe por la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior (integrada en el Consejería de la Presidencia); informe en el que se puso de manifiesto la existencia de la compatibilidad de las ayudas que se pretendían conceder, en atención al destinatario real de las mismas.

En este punto, debemos insistir en que, ante estas dificultades en la concesión de las ayudas, en la Consejería de Empleo se ideó un mecanismo de concesión de subvenciones ilegales, que se materializó principalmente a través de dos instrumentos: el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 y el uso de las transferencias de financiación. De todo ello tuvo conocimiento a través de la Comisión General de Viceconsejeros y una vez más debemos recordar que el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, aprobado por el Gobierno del que formaba parte, aprobó el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su régimen jurídico, en el que se excluía a las transferencias de financiación como mecanismo para la concesión de subvenciones y ayudas y, además, esa prohibición se replicó en la Orden de 25 de febrero de 2002, por la que se creó y reguló la base de datos de subvenciones y ayudas públicas, que no se tuvo en consideración en la concesión de las ayudas sociolaborales. La citada Orden, en relación con las subvenciones a empresas, señalaba como fines de la inclusión en esta base de datos de los beneficiarios y demás datos señalados en la norma los siguientes:

a) Garantizar un control específico de las denominadas «ayudas de Estado, al objeto de velar por el cumplimiento de las normas comunitarias europeas relativas a la competencia. b) Controlar que las ayudas individuales y los regímenes de ayudas notificados respeten las condiciones previstas en las decisiones de autorización de la Comisión Europea.

c) Controlar que las ayudas individuales y los regímenes de ayudas exentos de notificación respetan las condiciones previstas en el correspondiente Reglamento de exención por categorías. d) Registrar y compilar, durante un período de diez años, toda la información relativa a los regímenes de ayudas y ayudas individuales dispensados de notificación en virtud de lo previsto en los Reglamentos de exención por categorías.

(vi) La sentencia infiere que es impensable que del cambio del sistema de presupuestación no se informara a los Consejeros, ya que la decisión de dicho cambio no partió de la Consejería de Empleo sino del programa político con el que el Presidente de la Junta se había presentado a las elecciones autonómicas (Prueba de cargo 8). En realidad, no es una prueba sino una inferencia.

(vii) No sólo intervino en la gestión de las crisis de SANTANA MOTOR Y HAMSA. Se tuvo en cuenta la declaración judicial que prestó y en la que reconoció su directa intervención en la crisis de la empresa PRY MAYOR, perteneciente al grupo NUEVA RUMASA, tanto reuniéndose con el Comité de Empresa como con los directivos al objeto de encontrar algún tipo de solución. Reconoció que informó sobre la existencia de las ayudas sugiriendo que

la empresa presentara una propuesta que sería estudiada por los servicios técnicos, de lo que deduce el tribunal que no es verosímil que acudiera a las reuniones sin un mínimo conocimiento de cómo se estaban dando las ayudas por la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 9).

El contenido incriminatorio de esta prueba no puede valorarse de forma aislada. Constituye un elemento más que, unido a las pruebas expuestas en los párrafos precedentes, reforzó el convencimiento del tribunal a quo de que era conocedor de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en el que intervino, al participar en la tramitación y final aprobación de las modificaciones presupuestarias y Proyectos de Presupuestos, en los que se previó la utilización de las transferencias de financiación en la partida 440 del programa 31L.

(viii) Como prueba de cargo número 10 se señalan en realidad dos pruebas. De un lado, como Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, presidió las tres sesiones (13/12/2000, 17/01/2001 y 24/01/2001) en las que se debatió el Proyecto de Decreto que pretendía la regulación de las ayudas sociolaborales y que no prosperó.

De otro lado, en su declaración ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, afirmó que conocía la regulación normativa para la concesión de ayudas prevista por la ley, pues afirmó que:

"(...) había una regulación establecida en la Ley General de Hacienda Pública, en la cual se recogían con claridad los diferentes aspectos que debían de regir para la concesión de estas. Ya fueran de régimen ordinario o de régimen extraordinario en lo que se refiere a su transparencia, su publicidad, su concurrencia... por lo tanto, esas ayudas, esas subvenciones tenían un marco legal claro, en lo que se refiere a la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, si no me equivoco, en los artículos 107 y 108 de (...)".

Estas dos pruebas sirven también al tribunal de instancia para afirmar el conocimiento por parte del Sr. Demetrio del modo en que la Consejería de Empleo pretendía conceder y tramitar las ayudas.

En relación con el proyecto de Decreto, en su Preámbulo se disponía lo siguiente:

"Con esta disposición se pretende articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas ayudas a favor de ciudadanos que pierdan su puesto de trabajo por cualquier proceso de los previstos en la legislación vigente, excepción hecha de la extinción voluntaria, y que imputándose a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, se cuente con fondos en cada ejercicio presupuestario".

Como se recoge en los hechos probados de la sentencia, en el cuerpo de este Decreto se disponía, entre otras cosas, los supuestos en que procedía otorgar las ayudas y los términos de la solicitud, debiéndose adjuntar la documentación justificativa pertinente, y se atribuía la competencia para la concesión de la ayuda al Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, recogiendo expresamente la posibilidad de impugnar la resolución dictada.

Y el apartado 7 del artículo tercero preveía: "Las ayudas contempladas en este Decreto podrán ser concedidas a través del Instituto de Fomento de Andalucía y podrán ser abonadas de forma directa a entidades de seguros por delegación de los beneficiarios de los mismos".

El Proyecto tenía como objeto de regulación las ayudas sobre las que nos venimos pronunciando y fue objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía, quien, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones, que pusieron de manifiesto la inadecuación del mismo para el fin al que se había ideado. En concreto, recomendó que se acompañase la memoria económica y funcional, para así determinar cuál era la aplicación presupuestaria afectada; recomendó que la norma reguladora de la concesión fuese una orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas; y, en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento de Andalucía, como entidad colaboradora, recomendó que se estableciese así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública.

Estos hechos, es decir, el contenido del proyecto, su inclusión en el orden del día de tres sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros y su conocimiento de la regulación de las subvenciones el tribunal de instancia, refuerzan la idea de que el Sr. Demetrio conocía la forma en que se concedían las ayudas, máxime si se tiene en cuenta que el sistema instaurado a partir de la modificación presupuestaria de 18/04/2000 era contrario al marco regulatorio de las subvenciones.

Recordemos en este punto que a la fecha en que fue llevada a la Comisión General de Viceconsejeros el primero de los Proyectos de Decreto, ya habían sido examinadas, en sesiones de la Comisión presididas por él, modificaciones presupuestarias con objeto de transferir fondos a la partida 440, del programa 22 E, "Transferencias de financiación al IFA".

(ix) En el apartado 10 la sentencia deduce de su intervención en las crisis de empresa y del ejercicio de su cargo el conocimiento de que se optó por una solución contraria a derecho para la financiación de las transferencias de financiación. Un vez más se presenta como prueba lo que es una inferencia.

(x) Se reseña que participó en las sesiones del Consejo de Gobierno en las que se aprobaron los Planes de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta de Andalucía para los años 2005, 2006 y 2007.

Entre la documentación que integraba el expediente que se elevaba al Consejo de Gobierno, se incluía una Memoria de control financiero permanente, relativa a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía. Pues bien, en la citada memoria de los trabajos realizados en el año 2006 se afirmó, en el apartado relativo a las conclusiones, que:

'(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa.

Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas sino a las consejerías'.

Asimismo, el informe afirmaba, en síntesis, que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las Transferencias de financiación, que afectan a Resultados o en la clasificación de su Activo y Pasivo, y deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas, que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros, al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001 .

De acuerdo con la prueba expuesta, se concluye que el Sr. Demetrio tuvo conocimiento de las señaladas Memorias y, en particular, de la correspondiente al ejercicio del año 2006, que fue una de las razones en virtud de la cual se adoptó el acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de mayo de 2007, para la adopción del plan de control financiero permanente adquiriese el carácter de definitivo. Finalmente, y como refuerzo de tal aseveración, la Audiencia Provincial destaca que acudió a ese Consejo de Gobierno (así consta en el acta correspondiente) y presentó la propuesta por ausencia del Consejero de Economía y Hacienda. Consta, además, que el plan de control financiero permanente se debatió, pues se incluyó en el orden del día en el Índice Rojo (es decir, en el índice donde se incorporan las cuestiones que necesariamente debían ser debatidas por el Consejo de Gobierno - PSEP\ANEXO 3\ANEXO 3-TOMO 3(páginas 183 a 184)).

La sentencia de instancia refuerza el valor informativo de todo lo anterior con su declaración prestada ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de esta Sala en la que declaró que si bien no se estudiaban las Memorias, por ser documentos técnicos, el Viceconsejero relacionado con la cuestión debatida y, luego, el Consejero informaban del plan del año siguiente en el que había de recoger todas las cuestiones destacadas en la Memoria de carácter contable o presupuestario. Por tanto, era razonable suponer que se informara de las deficiencias advertidas en la Memoria.

(xi) La última prueba que resta por examinar, versa sobre el Acuerdo Marco de 17 de julio de 2001 que, como hemos dicho, junto con las transferencias de financiación, constituyeron los dos instrumentos a través de los cuales se instauró, desarrolló y ejecutó el sistema ilegal de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento.

Hasta este momento hemos expuesto que el Sr. Demetrio fue conocedor del indebido uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, "Transferencias de financiación al IFA", del programa 22E/31L. Es decir, fue consciente de la utilización del primero de los instrumentos a través de los cuales se vehiculizó el sistema ilegal de concesión de ayudas.

En relación con el segundo de tales instrumentos, el Convenio Marco de 17 de julio de 2001, el órgano de enjuiciamiento afirma que tuvo conocimiento de su existencia, tanto como miembro del Consejo de Gobierno, como en su calidad de Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, pues en esta se aprobó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000, en cuyo extracto se afirma que:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 298 de 11 de julio, transferencia de créditos entre capítulos II y IV por importe de 965.000.000 ptas. La modificación propuesta tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01 con el crédito suficiente para desarrollar el Convenio Marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas".

De acuerdo con esta prueba, la Sala de instancia negó valor probatorio de descargo a la declaración prestada ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, ante quien afirmó que "yo nunca tuve conocimiento de que se había firmado ese convenio ni de que ese convenio conllevaba otra serie de actuaciones posteriores. Tenía la conciencia de que, al igual que el resto de Las consejerías de la Junta de Andalucía.... se había dictado lo Orden correspondiente por parte de la Consejería para regular de forma ordinaria o de forma extraordinaria de acuerdo con el desarrollo general de la Ley de Hacienda Pública" y por lo tanto no tenía el más mínimo conocimiento de que existía ese convenio".

95.2 Argumentos impugnativos

(i) En descargo de la tesis acusatoria se argumenta que el hecho de presidir la Comisión General de Viceconsejeros no permite suponer que tuviera conocimiento de las ilegalidades que afectaban a las modificaciones presupuestarias examinadas en las reuniones de dicha Comisión. A este respecto se argumenta que no todas las modificaciones presupuestarias pasaban el filtro de la Comisión General, como así lo reconoce la propia sentencia; Que las modificaciones se aprobaban previa calificación de "índice verde", como asuntos de mero trámite; Que las modificaciones pasaron todos los trámites preceptivos por lo que no es cierto, como señala la sentencia

erróneamente, que las modificaciones adolecieran de graves irregularidades en su tramitación y aprobación; Que frente a los argumentos de la sentencia, las modificaciones presupuestarias no son asuntos de gran calado dentro de las funciones de un Gobierno y que su legalidad se deja en manos de la Intervención, que es el órgano de control, por lo que la intervención en esas modificaciones no constituye un elemento que acredite el conocimiento de las irregularidades que se produjeron en la presupuestación de las ayudas.

Es cierto que en su declaración sumarial, ratificada en el plenario, manifestó desconocer todos los pormenores de las modificaciones presupuestarias. Citaremos sus palabras:

"(...) no recuerdo exactamente esas modificaciones presupuestarias desde el momento en que, repito, siempre que se va a la Comisión, iban con la documentación pertinente. Es decir, este tema era un tema, si me permite la expresión, puramente de trámite administrativo, porque si no tuvieran los documentos, no se podría elevar (...).

(...) le reitero el procedimiento que estaba establecido y que se mantuvo durante todo el tiempo en que yo fui presidente de la Comisión de Viceconsejeros, era que las modificaciones de crédito, si tenían todos los documentos, esos documentos, Señoría, no se ponían sobre la mesa, se llevaban en índice verde para su aprobación por parte del Consejo de gobierno, si es que el Consejo de gobierno tenía que hacerlo en función de la cuantía. Le puedo asegurar que, en ningún momento, en ninguna modificación de crédito que tuviera todos los documentos era objeto de debate, objeto de propuestas, simple y llanamente, si el secretariado del Consejo de gobierno tenía la documentación, por lo tanto, estaba ajustado a derecho, no se discutía, era un tema de mero trámite que pasaba a índice verde y en índice verde lo elevaba a Consejo de gobierno para su aprobación".

Sin embargo, su declaración no mereció crédito alguno al tribunal de instancia a la vista del contenido la Instrucción, en la que se expresa la necesidad de debatir los asuntos incluidos en el Índice Verde, pues, de otro modo, las decisiones afectantes a las modificaciones presupuestarias más relevantes por razón de la cuantía (es decir, aquellas que debían aprobarse en Consejo de Gobierno), que afectaban a la Ley de los Presupuestos de la Junta de Andalucía, quedarían al albur de funcionarios de rango inferior. La conclusión es lógica. No solo por las competencias atribuidas a la Comisión General del Viceconsejeros y las directrices contenidas en la Instrucción a que se refiere el párrafo precedente (elaborada en la misma Consejería de la que era titular), sino porque, de otro modo, la decisión de modificar los presupuestos sería adoptada por quienes no tienen legalmente atribuida tal competencia. Dicho de otro modo, serían los funcionarios de rango inferior quienes impondrían a los de rango superior la modificación presupuestaria, quienes la asumirían de forma acrítica, pese a que ello conllevaría la modificación de los presupuestos de la Junta de Andalucía del ejercicio correspondiente.

(ii) En un segundo apartado de argumentos de censura se arguye que no es cierto que cuando en abril de 2000 se cambia el sistema de presupuestación la mercantil HAMSA estuviera en crisis dado que es empresa había sido liquidada el año anterior y se afirma en la sentencia de instancia que el cambio se produjo por los reparos puestos a la subvención concedida a HAMSA, cuando lo cierto es que ocurrió en sentido inverso: primero se produjo el cambio de presupuestación y luego los reparos de la Intervención al expediente de la empresa citada. En todo caso nada tuvo que ver con ese cambio y en el expediente de las ayudas concedidas a la aludida empresa no se cita una sola vez al Sr. Demetrio.

La alegación no puede ser estimada. Lo que el relato fáctico de la sentencia precisa es que en el año 2000 el 19 de junio de 2000 el Interventor Delegado de la Consejería de Empleo emitió informe de disconformidad en el expediente 09/2000 correspondientes a las ayudas concedidas a la empresa HAMSA y ese dato se valora como un indicio de que el cambio de presupuestación. A este respecto debe recordarse que este informe vino precedido de otro anterior de fecha 09/02/2000, del Letrado de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería de Empleo donde se dejaba constancia de las irregularidades advertidas en el expediente y que fue el antecedente que dio lugar al posterior informe de disconformidad, declarando no convalidable el gasto. Por lo tanto, los problemas habidos con los anticipos realizados por el IFA para el pago de esta subvención, y también de la correspondiente a la empresa IAMASA fueron anteriores a la primera modificación presupuestaria aprobada en abril de 2000.

(iii) Se atribuye valor probatorio al intento de aprobación de un proyecto de Decreto, regulador de las ayudas, pero lo único cierto es que como ese proyecto no contaba con los informes jurídicos favorables que eran necesarios el proyecto no se elevó al Consejo de Gobierno.

El alegato es improsperable en la medida en que la discusión hasta en tres ocasiones de un proyecto de Decreto que tenía como objeto la regulación de las ayudas sociolaborales es un elemento que refuerza la idea de que era un asunto de interés sobre el que se estaba discutiendo y planteando alternativas. Lógicamente esa discusión presupone que los que debían efectuar el filtro para que el asunto se discutiera o no en el Consejo de Gobierno conocía la situación que era objeto de regulación.

(iv) También se censura que se deduzca el conocimiento de los hechos de la ilegalidad del proceso seguido por una referencia muy singular al Convenio Marco en un expediente de modificación presupuestaria o porque en las Memorias que se acompañaban en el expediente para la aprobación del Plan Anual de Control Financiero Permanente de las entidades públicas hubiera referencias a los incumplimientos detectados en el ejercicio anterior,

destacando en este particular que en tales Memorias no se hablaba en ningún momento de las ayudas sociolaborales. Se abunda en la idea de que el Sr. Demetrio no fue destinatario de esos informes.

Este argumento defensivo parte de un planteamiento incorrecto. Se cuestiona la relevancia de cada indicio mediante su aislamiento, mediante su consideración individual, desconociendo que la fuerza probatoria de los distintos indicios debe ser valorada desde una perspectiva de conjunto. Cada indicio, individualmente considerado, carece de valor convictivo suficiente para afirmar el conocimiento de la ilicitud del cambio de presupuestación y de la finalidad también ilícita que se perseguía. Pero su análisis conjunto conduce a una valoración diferente, a la afirmación de ese conocimiento.

95.3 Consideraciones finales.

Según hemos dicho al inicio de este fundamento jurídico esta defensa considera que no hay prueba de cargo para un pronunciamiento de culpabilidad, limitado en el caso del Sr. Demetrio a la condena por delito de prevaricación, y que el discurso valorativo de la prueba es arbitrario o irrazonable.

No compartimos ese análisis. De un lado, el tribunal de instancia contó con prueba de cargo como la abundante prueba documental, la declaración del propio Sr. Demetrio y la existencia de un conjunto de indicios que, valorados conjuntamente, permiten sostener desde criterios de racionalidad que conocía la ilegalidad en el cambio de presupuestación para el pago de las ayudas sociolaborales, utilizando un instrumento financiero manifiestamente ilegal, las transferencias de financiación, y conocía también que la finalidad de ese cambio era evitar la aplicación de la normativa de las subvenciones, que estaban sujetas al control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y a otros requisitos que se pretendían incumplir para la consecución de los objetivos políticos marcados en este ámbito por el Gobierno de la Junta de Andalucía.

En primer lugar, al igual que con el resto de condenados, resulta de especial relevancia el puesto desempeñado y las funciones inherentes al mismo, dado que no puede partirse de la suposición de que las distintas autoridades nada conocían, nada leían y todas las decisiones las adoptaban en la confianza de la labor previa realizada por los distintos departamentos administrativos.

Ciertamente una administración pública como la Junta de Andalucía, es una estructura compleja, donde para conseguir la necesaria eficiencia se precisa de una división de funciones, a través de la asignación de distintas competencias, lo que no excluye que cada autoridad en el ejercicio de sus funciones no pueda delegar su decisión en lo realizado por los servicios administrativos que le sirven de apoyo. Cada autoridad es responsable de sus decisiones y debe ejercer el cargo con diligencia, dedicando a cada asunto el tiempo y la atención que precisa. Ese es el punto de partida.

Dicho esto, la sentencia de instancia no afirma el conocimiento de las ilegalidades simplemente porque estas se produjeran y tampoco establece la responsabilidad penal exclusivamente por el ejercicio del cargo desempeñado, sino que deduce la actuación arbitraria y "a sabiendas", según exige el tipo penal del artículo 404 del Código Penal, a partir de un conjunto de indicios que convergen todos en una misma conclusión y que se establecen a partir de hechos objetivos y probados.

Fue Consejero de Presidencia durante todo el tiempo en que se desarrolló la acción enjuiciada y tenía como función el asesoramiento general del Presidente de la Junta, razón por la que cabe presumir que estaba al tanto de todos los problemas conflictivos.

Era el Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, que era el órgano encargado de filtrar los asuntos que podían llegar al Consejo de Gobierno, lo que también permite inferir un grado singular de conocimiento, no ya general, sino de detalle de los proyectos normativos.

Ha reconocido en su declaración que conocía el contenido de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía y que sabía que las subvenciones tenían un marco legal claro, citando incluso los preceptos de la citada ley.

Por otra parte, mandato y al inicio de todos estos hechos, se elevó hasta en tres ocasiones a la Comisión General de Consejeros un proyecto de Decreto para regular las ayudas sociolaborales, que finalmente no fue aprobado, y se elevó un Decreto que pasó el filtro de la Comisión General y que fue aprobado por el Consejo de Gobierno donde se regulaba el procedimiento de concesión de subvenciones y donde se prohibía el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones. Nos referimos al Decreto 254/2001, de 20 de noviembre.

A partir de todos estos datos es razonable inferir que cuando se produjo el cambio de presupuestación sabía que se iban a pagar las ayudas sociolaborales con un instrumento financiero inadecuado, porque sabía que las ayudas sociolaborales eran subvenciones y que debían articularse a través de la normativa de subvenciones, tal y como se venía haciendo hasta el año 2000.

Pero su conocimiento no se limitaba a lo dicho. Intervino activamente en la negociación o gestiones previas para la concesión de determinadas ayudas y conocía la situación de las empresas de Jaén, provincia donde de forma especial desarrollaba su acción política. Tenía un papel central en la acción política del Gobierno, como consejero de Presidencia, y no es irracional ni contrario a las máximas de experiencia inferir que conociera las razones por las que se produjo el cambio de presupuestación, esto es, los problemas habidos en la concesión de ayudas, que obligaron a realizar anticipos por parte del IFA y que dieron lugar a reparos de la Intervención. Y se da

la circunstancia que esos problemas se habían producido precisamente con la subvención concedida a la empresa HAMSA, en cuya gestión había intervenido personalmente.

La sentencia señala otros indicios como la participación en la gestión de las ayudas a otras empresas como SANTANA MOTOR o PRIMAYOR, que permite suponer que conocía todo lo concerniente a la forma en que se estaban gestionando las ayudas. También se destaca el conocimiento que tenía del pago de subvenciones a través de transferencias de financiación derivado de la documentación y Memorias que se acompañaban a las distintas modificaciones presupuestarias, a los anteproyectos de ley de presupuestos de cada año y a los expedientes del Plan de Control Financiero Permanente de las empresa públicas, que aprobó durante varios ejercicios del Consejo de Gobierno.

En conclusión, la condena del Sr. Demetrio por el delito de prevaricación administrativa tiene como soporte una valoración razonable de pruebas de cargo suficientes, por lo que no ha existido la lesión del derecho a la presunción de inocencia a la que alude el recurso.

El motivo se desestima.

XVIII RECURSO DE DON Severiano

El orden de respuesta a este recurso será el mismo que el utilizado en los demás recursos. Primero contestaremos los motivos por infracción de ley y después los motivos por infracción de derecho constitucional

96. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal .

En el tercer motivo de este recurso y en un extenso alegato se sostiene que los hechos probados no pueden subsumirse en el delito de prevaricación administrativa. Daremos respuesta, a continuación, a los distintos argumentos impugnativos.

96.1 La defensa considera que la sentencia de instancia justifica la condena por prevaricación porque las distintas autoridades que intervinieron en toda la operativa tuvieron conocimiento de las irregularidades que se estaban produciendo cuando conocieron el informe adicional de cumplimiento del ejercicio de 2003 elaborado por la Intervención General de la Junta de Andalucía.

Ese informe se confeccionó y dio a conocer en 2005, momento en el que el Sr. Severiano ya no ostentaba cargo alguno en la Junta de Andalucía, por lo que, se dice, difícilmente puede imputársele el delito mencionado al haber tenido conocimiento del informe una vez que tuvo acceso a las presentes actuaciones.

No podemos compartir el argumento sobre el que se construye este alegato.

El delito de prevaricación por el que ha sido condenado no se deriva del conocimiento que pudiera tener del Informe Adicional de cumplimiento del ejercicio 2003 y a tal fin conviene recordar someramente el juicio histórico de la sentencia impugnada.

En el hecho probado 4º se declara que intervino en la aprobación de las modificaciones presupuestarias aprobadas en 2000 y 2001 " para eludir la fiscalización previa" y en el hecho probado 7º se declara que intervino en la elaboración y aprobación de los proyectos de presupuestos de 2002 a 2004 " con conocimiento de los incumplimientos de su utilización (se refiere a la aplicación presupuestaria) y con la finalidad que ya ha sido descrita para la modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 y 2001" por lo que del propio relato fáctico se infiere que la conducta prevaricadora fue anterior al conocimiento que el Sr. Severiano pudiera tener del aludido informe.

Lo que, en realidad, se cuestiona en esta queja es la valoración probatoria y se viene a reproducir el mismo argumento que se formula en el primer motivo del recurso, a través de la invocación del derecho a la presunción de inocencia. El discurso impugnativo de este motivo, por tanto, plantea una discrepancia con la valoración de la prueba y hay tres razones que conducen a su rechazo.

La primera, que la causa de la impugnación no respeta la declaración de hechos probados, sino que parte la afirmación de unos datos que no constan en el juicio. La segunda que, frente a lo que se dice en el motivo, el conocimiento de las ilegalidades no se ha deducido del conocimiento del Informe Adicional de Cumplimiento de 2003 sino de los indicios y pruebas a los que luego nos referiremos y, la tercera y última, que lo que se plantea como infracción de ley no es sino la discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, lo que aleja el argumento impugnativo del ámbito del motivo casacional elegido, debiéndose añadir que esta queja va a recibir respuesta al dar respuesta al motivo en el que, utilizando el cauce casacional procedente, se ha cuestionado el criterio de valoración probatoria de la sentencia impugnada.

96.2 Se argumenta que el Convenio Marco de 17/07/2001 no es una resolución administrativa sino un acto de trámite y, frente a lo que se señala en la sentencia, no fue un instrumento ideado para la comisión de un delito sino para hacer posible la materialización de las ayudas, sino que el trasunto prácticamente literal de otro documento anterior (Borrador Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA para la materialización de las ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social) que se venía utilizando al menos desde 1999, como así se deduce del propio contenido de la sentencia y de la declaración del Viceconsejero Sr. Mariano. No fue tampoco un instrumento opaco o clandestino, sino que se tuvo constancia de él en la documentación anexa a los proyectos de ley de Presupuestos y se conoció por el Consejo Rector del IFA en la reunión de 23/07/2001 y, por tanto, fue conocido por el Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Lo mismo cabe decir de los Convenios Particulares, que en ningún caso pueden ser considerados resoluciones administrativas.

Este argumento ya ha sido analizado y desestimado en el fundamento jurídico vigésimo noveno, que reiteramos para no redundar en argumentos ya expuestos.

96.3 En relación con las modificaciones presupuestarias y con los proyectos de ley de presupuestos se insiste en que tampoco tienen la consideración de resoluciones administrativas, en cuanto son decisiones políticas, adoptadas como ejercicio de la iniciativa legislativa y en el marco de un proceso legislativo, citando en apoyo de su tesis la STS de 20/04/1993 y el ATS de 28/02/2011 (Recurso 20799/2010).

Este argumento ya ha sido analizado y desestimado en los fundamentos jurídicos vigésimo y siguientes, que reiteramos para no redundar en argumentos ya expuestos.

La queja se rechaza.

96.4 Otro de los argumentos de censura gira en torno a la idea de que el Sr. Severiano no adoptó ninguna resolución administrativa como Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía durante el periodo comprendido entre mayo de 2000 a abril de 2004, ya que tanto el Convenio Marco como los Convenios Particulares en que intervino son meros actos de trámite sin relevancia decisoria. Su intervención en la aprobación de los proyectos de ley y en la aprobación de las modificaciones presupuestarias tampoco constituye resolución a efectos penales. Se pone de relieve la indulgencia con la que se ha tratado al Interventor General y al Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, frente a la contundencia con que se ha tratado al recurrente, pero esa diferencia de trato permite calificar como sumamente llamativo que se absuelva a quienes tienen la función específica de controlar la legalidad de la actuación de los distintos órganos de la administración y que, sin embargo, se condene a los máximos dirigentes políticos por no advertir las "notorias ilegalidades" que supuestamente se cometieron.

Esta queja ya ha sido analizada y desestimada en el fundamento jurídico trigésimo que reiteramos para no redundar en argumentos ya expuestos.

96.5 Se añade que no hubo resultado materialmente injusto porque con independencia de que hayan podido cometerse puntuales abusos o la indebida concesión de algunas subvenciones lo cierto es que la concesión de las ayudas ha contribuido a que no se incrementaran los niveles de desigualdad y pobreza en Andalucía.

Entiende esta defensa que el análisis de si el tratamiento de este problema social debiera haberse resuelto de otro modo es una cuestión que debiera solventarse en el marco del debate político. La mayoría de los trabajadores que han recibido las ayudas no se han visto obligados a devolverlas y ni siquiera han sido investigados. La actuación de los responsables políticos condenados estaba orientada a defender el empleo y el tejido productivo y era público y notorio que la Junta de Andalucía estaba ayudando a las empresas en crisis y a los trabajadores afectados.

Este argumento ya ha recibido respuesta en el fundamento jurídico trigésimo noveno que damos por reproducido.

El motivo se desestima.

97. Motivo por infracción de ley: Aplicación indebida del tipo penal de malversación del artículo 432 CP y prescripción.

En el cuarto apartado de este recurso se alude a que el Sr. Severiano ha sido condenado por permitir que el Director General de Trabajo dispusiera ilegalmente de los fondos públicos, pero hay concretas circunstancias que avalan la atipicidad de su conducta.

Así, en la resolución combatida no se ha determinado la cuantía de las malversaciones y ni siquiera se ha precisado los fondos que efectivamente fueron objeto de malversación, lo que hubiera sido imprescindible en aras a la exigible seguridad jurídica. Y, partiendo de esa deficiencia, no se han concretado tampoco otros elementos configuradores del delito de malversación como el ánimo apropiatorio y el enriquecimiento de terceros, dado que las ayudas se utilizaron para la protección de los trabajadores tras la extinción de su relación laboral o para ayudar a las empresas en crisis.

Sobre estas cuestiones ya nos hemos pronunciado extensamente en los fundamentos jurídicos 39º a 41º al abordar las cuestiones jurídicas generales.

En los párrafos finales del motivo cuarto de este recurso se alega que cesó en su cargo el 25/04/2004 y fue imputado el 13/11/2014, habiendo transcurrido más de 10 años entre ambas fechas y para no prescribir el delito de prevaricación se le ha acusado artificialmente del delito de malversación que tiene un plazo de prescripción de 15 años.

Esta Sala tiene un sólido criterio respecto a la prescripción en los delitos continuados. En cuanto al cómputo del plazo la prescripción comienza cuando el delito termina, o sea cuando se produce el resultado típico. En supuestos de infracciones con habitualidad, dentro de las que cabe incluir los delitos permanentes y los delitos continuados, es criterio constante de esta Sala que el plazo de prescripción empieza a computarse desde el día en que se realizó la última infracción o desde el día en que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. (STS 1125/2009, de 12 de noviembre y 137/2016, de 24 de febrero).

También venimos declarando que en esta clase de supuestos la prescripción no puede apreciarse de forma aislada para cada delito sino que debe apreciarse considerando los delitos como una unidad, por lo que el plazo será el correspondiente a la pena, en abstracto, más grave asignada a cualquiera de los delitos que integren la

continuidad delictiva (SSTS 28/2007, de 23 de enero, 1242/2005, de 3 de octubre, 1798/2002, de 31 de octubre y 18/2018, de 17 de enero, entre otras muchas).

En este caso el Sr. Severiano ha sido acusado y condenado por delitos continuados de prevaricación y malversación agravada y, conforme al artículo 432.2 CP, este último delito tiene asignada una pena de 10 a 20 años de inhabilitación absoluta con un plazo de prescripción de 15 años (artículo 131 CP).

Según se reconoce en el propio alegato el procedimiento se dirigió contra él antes de que transcurriera ese periodo de tiempo por lo que no se dan las condiciones para apreciar la prescripción.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

98. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En este recurso los dos primeros motivos, a través del cauce casacional del artículo 852 de LECrim, censuran la sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Dada la estrecha relación y complementariedad de ambos motivos, les daremos una respuesta conjunta.

98.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

Siguiendo el esquema de anteriores fundamentos de similar contenido y al igual que se hace en la sentencia impugnada, referiremos los cargos desempeñados y sus principales competencias.

Fue Consejero de Empleo entre el 29 de abril de 2000 y el 25 de abril de 2004 y Presidente de IFA-IDEA desde enero de 2003, hasta el 25 de abril de 2004.

Como Consejero y conforme al artículo 39 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad autónoma andaluza, tenía, entre otras, las siguientes competencias:

- Ejercer la representación, dirección, gestión e inspección de la Consejería de la que son titulares y la alta inspección y demás funciones que le correspondan respecto de la Administración Institucional adscrita a la misma.
- Proponer al Consejo de Gobierno los Proyectos de Ley o de Decreto relativos a las cuestiones atribuidas a su Consejería.
- Formular el anteproyecto de presupuesto de su Consejería.

Como Presidente del IFA y a tenor de lo previsto en el artículo 9 del Decreto 122/87, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley del Instituto de Fomento de Andalucía, tenía, entre otras, las siguientes competencias:

- Disponer las actuaciones e inversiones cuyo compromiso de pago, gasto y riesgo no exceda de 50.000.000 de pesetas, dando cuenta al Consejo Rector en sus reuniones periódicas, a excepción de los gastos de personal y mantenimiento en que podrá disponer el gasto que suponga la nómina y facturación mensual.
- Proponer al Consejo Rector para su aprobación las actuaciones e inversiones cuyo compromiso de pago, gasto o riesgo exceda de 50.000.000 de pesetas y no supere la cifra de 100.000.000 de pesetas.
- Proponer al Consejo Rector para su aprobación provisional las actuaciones e inversiones cuyo compromiso de pago, gasto o riesgo exceda de 100.000.000 de pesetas, que deberán ser ratificadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.
- Presentar al Consejo Rector, para su elaboración definitiva, las propuestas del Programa de Inversiones Plurianuales, Programa de Actuación, Inversiones y Financiación y Anteproyecto de Presupuestos, de cara a su posterior aprobación por Consejo de Gobierno, así como los datos y documentación necesaria para la formulación por el Consejo de Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria explicativa de la gestión del Instituto. (...)"

Las pruebas tomadas en consideración por el tribunal de instancia para llegar a un pronunciamiento de culpabilidad han sido las siguientes:

(i) Ostentaba el cargo de Consejero de Empleo, cuando tuvo conocimiento de las dificultades en la tramitación que presentaron las subvenciones concedidas a la mercantil HAMSA, como ayudas excepcionales (Prueba de cargo 1).

(ii) Asumió el cambio de criterio de presupuestación de los créditos para pago de las ayudas sociolaborales, mediante el uso de las transferencias de financiación, dadas las dificultades que se venían produciendo (Prueba de cargo 2).

(iii) Impulsó las modificaciones presupuestarias de 28/07/2001, 07/05/2001, 18/09/2001 y 13/11/2001 (Prueba de cargo 3).

Respecto de las dos primeras modificaciones indicadas la sentencia impugnada destaca dos aspectos. El primero de ellos, es que la Consejería de Empleo contaba con fondos para realizar el pago de las ayudas, si bien, al estar incluidas en las partidas 472 y 481 del programa 22E, se veían sujetas al procedimiento de concesión propio de las subvenciones excepcionales y al sistema de control de fiscalización previa. Y el segundo, que se usó la transferencia de financiación con el fin de incrementar una aplicación, la 440, que no era la adecuada para la concesión de subvenciones con el fin de eludir aquellos obstáculos.

Conviene recordar, como se ha hecho a lo largo de toda la resolución, dos cuestiones concretas:

- Las transferencias de financiación solo tenían por objeto la cobertura de pérdidas y ganancias de las empresas públicas, de conformidad con la Orden de 22 de mayo de 1998 (vigente al tiempo en que tuvieron lugar

las modificaciones presupuestarias), que fue dictada por la Consejería de Hacienda de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 de la LHAJA (FJ. 8 de la sentencia de instancia).

- El IFA no tuvo capacidad subvencionadora hasta la entrada en vigor como el día 1 de enero de 2004, de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, que en su artículo 123 - Facultades del Instituto de Fomento de Andalucía-, modificó el apartado 1 del artículo 5º de la Ley 3/1987, de 13 de abril, de creación del Instituto de Fomento de Andalucía (FJ. 12 y 13 de la sentencia de instancia).

Esta defensa refuta el valor probatorio de cargo expuesto, al sostener que "resulta aberrante (...) que la mera apreciación técnica consistente en matizar que el único cambio operado fue pasar de una clasificación económica adecuada a otra inadecuada pueda servir de fundamento para sustentar una condena penal", máxime, al tratarse de un acto de Gobierno.

Sin embargo y como se ha expuesto, la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal de instancia no se limita a afirmar que se modificó una clasificación económica (sic), sino que refleja que la modificación de la clasificación se realizó a través de un mecanismo inadecuado, las transferencias de financiación y, con ello, se hizo incrementó una partida presupuestaria inhábil para la concesión de subvenciones excepcionales; todo ello, pese a que a la existencia de fondos en las partidas idóneas para su concesión (partidas 472 y 481, del programa 22E).

(iv) En estrecha relación con el anterior se declara que, después de las modificaciones antes señaladas, se siguió haciendo uso inadecuado de las transferencias de financiación en nuevas modificaciones presupuestarias, lo que supuso el incremento del programa 22E (posteriormente 31L) Es decir, la ilegalidad del sistema instaurado se perpetuó en nuevas modificaciones (Prueba de cargo 4).

(v) El Tribunal de instancia considera como pruebas de cargo contenidas en los ordinales número 5 y 6 dos hechos de naturaleza objetiva vinculados a cuestiones de naturaleza normativa, consistentes, en primer lugar, en que en su condición de Consejero de Empleo, aprobó los Anteproyectos de Presupuesto de su Consejería (artículo 39.5 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía); y, en segundo lugar, que como miembro del Consejo de Gobierno participó en la aprobación de los proyectos de Ley de Presupuestos de la Junta de Andalucía (artículo 26 de la misma Ley 6/1983, de 21 de julio).

Conviene recordar que el Anteproyecto de Ley de presupuestos es una competencia que venía atribuida a la Consejería de Economía y Hacienda bajo la superior dirección de su titular, en aquel tiempo, la consejera de Hacienda Doña Emilia. Para su elaboración, era necesario que cada Consejería remitiese a la Consejería de Economía y Hacienda su propio Anteproyecto de Presupuestos.

En el caso de la Consejería de Empleo, ese Anteproyecto, comprendía también el proyecto de presupuestos del IFA (que, como hemos dicho, se encontraba adscrito a la Consejería de Empleo, de acuerdo con el artículo 2.3 del Decreto 244/2000, de 31 de mayo, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico).

La cronología de los hechos probados evidencia que hasta el año 2002 la forma a través de la cual se incrementó la partida 440 del programa 22E fue mediante el uso de modificaciones presupuestarias y las transferencias de financiación; y, a partir de la Ley de presupuestos del año 2002, ya no fue necesario acudir a las modificaciones presupuestarias al incluirse directamente el expediente de gasto de transferencias de financiación, en sustitución del expediente de gasto de subvenciones excepcionales.

Se niega relevancia típica a estos hechos pero, como hemos argumentado extensamente, la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno, es un acto político que se expresa por el contenido de la ley que se pretende aprobar, pero la decisión de aprobar un proyecto de ley es una resolución que culmina el procedimiento reglado para su elaboración.

(vi) Firmó el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 como Consejero de Empleo, con Don Mariano como presidente del IFA, a su vez, Viceconsejero de Empleo (Prueba de cargo 7).

La firma del Convenio Marco fue considerada por el tribunal ante el que se celebró el juicio como una relevante prueba de cargo, pues a través de este instrumento jurídico, unido al expediente de gasto de transferencia de financiación, al que hemos hecho anteriormente referencia, fue posible que la Consejería de Empleo eludiese los procedimientos legalmente establecidos para la concesión de subvenciones (es decir, eludir la normativa relativa para la concesión de subvenciones excepcionales sometidas a la fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo)

Dos, por tanto, eran las piezas del mecanismo. La primera, el Convenio Marco que serviría de cobertura para los distintos convenios particulares. La segunda, las transferencias de financiación. La finalidad: eludir la normativa de concesión de subvenciones excepcionales.

La sentencia destaca el conocimiento del Sr. Severiano de la trascendencia del Convenio Marco por sus competencias y atribuciones. La afirmación es razonable, en atención a lo ya expuesto respecto a las anteriores pruebas de cargo; máxime, cuando el mismo instó a su equipo directivo a buscar un mecanismo que permitiese agilizar la concesión de las subvenciones. A lo que debe añadirse que, en su declaración plenaria, reconoció que conocía lo que era la fiscalización.

Frente a ello se argumenta que el mero reconocimiento de saber lo que es la fiscalización no conlleva que reconociese que sabía el mecanismo implantado para eludir la fiscalización previa.

La alegación debe denegarse. La declaración destacada por el Tribunal de instancia, en la que reconoce saber lo que es la fiscalización, no puede interpretarse de forma aislada. Si, como hemos dicho, era conocedor de que, a través del sistema de fiscalización previa, se habían opuesto, por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, reparos que dieron lugar a la suspensión del expediente de HAMSA y, por ello y entre otras razones, ordenó a su equipo directivo la búsqueda de un sistema tendente a agilizar la concesión de las subvenciones, que se materializó a través de las transferencias de financiación y del Convenio Marco, es razonable pensar que, a través de esos mecanismos, se sortearía el sistema de fiscalización previa, porque en otro caso, ningún sentido tendría haber celebrado el señalado Convenio, ni haber instado la búsqueda de una eventual solución al problema de la concesión de subvenciones.

En todo caso, debe destacarse, tal y como hace el Ministerio Fiscal en su informe, que esa pretendida finalidad (agilizar el sistema de concesión de subvenciones), en realidad, no era tal, pues, las supuestas ayudas no fueron destinadas, de forma exclusiva a fines sociolaborales; y, además, no siempre se consiguió acelerar la concesión de ayudas. Los hechos, por tanto, evidencian que la finalidad real era conceder ayudas o subvenciones sin sujeción alguna al marco legal vigente, es decir, de forma totalmente discrecional.

En este sentido, conviene recordar que el coacusado D. Borja, reconoció esa falta de agilidad en su declaración prestada en sede de Instrucción, de fecha 7 de marzo de 2012, en la que afirmó que:

"(...) se peleaba mucho con el IFA. Que los pagos del IFA no eran todo lo fluido que el declarante necesitaba que fueran y que además había ayudas que se habían concedido por la Dirección General, pero que, por diferentes parámetros del IFA, bien por procedimiento o por falta de aprobación del Consejo Rector, no se pagaban o no se pagaban a tiempo".

En conclusión, al tiempo en que prestó la declaración, era perfecto conocedor de la trascendencia del cambio de modelo de fiscalización.

(vii) Fue informado de las incidencias habidas con el Proyecto de Decreto de 2000 y de su retirada de la Comisión General de Viceconsejeros (Prueba de cargo 8).

El Proyecto de Decreto del año 2000 afectaba directamente a la presupuestación de la Consejería de Empleo y se realizó en la misma Consejería. El hecho de que fuese llevado a la comisión de Viceconsejeros, de la que formaba parte Mariano, no solo en esa ocasión, sino en otras dos más, y que fuese retirado del orden del día en las tres ocasiones, no es una cuestión que pudo sustraerse al conocimiento del Consejero de Empleo; máxime, cuando a través de esa norma se pretendía dotar de sustento normativo al sistema de ayudas ideado.

Conviene recordar que se trataba de un "Proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza", que objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía y respecto del que, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones que pusieron de manifiesto la inadecuación del Decreto para el fin al que se había ideado.

En concreto, recomendó que se acompañase la memoria económica y funcional, para así determinar cuál es la aplicación presupuestaria afectada; recomendó que la norma reguladora de la concesión fuese una orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas; y, en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento de Andalucía, como entidad colaboradora, recomendó que se estableciese así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública.

En definitiva, la señalada prueba de cargo constituye un elemento más del conocimiento de la ilegalidad del mecanismo subvencional que se estaba llevando a cabo en su Consejería y de la imposibilidad de su adecuación al ordenamiento jurídico.

(viii) Conoció e intervino en la concesión de las ayudas singulares (Prueba de cargo 9). La acreditación de este hecho es múltiple.

a) Un primer elemento probatorio es la documentación relativa a los numerosos expedientes particulares aportados al procedimiento. A título de ejemplo, destaca la documentación relativa al expediente de PROMI, la documentación de correspondencia con el presidente de la entidad, las conversaciones con el Consejero de Asuntos Sociales y la respuesta al oficio del Defensor del Pueblo (PPRIERES JUNTA ANDALUCIA\PROMIFORJA, carpeta 1: folios 464 a 467, 495 a 497; carpeta 2: folios 20 y siguientes).

b) En segundo lugar, la sentencia identifica un fragmento de su declaración ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, de fecha 7 de abril de 2015, en la que reconoció haber dado instrucciones al Director General de Trabajo para la concesión de ayudas concretas. El señalado fragmento dice así:

"Recuerda una visita del Alcalde del Pedroso, D. Conrado con una delegación de empresarios de la zona que le vinieron a explicar un proyecto estratégico para configurar un matadero y secadero (Matadero de la Sierra Morena), cuando se lo explican, toma conocimiento de que el proyecto es importante y es cuando se lo traslada al Director General para que configure la ayuda a esta asociación de ganaderos de la zona y al grupo Barbadillo y algunas otras pequeñas empresas de la comarca para llevar a efecto lo propuesto".

También pasa con la Almazara de El Pedroso (SAC Virgen del Espino) y otra Almazara de Guadalcanal cuya petición de ayuda también se lo traslada al Director General y el declarante acude a dos actos en la zona para reafirmar el compromiso de la Junta en ayudar a esta comarca deprimida". Asimismo, manifestó conocer de las ayudas a la Faja Pirítica de Huelva y Santana Motor.

Esta prueba se relaciona con la declaración del testigo Don Alfonso, entonces Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA y Secretario General del IFA (desde febrero de 2003 hasta junio de 2004), declaración prestada ante el Juzgado de instrucción, en fecha 18 de mayo de 2015. En la misma afirmó que "estuvo presente en la sesión de 30 de enero de 2004, cuando el Sr. Severiano concedió múltiples ayudas a las empresas de la Sierra Norte". El testigo, se refiere a la sesión del Consejo Rector del IFA, en la que se dio cuenta de varios Convenios Particulares de colaboración entre el IFA y la Dirección General de Trabajo y de Seguridad Social, en virtud del cual se formalizó el otorgamiento de ayudas a empresas tales como TIERRA VIRGEN ALIMENTACIÓN, S.L.; MATADERO DE SIERRA MORENA, S.A.; AL BALLUT DEHESAS DE CALIDAD, S.L.; CAPITAL ANDALUZ SIGLO XXI DE DESARROLLO ECONOMICO, S.L.; MARCO DE ESTUDIOS Y PROYECCIÓN SIGLO XXI, S.L.; TIERRA VIRGEN ALIMENTACIÓN, S.L.; RESTAURANTES ANDALUCES DE CALIDAD, S.L.; y ARCADIA EMPRENDEDORA S.L".

Como venimos diciendo, las ayudas fueron concedidas a través del complejo sistema por el que se eludió la normativa relativa a las subvenciones excepcionales; es decir, a través de las transferencias de financiación y mediante la celebración de Convenios Particulares entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, amparados, todos ellos, en el Convenio Marco de 2001.

Pues bien, la concatenación de hechos expuestos evidencia el conocimiento de tal sistema. Tomaba conocimiento de un determinado proyecto o situación que requiriese de una ayuda o subvención (incluso de forma directa y presencial) y, a través del correspondiente Convenio Particular, daba orden para la concesión de las ayudas, que se vehiculizaban a través del IFA, como caja pagadora.

La Audiencia Provincial pone como ejemplo y prueba de este modo de proceder la ayuda concedida a MATADERO DE SIERRA MORENA, SA. El Sr. Severiano reconoció la visita del alcalde de El Pedroso y de distintos empresarios solicitando una ayuda o subvención para llevar a cabo un proyecto, se comprometió a acceder a la petición y posteriormente dio instrucciones al Director General de Trabajo para que concediese la ayuda, lo que finalmente sucedió a través del correspondiente Convenio Particular.

c) Dentro del ordinal 9 de la Prueba de Cargo, la Sala también menciona el informe (en realidad, son dos) que se encargó a la consultoría PRICE WATERHOUSE COOPERS sobre determinadas entidades de la Sierra Norte de Sevilla, en las que se había concentrado una serie de ayudas con cargo al programa 31L, empresas todas ellas vinculadas a un mismo grupo empresarial (PSEP\TOMO - 20\C.D. obrante folio 7.469\Informe\dos últimos archivos). Entre esas entidades, de nuevo nos hallamos con la mercantil MATADERO DE SIERRA MORENA, S. A. Las conclusiones del informe merecen ser reproducidas, tal y como hizo la Sala de instancia:

"Las entidades objeto del presente informe tienen en común su vinculación entre ellas y con D. Santiago y a D. Cornelio. Estas entidades han estado íntimamente interrelacionadas compartiendo accionistas y órganos de administración (ver cuadro 6, 7 y 8). En algunos casos, los pagos de subvenciones de varias de ellas han sido ingresados en la misma cuenta bancaria. .../...Todas las sociedades objeto del presente informe tienen varias características comunes (Ver cuadro 9): Se constituyeron con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones. Tienen escaso patrimonio propio (en muchos casos el mínimo legal). Salvo Matadero de la Sierra Morena, S.A. y su filial Al Ballut, S.L., el resto de sociedades carecen de sustancia económica, más allá de las funciones de sociedades holding o de mera tenencia de valores. Con la excepción de Matadero de la Sierra Morena, S.A. el resto de sociedades beneficiarias carecen de trabajadores. No consta que haya habido solicitud de subvención por parte de las beneficiarias, ni figura ningún documento de las mismas (memoria, proyectos, presupuestos, etc.). Tampoco consta que haya habido procedimiento, actuación o evaluación, alguna previa a la concesión de las subvenciones. Las subvenciones no concretan las condiciones que usualmente aplican a entidades beneficiarias: mantenimiento de un cierto nivel de empleo, de fondos propios, de actividad, realización de inversiones etc. En la mayoría de los casos las subvenciones se refieren al apoyo a Planes de viabilidad presentados por las entidades (que no constan expedientes) como solución de crisis empresariales con pérdida de empleo, o proyectos que generen empleo y refuercen el tejido industrial. Aunque salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar. En muchos casos, se han concedido varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos. No figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones".

El informe evidencia la absoluta ilegalidad de las sucesivas subvenciones concedidas. Es decir, la ilegalidad del mismo sistema de subvenciones auspiciado y puesto en marcha durante el mandato como Consejero de Empleo.

d) También en relación con los convenios particulares, la Audiencia Provincial hace alusión a la declaración de la testigo María José Roza, de fecha 2 de febrero de 2012, prestada ante la UCO de la Guardia Civil, que, debe recordarse, fue introducida en el plenario y sometida a contradicción (cuestión que, por otro lado, no es discutida). En este caso, de nuevo la Sala de instancia destaca un fragmento que, por su claridad, merece reproducirse:

"PREGUNTADA para que manifieste en relación a cómo se adoptaban los compromisos de ayudas con las distintas empresas y si en ocasiones la DGTSS no decidía sobre las mismas y venían impuestas desde la Consejería, Delegación Provincial de Empleo, o alguna persona física determinada. MANIFIESTA: habitualmente las decisiones las tomaba el CONSEJERO (Mariano y Leonardo) y el VICECONSEJERO (Domingo y Fausto). Que los DGTSS (Amadeo y Samuel) las consultaban con el CONSEJERO. Las DELEGACIONES DE EMPLEO solo emitían propuestas".

Debe advertirse que, la declaración de la testigo no se refiere al tiempo en el que el Sr. Severiano fue Consejero de Empleo, si bien la Audiencia sostiene que tal afirmación puede extrapolarse a tal período, máxime cuando la declaración se refiere a Mariano que le sucedió al frente de la Consejería de Empleo y quien mantuvo inalterado el sistema de ayudas ilegales.

e) En relación con el examen de los Convenios Particulares, la Audiencia Provincial también considera como prueba de cargo el acta del Consejo Rector del IFA de 24 de noviembre de 2003. La Audiencia anticipa que es consciente de que al señalado Consejo Rector no fue el recurrente, si bien, aclara, que sí fue al Consejo Rector de 30 de noviembre de 2003, en el que se aprobó, previa lectura, el acta del Consejo Rector de fecha 24 de noviembre de 2003. Por tanto, concluye, de forma racional, que tomó conocimiento del acta del consejo rector de fecha 24 de noviembre de 2003.

La relevancia de la señalada acta radica en que, con ocasión de la aprobación de distintas propuestas de convenios particulares, a instancia de uno de los Consejeros, señor Octavio, se introdujeron modificaciones en las mismas, mediante adenda, para que se suprimiese la expresión "incondicionada".

Tal circunstancia es relevante en la medida en que, como hemos dicho al examinar el convenio marco (FJ.11 de la sentencia de instancia) y la normativa aplicable a la concesión de ayudas (FJ. 14 de la sentencia de instancia), la concesión de ayudas o subvenciones incondicionales es incompatible con su propia naturaleza y regulación, pues conlleva, como destaca el Tribunal de instancia, que el beneficiario no tenga que justificar la finalidad para la que se concede la ayuda.

f) Una última prueba menciona la Audiencia Provincial de Sevilla en relación con los Convenios Particulares. Se refiere al informe pericial de la IGAE (informe de diciembre de 2013, sección primera), en el que acredita la existencia de desfases presupuestarios en las memorias de las cuentas anuales del IFA-IDEA, donde constan los importes que la Consejería de Empleo adeudaba al final de cada año. En particular, consta que en el ejercicio 2002 el programa 31L tuvo un déficit de 30.272.000 euros y en el ejercicio de 2003 tuvo un déficit de 38.225.000 euros.

Los déficits señalados revelan, por tanto, que, a través de las transferencias de financiación y la firma del Convenio Marco de 2001, la Consejería de Empleo otorgó subvenciones no presupuestadas; lo que solo es posible cuando se elude la normativa legal para la concesión de subvenciones excepcionales. Cuestión, que como hemos dicho, no pudo desconocer el Sr. Severiano, pues los proyectos de presupuestos de su Consejería eran, finalmente, aprobados por él mismo.

De conformidad con lo expuesto, la Audiencia concluye que fue plenamente consciente de la ilegalidad del sistema instaurado.

Conviene, en este punto, dar respuesta a la alegación exculpatoria, fundada en que se limitó asumir que el sistema, que encargó a sus subordinados, de alta cualificación técnica, era legal.

La argumentación no es admisible, no solo por las competencias que le venían atribuidas legalmente como Consejero, sino porque reconoció haber promovido el cambio de sistema para mantener la "paz social"; porque a través del mismo se generó un déficit en la financiación de las ayudas del programa 31L, que conoció al ser último responsable de la aprobación del Proyecto de Presupuestos de la Consejería de Empleo; y porque las negociaciones tendentes a conceder ayudas las llevó a cabo, en ocasiones, de forma directa, impartiendo órdenes concretas para la concesión de ayudas al Director General de Trabajo.

En definitiva, la prueba de cargo consistente en lo que la Sala de instancia denomina Convenios Particulares, también evidencia que el Sr. Severiano fue conocedor, no solo de la ilegalidad del sistema, sino del déficit que la concesión de ayudas estaba causando en el programa 31L.

ix) Una de las consecuencias del procedimiento seguido fue que los fondos públicos se utilizaron para fines distintos y ajenos a los recogidos en las correspondientes fichas presupuestarias. La documental y la pericial de los funcionarios de la IGE así lo acredita (Prueba de cargo 10).

En la sentencia se hace referencia concreta a dos documentos:

- La formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería, cuya financiación se produjo conforme al convenio firmado el 26 de septiembre de 2003 por el recurrente, en el que asumió el pago de 180.304 euros para la realización de cursos online (PSEP\TOMO - 23\C.D. obrante folio 8.229\SERVICIO 112\ 15 20021216 Protocolo Colaboración); lo que dio lugar a que, el Director General de Trabajo, Don Borja, dirigiese un escrito al IFA autorizando el pago por importe de 90.152 euros (Ppri, Informe Igae Completo, 9-6º) Informe adicional Octubre 2015, Tomo 1 anexo sexto informe adicional, pdf 12 y 13).- La realización de actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 de Andalucía de las dependencias correspondientes a las salas noroeste y suroeste de la sexta planta del edificio Pabellón de Italia. La financiación de tal objeto se vehiculizó a través del protocolo

suscrito el 16 de diciembre de 2002 por el recurrente, como Consejero de Empleo, y por el Consejero de Gobernación. Los gastos de sucesión se compensaron contablemente con otros saldos de la agencia IDEA, dentro de la Comunidad de bienes " DIRECCION068" (PPRITOMO - 334\C.D. obrante folio 58\7. SERVICIO 112\ Servicio 112\páginas 3 y siguientes).

En relación con esta prueba de cargo, como alegación de descargo, la defensa afirma que los conceptos expuestos "son plenamente incardinables dentro del contenido de la ficha presupuestaria, a la que expresamente se remite, no pudiendo constituir elemento incriminatorio alguno".

La afirmación carece de fundamento. El contenido de la ficha presupuestaria es precisamente lo que expresa su ilegalidad, pues ninguna de las actuaciones que hemos referido tenía cabida en las partidas del programa 31L, al ser ajenas a los fines del mismo. La prueba, de nuevo, constituye un robusto indicio del conocimiento de la ilegalidad del sistema de subvenciones que nos ocupa, pues demuestra que era utilizado para financiar ayudas ajenas al fin para el que estaba presupuestado.

(x) El conocimiento y participación en la gestión de la concesión de ayudas se reforzó cuando asumió la presidencia del IFA a partir de enero de 2003 (Prueba de cargo 11), hecho que se acredita por las pruebas de cargo que, a continuación, se describen.

(xi) Asumió la presidencia del IFA, en enero del año 2003, dando cuenta en la sesión de 28 de enero de 2003, de los cambios operados en la estructura del Instituto por Decreto 7/2003 de 14 de enero (PPRI\ANEXO - 04 ACTAS CONSEJO RECTOR AÑOS 2001 - 2011\AÑO -2003\páginas 3,4 del pdf), cambios en virtud de los cuales "el Consejero asume la responsabilidad y la coordinación de esas políticas". En calidad de presidente del IFA fue el destinatario y, por tanto, conocedor directo, de los informes de control financiero permanente de la entidad (Prueba de cargo 12).

Fue destinatario y, por tanto, conocedor de los Informes de Cuentas Anuales 2001, página 21; Cuentas Anuales 2002, página 29; Auditoría de cumplimiento 2002, página 16; Cuentas Anuales 2003, páginas 31; Informe Adicional 2003, páginas 8 y 10?y Auditoría Cumplimiento 2004, página 11.

En particular, en el Informe de Cuentas Anuales de 2001, que le fue remitido como presidente del IFA, en fecha 5 de septiembre de 2003, ya se hizo referencia al uso inadecuado de las transferencias de financiación (PPRI, informe IGAE completo, ANEXOS INFORMES DICIEMBRE 2013/ ANEXO TOMO 25/folios 66 y siguientes del PDF).

Conviene recordar que en el fundamento jurídico 7º de la resolución combatida, relativo a la naturaleza de las ayudas, el tribunal a quo ya examinó los diferentes Informes de Cuentas Anuales y cómo, entre ellos, en el de 2001 se afirmaba que por la Consejería de Empleo se estaban concediendo subvenciones sociolaborales excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento establecido en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (PPRI, Anexo 18, PRICEWATERHOUSECOOPERS, carpeta 1, pdf 22, página 21).

La defensa refuta el valor probatorio de esta prueba de cargo. Sostiene que ese informe, en realidad, no se concluyó hasta el año 2005, y en aquella fecha él ya no se encontraba al frente de la Consejería de Empleo, motivo por el que no pudo conocer las irregularidades que en el mismo se denunciaban.

Sin embargo, el Tribunal se refiere al Informe Adicional de julio de 2005, sino al Informe de Cuentas Anuales de 2001, remitido en el año 2003. La defensa parece confundir ambos informes. En todo caso se anticipa que, pese a lo que se alega, el informe referido no constituye la prueba de cargo determinante del conocimiento por su parte de la instauración del sistema de ayudas ilegales objeto de este procedimiento, sino una prueba de cargo más, que viene a consolidar el cuerpo probatorio examinado.

(xii) Tuvo conocimiento de la indicación realizada por el Sr. Alfonso (Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA y Secretario General del IFA, desde febrero de 2003 hasta junio de 2004), en la sesión de 24 de noviembre de 2003, del Consejo Rector del IFA, sobre el criterio de la intervención en el informe de cumplimiento del año 2002 (Prueba de cargo 13).

La Sala de instancia reconoce que el Sr. Severiano no asistió a la referida sesión, pero explica que sí se le remitió el acta de la misma, pues así se afirma en el acta de la sesión del Consejo Rector de 30 de enero de 2004, por lo que concluye que tuvo conocimiento de aquella.

En concreto, consta en la referida acta que:

"El Consejo Rector adopta por unanimidad el siguiente acuerdo provisional para someterlo a la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía: Autorizar la firma de un Convenio con SANDETEL para la ejecución de actuaciones de desarrollo tecnológico por un importe de 2.250.000 Euros. Se producen distintas intervenciones de Sres. Consejeros con el denominador común de considerar innecesaria la ratificación del anterior acuerdo por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, puesto que los fondos con los que se sufragaban las actuaciones tecnológicas objeto del Convenio no proceden de nuestro Instituto, sino de la propia Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. El Sr. Secretario recuerda que la opinión de la Intervención General de la Junta de Andalucía es la contraria y que precisamente en su último informe provisional de cumplimiento correspondiente al ejercicio 2002 se detiene precisamente en el Convenio suscrito en 23 de julio de 2002 para financiar actuaciones

de desarrollo tecnológico que fueron ejecutadas en dicho año por SANDETEL con un importe idéntico al que figura en el Convenio que es objeto del acuerdo que antecede".

En el motivo se niega valor probatorio de cargo a tal prueba, no por el contenido del acta, sino porque no asistió a la sesión del Consejo Rector. No obstante, insistimos, la propia Audiencia Provincial anticipa la respuesta a esta denuncia, pues el acta le fue remitida [PPRIANEXO - 04 ACTAS CONSEJO RECTOR AÑOS 2001 - 2011\AÑO - 2004\AÑO - 2004 (Enero-Diciembre)\ página 2].

(xiii) El Tribunal de instancia destaca una pluralidad de hechos documentalmente acreditados, relativas a la concesión de una subvención de 1.800.000 euros a la mercantil PICKMAN, SA (Prueba de cargo 14).

Demos insistir en que la concesión de subvenciones por importe superior a 1.200.000 euros, una vez aprobadas por el Consejo Rector, debían ser ratificadas por el Consejo de Gobierno.

En el acto del Consejo Rector de 30 de enero de 2004, presidido por el Sr. Severiano, se adoptó por unanimidad la decisión de elevar al Consejo de Gobierno un convenio provisional suscrito por el IFA y la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de 29 de enero de 2004, en virtud del cual el IFA, entre otros compromisos otorgaba a PICKMAN, S. A., una subvención de 1.800.000 euros.

El Convenio Provisional no llegó a elevarse al Consejo de Gobierno, ya que, como paso previo a su ratificación, debía ser examinado por la Comisión General de Viceconsejeros, entre los que se encontraba don Mariano (Viceconsejero de Empleo) y, en la comisión que se celebró el día 25 de febrero, el referido Convenio Provisional se retiró del orden del día.

A continuación, el día 2 de marzo de 2004, en el Convenio Provisional, se firmó una adenda, en virtud de la cual se acordó la revocación de la subvención de 1.800.000 euros, para a continuación conceder 3 subvenciones por importes de 625.000 euros (año 2004), 600.000 euros (año 2005) y 575.000 euros (año 2006); es decir, para conceder una subvención fraccionada por importe de 1.800.000 euros, pero eludiendo la necesidad de que fuese ratificada por el Consejo de Gobierno.

En la sesión del Consejo Rector de 2 de marzo de 2004, también presidida por él, se acordó a su instancia, revocar el inicial Convenio Provisional y ratificar la adenda de fecha 2 de marzo, de modo que el resultante de cada una de las 3 ayudas quedó por debajo del límite competencial del Consejo Rector (de 1.200.000) y, por tanto, sin que tuviese que remitirse para su ratificación al Consejo de Gobierno.

Esta cadena de acontecimientos evidencia la voluntad del Sr. Severiano de conceder la ayuda de 1.800.000 euros, al margen del procedimiento legal establecido para la concesión de ayudas por importe superior a 1.200.000 euros, y el preciso conocimiento que tenía del sistema de concesión de ayudas. A ello, debe añadirse, que, con el fraccionamiento, el IFA asumió compromisos de gasto plurianuales, sin tener competencia para ello y sin instruir los correspondientes expedientes para cada una de esas ayudas.

En el motivo se denuncia la contradicción intrínseca de la señalada prueba, ya que, si se afirma en la sentencia que el sistema era conocido por el Consejo de Gobierno, no se entiende la razón por la que se quería sustraer de su conocimiento la aprobación del señalado Convenio Particular.

La respuesta es obvia. La relevancia de la prueba no radica en que se quisiese sustraer del Consejo de Gobierno su conocimiento y ratificación, sino en que se fraccionó la concesión de la ayuda con infracción de la normativa interna del IFA, circunstancia que el Sr. Severiano conocía.

(xiv) Era perfecto conocedor tanto de los detalles del presupuesto de su consejería como de los presupuestos del IFA (Prueba de cargo 15). A tal conclusión llega, entre otros motivos, ya que en la sesión del Consejo Rector del IFA de fecha 21 de octubre de 2003 informó al Consejo acerca del borrador de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2004 y, en particular, sobre los aspectos que afectaban al IFA (PPRIANEXO - 04 ACTAS CONSEJO RECTOR AÑOS 2001 - 2011\AÑO - 2003).

Esta prueba evidencia el conocimiento de tales presupuestos y, por ello, de su suficiencia técnica al respecto, dada su condición de Consejero de Empleo.

Este dato debe relacionarse con el hecho de que tuvo conocimiento del Informe Anual de Cuentas del año 2001, que le fue remitido en el mismo año 2003. Si en relación con ese informe hemos dicho que el Sr. Severiano era perfectamente conocedor de que el IFA venía concediendo subvenciones prescindiendo de la normativa vigente al efecto, desde luego también lo era cuando informó al Consejo Rector del borrador de la Ley de Presupuestos para el ejercicio del año 2004, en particular, en lo afectante al IFA, En su descargo alega que informó de forma sucinta al Consejo Rector del señalado borrador de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2004 y de los aspectos que afectaban al IFA.

Aun admitiendo que informase de forma sucinta de tales aspectos, ello no impide que tuviese un conocimiento preciso de todas las cuestiones atinentes al IFA. Por tanto, lo relevante es que en los señalados presupuestos se reguló, como ya se vino haciendo desde la ley de presupuestos del ejercicio de 2002, el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones a través del IFA.

(xv) Se valora como prueba de cargo la testifical del Sr. Alfonso entonces Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA y Secretario General del Instituto, prestada el 18 de mayo de 2015 ante el Juzgado de instrucción. En ella, el declarante afirma que recibió una "llamada de atención" por parte del Sr. Severiano, pues él consideraba que era

necesario que por cada uno de los convenios particulares se encargase un informe jurídico, lo que no era compartido por aquel. En concreto, el citado testigo manifestó, entre otras cuestiones, lo siguiente:

"Tras la sesión de 2 de septiembre de 2003, lo llamaron a una reunión en un despacho, estando presente el Presidente del IFA, (Consejero de Empleo), el Vicepresidente (y Viceconsejero), los Secretarios Generales de la Consejería de Empleo, el Director General del IFA y el declarante. Nada más comenzar la reunión, el Consejero Sr. Severiano, dijo que el IFA era una institución muy importante en la Junta y que había que hacer equipo y que había que volver la vista al derecho privado, lo cual tanto el Sr. Artemio como el declarante se lo tomaron como una llamada de atención, para volver al sistema imperante antes de la llegada del declarante al Instituto".

Estas manifestaciones evidencian que era conocedor de la ilegalidad del mecanismo de concesión de ayudas, que se instauró siendo el Consejero de Empleo y bajo su auspicio (no exclusivo), pues, a través de ese "toque de atención" a quien fue el Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA, le reclamó mirar al Derecho privado, pese a que la materia subvencional es de naturaleza eminentemente de Derecho público.

(xvi) Por último, se atribuye valor probatorio de cargo a la decisión del Consejo Rector del IFA de 27/05/2003, de calcular el importe de las ayudas en atención a lo que fuera a recibir cada trabajador y no las empresas beneficiarias.

La Audiencia Provincial reconoce que ese día el Consejo Rector no estaba presidido por el Sr. Severiano, sino por Don Mariano, Viceconsejero de Empleo y Vicepresidente del IFA. No obstante, argumenta que tal circunstancia no podía ser desconocida, tanto por el hecho de que sería contrario a las normas de la lógica, la razón y las máximas de experiencia pensar que una decisión de tal calado fuese adoptada a espaldas del propio Consejero de Empleo, por su inmediato subordinado, como por el hecho de que desde entonces, los sucesivos Convenios Particulares destinados a conceder ayudas sociolaborales, aprobados en distintas sesiones (alguna de las cuales presididas por él), dejaron de calcularse por el importe total de la subvención a la empresa y pasaron a calcularse por el importe que recibiría cada uno de los trabajadores supuestamente beneficiarios de la ayuda.

Se acredita, por tanto, la articulación de un sistema que sustraía del Consejo Rector su aprobación para las ayudas que excedieran de 1.200.000 euros y que, además, debían ser ratificadas por el Consejo de Gobierno.

Este hecho fue corroborado por el testigo don Alfonso (entonces Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA y Secretario General del IFA), quien afirmó en su declaración ante el Juzgado de instrucción de 18 de mayo de 2015:

"Que dicho Convenio fue sacado por el Sr. Mariano al considerar de acuerdo con el criterio que hasta entonces se había mantenido y con el que igualmente se seguiría a partir de entonces, de que la ayuda sociolaboral había que contabilizarla por trabajador y no globalmente. Este criterio no era compartido por el declarante ya que él entendía que el pago era único, por la totalidad de la ayuda pero lo contrario fue decidido por la máxima autoridad de la Consejería de Empleo, y el Consejo Rector no opuso objeción. Que nunca sometieron a deliberación y votación ninguna ayuda que superase el 1.200.000 € y debiera ser ratificada por el Consejo de Gobierno. Queda desconocido el interés que tuviesen en no superar esos topes".

Conviene reiterar en este punto, que no nos hallamos ayudas los trabajadores, sino ante ayudas a empresas, tal y como hemos expuesto en los fundamentos precedentes de esta resolución, y justifica de forma suficiente el Tribunal de instancia en el FJ.6 de su sentencia.

98.2 Valoración de la prueba de descargo.

En este motivo de casación, además de las distintas alegaciones exculpatorias efectuadas en relación con cada una de las pruebas de cargo ya examinadas y a las que hemos dado oportuna respuesta, se alega que el Tribunal de Instancia valoró de forma errónea dos pruebas determinantes.

De un lado, el Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del IFA del año 2003, que fue firmado en el año 2005 y comunicado en julio de ese mismo año, si bien, no lo fue a su persona, pues en esas fechas ya había cesado como Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía (25 de abril de 2004).

Y, de otro lado, distintas declaraciones de otros coacusados y testigos que, a su juicio, evidencian que no tenía conocimiento del sistema fraudulento de ayudas instaurado.

Daremos respuesta a cada una de tales alegaciones.

(i) La primera de las alegaciones (denuncia de que no tuvo conocimiento del fue el Informe Adicional antes señalado) es irrelevante.

La Sala de instancia, al dar respuesta a la misma denuncia formulada en el acto del plenario, justificó que, con independencia de la ausencia de conocimiento del señalado documento, lo cierto es que tuvo conocimiento de la ilegalidad de todo el sistema, mediante la utilización de un instrumento presupuestario ilegal para evitar cualquier control, sino también de la concesión y gestión de las concretas ayudas al margen de cualquier criterio mínimamente reglado, disponiendo de los fondos públicos como si fueran propios.

La decisión debe ser confirmada. La ausencia de conocimiento del Informe Adicional no empece la suficiencia probatoria del resto de pruebas de cargo que hemos señalado. La ilegalidad del procedimiento era conocida por el Sr. Severiano, tanto porque él participó en su creación, como porque los actos que llevó a cabo durante el tiempo en que fue Consejero de Empleo, que hemos examinado, evidencian su voluntad de eludir la

normativa vigente para la concesión de subvenciones excepcionales. No era necesario que ningún informe le advirtiese de una eventual ilegalidad, cuando él mismo fue, junto con otros acusados, artífice del sistema ilegal de concesión de ayudas y de su ejecución, en su doble condición de Consejero de Empleo y presidente del IFA.

Sin perjuicio de ello, debemos insistir en que en el Informe de Cuentas Anuales de 2001, que le fue remitido como presidente del IFA en fecha 5 de septiembre de 2003, ya se hizo referencia al uso inadecuado de las transferencias de financiación.

(ii) La segunda de las alegaciones de descargo, la consistente en la denuncia de errónea valoración de distintas declaraciones testificales y de otros coacusados, debe, asimismo, ser desechada.

El primer grupo de declaraciones de índole se integra por las declaraciones de otros coacusados, que negaron en el plenario que él les diese instrucción alguna. En concreto, afirma que el coacusado don Borja afirmó que él "nunca le impuso nada, se preocupaba de sus problemas"; y que el coacusado don Mariano afirmó que "con los contenidos que usted afirma nunca he oído yo al señor Severiano dar instrucción de cuánto ni a quién".

Como hemos dicho, las declaraciones carecen de valor exculpatorio. En el motivo se silencia que don Borja, ante el Juez de Instrucción, reconoció haber recibido instrucciones concretas Sr. Severiano para el pago de ayudas. El órgano de enjuiciamiento, ante la contradicción advertida, dio mayor credibilidad a las declaraciones prestadas en sede de instrucción, dada su compatibilidad con la prueba expuesta en los párrafos precedentes. La valoración es racional y concorde lo establecido del artículo 714 LECRIM.

Por tanto, la prueba referida, lejos de ser de descargo, constituye una prueba más de cargo, demostrativa de que era la Consejería de Empleo desde donde se daban las instrucciones para el pago de subvenciones, lo que evidencia la condición de mera caja pagadora del IFA.

En todo caso, aun admitiendo el valor de descargo que se pretende dar a las afirmaciones de tales coacusados, las mismas nunca tendrían capacidad para dejar sin efecto el valor incriminatorio de las pruebas que hemos expuesto que, consideradas de forma racional y en su conjunto, evidencian que participó de forma activa y consciente en los hechos por los que fue condenado.

Un segundo grupo de declaraciones de índole exculpatoria se integra por las declaraciones de D. Hilario y de D. Benita.

El testigo D. Hilario (Director General de Economía Social, entre los años 1994 o 2005) afirmó, en síntesis, que los Directores Generales tenían plena autonomía para ejercer las competencias que los decretos de estructura les otorgaban y las competencias en gestión presupuestaria estaban siempre delegadas en los propios Directores Generales.

El testigo se refiere a una cuestión abstracta, no concreta, desconectada de los hechos por los que se ha producido el enjuiciamiento. La prueba vertida en el plenario, en particular la que hemos examinado, evidencia que el Sr. Severiano tuvo pleno conocimiento de los hechos por los que fue condenado, hasta el punto de que participó en la instauración del sistema y en la ejecución, mediante la selección de las mercantiles que resultarían beneficiadas por la concesión de subvenciones ilegales. Lo que se hiciese en una Dirección General ajena a la Dirección General afectada (la de Trabajo de la Consejería de Empleo) es irrelevante. Solo demuestra que, en su caso y teóricamente, la Dirección General de la que el testigo era titular actuaba conforme a la Ley.

Finalmente, examinaremos la declaración de la testigo doña Benita, miembro del Consejo Rector del IFA/IDEA desde julio de 2000 hasta el año 2006 (en su condición sucesiva de Secretario General de Industria y desarrollo tecnológico -julio de 2000 a diciembre de 2001- y presidente de El Monte de Piedad de Cajas de Ahorro de Huelva y Sevilla -desde que cesó en la Secretaría general antes señalada y hasta el año 2006-), quien manifestó que, en ningún momento, consideró ilegal el Convenio Marco de 2001, como tampoco los distintos convenios firmados para cada una de las ayudas que se sometían a la consideración del Consejo Rector. Aclaró, asimismo, que a él no le pareció ilegal, como tampoco a la Asesoría Jurídica del IFA, ni al Sr. Cosme, que era el responsable de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía.

De nuevo, nos hallamos ante una declaración irrelevante desde el punto de vista de su valor exculpatorio. La creencia del testigo de la legalidad del mecanismo instaurado solo evidencia la eficacia del mismo para eludir los controles legalmente establecidos, pero no demuestra el desconocimiento al que se alude por la defensa.

El hecho de que el testigo, pese a sus teóricos y, presumiblemente, altos conocimientos en la materia, no fuese capaz de advertir la ilegalidad del procedimiento no implica que no lo fuese, máxime cuando, entre otras cuestiones, supuso la sustracción de competencias propias del Consejo Rector, tales como la necesidad de que las ayudas que excediesen de 1.200.000 euros fuesen aprobadas provisionalmente por tal Consejo.

98.3 Consideraciones finales.

Una vez examinada la totalidad de las alegaciones formuladas y una vez analizada la prueba de cargo y descargo procede dar respuesta a la denuncia de vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

La prueba de cargo expuesta y su racional valoración, así como la insuficiencia de la prueba de descargo, permiten concluir, tal y como declaró el Tribunal a quo, que el Sr. Severiano "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

Esa declaración ha llevado a la condena por los delitos de prevaricación administrativa y malversación de fondos públicos.

No podemos olvidar, que la disposición de los fondos es una competencia atribuida al titular de la Consejería. Que era necesaria una delegación de competencias por el titular de la Consejería al Director General de Trabajo, y que esta delegación no se produjo hasta la Orden de 3 marzo del 2010.

A parte de lo anterior es necesario destacar que las graves irregularidades producidas, tanto en la presupuestación como en la gestión de las ayudas tuvieron lugar en el ámbito de la Consejería de la que era titular. El diseño y puesta en práctica del nuevo sistema de presupuestación, que es la piedra angular de todas las ilegalidades que se iban a producir con posterioridad, se llevó a efecto cuando era titular de esa Consejería. Su papel fue central y su conocimiento de todo lo que ocurría no ofrece duda.

Era plenamente consciente, y así lo reconoció, de que interesó a su equipo directivo la instauración de un sistema que eludiese las dificultades que se habían producido en algunos expedientes de concesión de subvenciones; en particular, el de HAMSA. Tales dificultades consistieron en que el expediente fue suspendido al formular reparo la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, dadas las numerosas insuficiencias advertidas en el mismo.

Fue, asimismo, plenamente consciente de que el sistema que auspició era contrario a la legalidad vigente:

(i) Por la forma en que se concibió el sistema, a través de un Convenio Marco que él mismo firmó y que instrumentalizaba al IFA como caja pagadora. Convenio Marco que permitía que los expedientes de concesión de las ayudas no se pudiesen fiscalizar, porque la Intervención solamente fiscalizaba el expediente de gasto de transferencia de financiación, es decir el trasvase de fondos al IFA, y en la entidad pública solo se fiscalizaba el expediente de pago, dándose la ilegalidad añadida de que dicho Convenio no fue publicado en el BOJA, eludiéndose la principal garantía de publicidad, exigible en las subvenciones.

(ii) Por el uso de las transferencias de financiación, que eran inadecuadas para la concesión de subvenciones excepcionales.

(iii) Por las modificaciones presupuestarias que él procuró, innecesarias para la concesión de subvenciones, dado que el programa 22E contaba con un crédito suficiente para el pago de ayudas.

(iv) Por la inclusión a partir del año 2002 en el Proyecto de Ley de Presupuestos del nuevo programa 31L, infringiendo las normas presupuestarias. Recuérdese en este punto, que el recurrente era el responsable último del Proyecto de Presupuestos de la Consejería de empleo.

(v) Por el hecho de que a través del pago de las ayudas se produjo un desfase presupuestario al adquirir numerosos compromisos de pago sin cobertura presupuestaria.

(vi) Y, de forma expresiva, por el hecho de que, en ocasiones, él mismo se comprometió a conceder ayudas de forma verbal y dio orden al Director General para que fuesen concedidas, sin que, ni siquiera, si hubiese promovido la concesión en legal forma por los interesados.

Era conocedor de la legislación aplicable a las subvenciones excepcionales vigente, precisamente, por los distintos actos que llevó a cabo y que supusieron su elusión. Pues sólo quien tiene un conocimiento riguroso de la señalada normativa, puede idear y ejecutar, junto con otros altos cargos de la Administración andaluza, un mecanismo tendente a esquivar aquella normativa, de forma tan eficaz y perdurable en el tiempo.

Era plenamente consciente de la ilegalidad del sistema que él mismo procuró desde la Consejería de Empleo, por cuanto, además, le fue advertida tal ilegalidad de forma expresa y, entre otras ocasiones, a través del Informe Anual de Cuentas del año 2001, del que tuvo conocimiento en el año 2003, y de los Informes de Control Financiero del IFA, en los que se advirtió del uso inadecuado de las transferencias de financiación en la concesión de las ayudas y la elusión en su tramitación el procedimiento reglado de concesión de subvenciones.

Asimismo, fue consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas que nos ocupa, por cuanto, siendo presidente del IFA, realizó y propuso numerosas acciones tendentes a eludir, no ya la normativa relativa a la concesión de las subvenciones excepcionales, sino la propia normativa interna del IFA. Este es el caso, por ejemplo, del fraccionamiento de ayudas superiores a 1.200.000 euros, con la finalidad de evitar que fuesen conocidas y ratificadas por el Consejo de Gobierno, sirviéndose para ello del argumento de que las ayudas se entregaban a los trabajadores, cuando, en realidad y como se ha expuesto, las subvenciones solo podían concederse a empresas; o del fraccionamiento de ayudas, asumiendo compromisos plurianuales, lo que excedía de las competencias del Consejo Rector del IFA, que él presidía.

Conocía también que, conforme a la normativa vigente, la disposición de los fondos era una competencia atribuida al titular de la Consejería.

Y finalmente, se ha acreditado que numerosas ayudas fueron concedidas mientras él fue Consejero de Empleo y al amparo del sistema ilegal que nos ocupa, a fines distintos de los establecidos para el programa 22E/31L.

La sentencia ha tomado en consideración un elenco de pruebas de singular fuerza convictiva y su valoración ha atendido a criterios de racionalidad que han sido expuestos y a los que nada cabe objetar.

Por lo tanto, la culpabilidad del Sr. Severiano ha quedado probada más allá de toda duda razonable y no son atendibles las quejas sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

XIX RECURSO DE DON Mariano

Dada la diversidad de motivos de impugnación, para una mejor comprensión de nuestra respuesta y por razones de orden sistemático, alteraremos el orden de contestación de los motivos, analizando en primer lugar los motivos relativos al juicio de tipicidad, continuando con los motivos en que se cuestiona la valoración probatoria.

99 Motivos por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim) Primero: Insuficiencia del juicio histórico; Segundo: Error iuris en la determinación del tercero en el delito de malversación y Tercero: Ausencia de los elementos típicos de la modalidad omisiva del delito de malversación.

En los tres primeros motivos de este recurso se censura la sentencia porque el juicio histórico no describe hechos que puedan ser calificados como malversación de caudales públicos y porque los hechos que se describen no pueden subsumirse en ese tipo penal. Dada reiteración y complementariedad de los argumentos impugnativos utilizados en los tres motivos serán objeto de una respuesta conjunta.

Resumimos a continuación los argumentos impugnativos:

(i) El delito de malversación es un delito de resultado por lo que para su consumación no basta con que se pongan los caudales a disposición de un gestor para que éste pueda disponer de ellos o gestionarlos. Se precisa que la conducta del autor rebase ese umbral y lleve a cabo actos dispositivos o de gestión y en este caso los hechos probados no refieren que el Sr. Mariano haya realizado ese tipo de acción.

Añade que el juicio histórico describe su actuación como la realización de actos que conllevaban la puesta a disposición del Director General de fondos para el pago de las ayudas, pero no declara que tuviera participación alguna, directa o indirecta, en actos de concesión de las ayudas examinadas. La sentencia residencia todos esos actos en el Director General de Trabajo.

(ii) Conforme a la doctrina de esta Sala los hechos nucleares no pueden ser descritos en la fundamentación jurídica, tal y como con incorrección se hace en la sentencia pero acudiendo incluso a la fundamentación jurídica todo intento de heterointegración del relato fáctico resulta baldío porque la conducta del recurrente no puede en ningún caso subsumirse en ninguna de las dos modalidades del delito de malversación. No hubo un comportamiento activo dirigido a apropiarse de los fondos públicos ni un comportamiento omisivo permitiendo que un tercero se apropiara de ellos.

(iii) En relación con el comportamiento activo se precisa que el sujeto tenga una facultad específica para adoptar decisiones vinculantes sobre los caudales, es decir, pueda realizar actos dispositivos con competencia objetiva.

(iv) En relación con el comportamiento pasivo se insiste en el argumento de que no puede ser considerado "tercero" la persona a cuyo cargo están los caudales, por lo que no es una acción típica poner a disposición del Director General de Trabajo los caudales y estimar que tal conducta cumple con las exigencias típicas de la modalidad omisiva del delito de malversación.

(v) No se ha probado el ánimo de lucro del Sr. Mariano o de los terceros.

Todas estas alegaciones han recibido respuesta desestimatoria en el Título VII de la sentencia (fundamentos 32º a 42º), en el que hemos analizado las cuestiones generales referentes al delito de malversación y que damos por reproducido para evitar reiteraciones inútiles.

Los tres motivos se desestiman.

100. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Indebida aplicación de la normativa sobre subvenciones de la Junta de Andalucía.

En el quinto motivo de este recurso y al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación de los de los artículos 149.1.7ª y 156.1 de la Constitución Española y -en consecuencia- de los artículos 17.2 y 54 de la Ley Orgánica 6/1981, y 45.1 y 63.1 de la Ley Orgánica 2/2007 (Estatutos de Autonomía para Andalucía de 1981 y 2007) y la aplicación indebida de la normativa de subvenciones de Andalucía, establecida en el Título VIII de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública de Andalucía, así como en los Decretos 254/2001 y 282/2010, Reglamentos de los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía, con resultado todo ello de la vulneración, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal.

En el desarrollo argumental del motivo se afirma que las ayudas sociolaborales concedidas por la Junta de Andalucía tenían como marco normativo la Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de abril de 1995, dado que la Junta de Andalucía sólo tenía competencia de ejecución y no normativa en materia laboral y dado que la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía asumió las competencias de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la administración central.

Se expone que las citadas ayudas fueron reguladas por la normativa autonómica por primera vez mediante el Decreto Ley 4/2012, de 15 de octubre, y se determinó como título competencial el de asistencia social, estableciendo que las ayudas no eran subvenciones strictu sensu. Se sostiene que la Orden de 7 de abril de 1987, que era la normativa autonómica, aplicable para la gestión de las ayudas, fue dictada en el marco de la capacidad de auto organización que correspondía a la administración autonómica para llevar a cabo las competencias de

ejecución e incluso se sostiene que la Orden de 1 de abril de 2011, aprobada para poner término a los problemas habidos en los años anteriores, y en la que se dictaron las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales y se convocaron para 2011, fue una norma que se aprobó desconociendo la falta de competencia normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral.

Este argumento impugnativo ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico quinto al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

101. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Error iuris en la atribución de conocimiento del Informe adicional de cumplimiento de 2003 como justificación del dolo.

En el noveno apartado del recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación de los artículos 404 y 432 del Código Penal argumentando que la sentencia atribuye la conducta típica por conocer la ilegalidad de su actuación y ese conocimiento se deriva del contenido del Informe Adicional Definitivo de Cumplimiento del IFA de 25 de julio de 2005, informe ilegal ya que no se dio traslado del mismo a la Consejería de Empleo para la formulación de las preceptivas alegaciones.

Cuando se acciona por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim es obligado el respeto a los hechos probados dado que el juicio de juridicidad que es el único posible por este cauce impugnativo debe realizarse sobre los hechos declarados en el juicio histórico y no sobre los hechos que se invoquen en el recurso.

En efecto, siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis impugnativa no puede salirse del contenido del hecho probado".

En el motivo al que ahora damos respuesta no se respeta ese presupuesto lo que determina su fracaso, porque en los hechos probados son numerosos los párrafos en que de forma expresa o implícita se afirma que el Sr. Mariano conocía la ilegalidad, tanto en la habilitación de los créditos como en la forma de ejecución del gasto, de ahí que las alegaciones sobre la supuesta ilegalidad del Informe Adicional Definitivo aludido o el desconocimiento de su total contenido para excluir el dolo del autor son cuestiones que no tienen cabida en este motivo de casación.

Para justificar nuestra afirmación destacamos a continuación algunos de los párrafos del juicio histórico en los que se describe y declara el completo conocimiento del Sr. Mariano sobre el ilegal procedimiento que se articuló para la concesión y pago de las ayudas:

(i) El 17 de julio de 2001, en la ciudad de Sevilla, el acusado Severiano, como Consejero de Empleo, y el acusado Mariano, como Presidente del IFA, desde la sesión del Consejo Rector del Instituto del día 6 de Junio de 2001, hasta la sesión del día 28 de enero de 2003, -y a su vez Viceconsejero de Empleo-, suscribieron el "Convenio de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT), y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social"..... Este Convenio Marco, nunca publicado en el BOJA, no fue objeto de informe por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA.

(ii) En la sesión del Consejo Rector del IFA de 23 de julio de 2001, el acusado Mariano, como Presidente del Instituto, informó, dentro del bloque de diversos convenios suscritos con varios organismos, del Convenio Marco, así como de varios convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo, para gestión de ayudas a extrabajadores de HAMSA, Jerez Industrial, S.A. y otros. Entre los miembros del Consejo Rector, estaban los acusados Borja, Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo. A dicha sesión, y a la siguiente, de 25 de septiembre, no acudió Cosme, en esa fecha Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. En la mayor parte de los convenios particulares que se suscribieron a partir de la firma de este convenio marco, entre la DGTSS, -firmados por el acusado Borja, hasta su cese como Director General de Trabajo en el mes de abril de 2008, y el IFA-, firmados hasta el día 28 de enero de 2003, por su Presidente, y después por los sus sucesivos Directores Generales-, se hacía constar siempre expresamente que la documentación acreditativa de la ayuda obraba en poder de la DGTSS, y que era conforme con la misma, autorizando su pago. No constituyéndose en ningún caso, las comisiones de seguimientos previstas inicialmente en el convenio marco. (iii) El recurrente, como Viceconsejero de Empleo, intervino en el acuerdo de elevación al Consejo de Gobierno de las modificaciones presupuestarias aprobadas en los años 2000 y 2001 y respecto de esa intervención, la sentencia afirma: "Como resultado buscado de los cambios operados en la gestión presupuestaria del programa 22E, que han sido descritos, las denominadas ayudas sociolaborales para el pago de primas de pólizas de rentas para extrabajadores de empresas en crisis, y las ayudas a empresas en crisis, soslayaron la preceptiva fiscalización crítica o previa de la Intervención Delegada de

la Consejería de Empleo. La cual se limitó a fiscalizar el montante global de las transferencias de financiación, que en ningún caso se refería a los expedientes de gastos de la tramitación singular de las ayudas, los cuales, realmente y como se expondrá, no llegaron a existir como tales. Por otra parte, el Control financiero del IFA, realizado sólo a través de técnicas de auditoría, abarcaba la función encomendada a éste, el mero pago de lo ordenado por la Consejería, ya que, formalmente, la documentación justificativa de la ayuda constaba en la Dirección General de Trabajo, y no se trataba de ayudas otorgadas por el IFA. En resumen, a través de las reseñadas modificaciones presupuestarias, en los ejercicios 2000 y 2001, se puso a disposición del acusado, Borja, como Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, sin competencia legal para la concesión de subvenciones, la cifra de 93.000.614 de euros, para que éste pudiera disponer de la misma, sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo". (iv) Para evitar primero, tener que dar más información a los miembros del Consejo Rector ajenos a la Consejería de Empleo, que era la Consejería de adscripción en ese periodo, y segundo, para evitar que tuvieran que ser ratificados los de importe superior a 1.200.000 euros por el Consejo de Gobierno Andaluz, los acusados, Severiano, Consejero de Empleo y Presidente del IFA desde la sesión del día 28 de enero de 2003, y Mariano, Viceconsejero de Empleo y Vicepresidente del IFA, desde la sesión del día 28 de enero de 2003, decidieron a partir de la reunión del Consejo Rector de fecha 27 de mayo de 2003, que presidió este último, por ausencia del Presidente, sustraer del conocimiento del Consejo Rector todas las ayudas sociolaborales, con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores, la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la cuantía total de la que era beneficiaria la empresa. Por lo que, dado que las cuantías totales de las ayudas sociolaborales solían superar con creces el límite competencial de 1.200.000 euros, se evitaba que tuviera que ser después autorizado por el Consejo de Gobierno de la Junta, con la consecuente publicidad que ello conllevaba, al ser publicado dicho acuerdo, de haberse adoptado, en el Boletín Oficial de la Comunidad. Si este fue el modo de proceder en relación a las ayudas sociolaborales, con respecto a las denominadas ayudas a empresas el método utilizado fue el fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos. El hecho probado precisa ese fraccionamiento realizado respecto de las subvenciones concedidas a PICKMAN SA en la sesión del Consejo Rector del IFA de 30/01/2004, del que formaba parte el recurrente.

(v) En la elaboración y aprobación del Anteproyecto de Presupuesto de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2002, con la finalidad ya reseñada, con conocimiento de los incumplimientos ya descritos, y conciencia de las consecuencias que derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo de allegar fondos al IFA, para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo, en materia de las denominadas ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, los acusados.... Mariano, como Viceconsejero de Empleo, ..., en el ejercicio de sus competencias, introdujeron la aplicación presupuestaria, en la que se recogían los créditos a favor del IFA, "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" - concepto 440.00-, en el nuevo programa 31 L, que sustituyó al 22 E. Igual actuación tuvo el recurrente en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos de 2003 a 2009 y también en las distintas modificaciones presupuestarias de esos ejercicios. (vi) Los acusados, en el ejercicio de sus respectivas competencias, como Consejero, Viceconsejero, Director General de Trabajo y Secretario General Técnico, respectivamente, Severiano, Mariano, Borja y Patricio, como responsables de la Consejería de Empleo, elaboraron los correspondientes estados de gastos relativos al programa 31 L, conforme al procedimiento de elaboración establecido en la Orden que dictó la Consejera de Economía y Hacienda. Anualmente esta Consejería dicta una orden de elaboración del presupuesto de la Comunidad Autónoma, que posee un contenido técnico similar, definiendo los criterios de elaboración, la estructura presupuestaria a utilizar (orgánica, económica y de programas), el calendario de actuaciones, y el procedimiento detallado de elaboración del anteproyecto y del proyecto de presupuesto, tanto de la Consejerías, como de las empresas públicas y otros entes dependientes de la Junta de Andalucía, como es el caso del IFA. En definitiva, los responsables de la Consejería de Empleo, plantean en la propuesta de anteproyecto de presupuesto, la utilización de la aplicación presupuestaria 440.00, en contra de la clasificación económica del gasto establecida en la citada Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, que elabora el anteproyecto de presupuesto, que la recoge, y los acusados, Florentino, Presidente de la Junta de Andalucía, Demetrio, Consejero de Presidencia, Emilia, Consejera de Economía y Hacienda, y Severiano, Consejero de Empleo, como miembros del Consejo de Gobierno, la aprueban. Y todo ello, con conocimiento de los incumplimientos de su utilización, y con la finalidad que ya ha sido descrita para las modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 y 2001. (vii) En relación con las ilegalidades en el procedimiento de concesión y pago de las ayudas, que se describen en el HP 22º se declara: VIGESIMOTERCERO.- Estos hechos no sólo eran conocidos por los acusados Severiano, Mariano, Domingo, Borja y Amadeo, -por el desempeño de sus cargos en la Consejería de Empleo en los periodos ya reseñados-, sino también eran conocidos por los demás acusados, Cesareo, Presidente de la Junta desde el mes de abril de 2009, y destinatario antes, como Consejero de Economía y Hacienda, de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Marcelina, Consejera de Economía y Hacienda, y antes como Viceconsejera, receptora de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Benjamín, Consejero de Innovación, y destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Virgilio, Viceconsejero de Innovación, y concededor del informe adicional al de cumplimiento de 2003

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

En consecuencia, el motivo no puede tener favorable acogida.

102. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Error iuris sobre el deber de fiscalización.

En el undécimo motivo de este recurso a través del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la violación de los artículos 404 y 432. 1 y 2 del Código Penal.

En su desarrollo expositivo se sostiene la tesis de que el reclamante no actuó con la deliberada intención de que las ayudas sociolaborales no fueran objeto de fiscalización previa. Por el contrario, en un extenso alegato se afirma que, al margen de la utilización de las transferencias de financiación, la Intervención de la Junta de Andalucía no sólo pudo someter a control previo esas ayudas sino que debió hacerlo. Se afirma que la Intervención conoció el uso que se iba a dar de las transferencias de financiación y debió analizar si el crédito presupuestado era adecuado para el gasto que se pretendía utilizar, conforme al artículo 7.1 b) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía por lo que las transferencias fueron objeto de control previo. También se alega que la Intervención omitió emitir un informe de actuación, una vez que se detectaron las irregularidades en la concesión de las ayudas, y que la actuación de la Intervención se erigió en un elemento determinante para que las autoridades que intervinieron en los procesos de elaboración y aprobación de los distintos instrumentos presupuestarios lo hicieran en la confianza de la corrección de su propio actuar.

Este motivo ya ha sido contestado y desestimado en el fundamento décimo tercero y siguientes a cuyo contenido nos remitimos.

El motivo se desestima.

103. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim).

En el décimo tercer motivo de este recurso, también por el cauce de la infracción de ley, se denuncia la aplicación indebida del artículo 404 CP y a tal fin se cuestiona el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

Se afirma, de un lado, como hecho, al margen del juicio histórico de la sentencia, que el Parlamento Andaluz siempre y en todo momento tuvo puntual conocimiento y asumió todas y cada una de las modificaciones presupuestarias referidas en el factum. De otro lado, en el Parlamento de Andalucía se debatió enmendó y aprobó años tras año entre 2002 y 2010 la aplicación 440.51.31L y, en consecuencia, la partida presupuestaria "transferencias de financiación a IFA/IDEA, se incorporó como genuina voluntad del Legislador Andaluz, a la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad en todos y cada uno de esos ejercicios. El Parlamento tuvo conocimiento del carácter finalista de las distintas partidas presupuestarias por lo que la actuación del Sr. Mariano no fue contraria a derecho, careciendo de cualquier responsabilidad en relación con lo que posteriormente sucediera en la ejecución del gasto. Se insiste en su actuación estuvo presidida por una razonable confianza en la adecuación de su conducta a las sucesivas leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía.

El motivo no puede ser estimado.

Una vez más debemos insistir en que la denuncia de un error jurídico en el juicio de subsunción, por su propia naturaleza, exige que el razonamiento impugnativo asuma como presupuesto inderogable la aceptación del " factum", tal y como ha sido proclamado por el Tribunal de instancia. El discurso impugnativo, por tanto, ha de construirse partiendo del juicio histórico, que no es otra cosa que la expresión del desenlace valorativo que ha arrojado el desarrollo de las pruebas practicadas en el plenario. De ahí que no se trate de argumentar a partir de lo que se considera que debería haber dicho el hecho probado, sino tomando en consideración lo que efectivamente dice, al haber sido fijado así por el Tribunal a quo. El distanciamiento respecto de ese presupuesto metodológico conlleva como inmediata consecuencia su desestimación.

Y en este caso, la lectura del motivo, del que hemos realizado breve resumen, permite constatar que la defensa postula un juicio de subsunción en base a unos hechos que la sentencia no declara probados y que, además, son categóricamente negados en el fundamento jurídico decimosexto, en el que se analizó la prueba aportada y se concluyó que, tanto en los proyectos de ley con en las modificaciones presupuestarias, la información que se remitió al Parlamento fue insuficiente y no permitió conocer el destino que se iba a dar a las partidas aprobadas a través de las transferencias de financiación.

En relación con los proyectos de ley se afirma en la sentencia que "la documentación anexa al presupuesto, no permitía detectar cuál era el órgano concedente de las subvenciones y, en consecuencia, cuál era la partida

presupuestaria adecuada a utilizar. Ni tampoco permitía detectar ninguna de las irregularidades anteriores, dada la imprecisa y ambigua redacción" (página 575) y en relación con la modificaciones presupuestarias la sentencia, una vez valorada la prueba, declara que "el contenido de los expedientes de modificación presupuestaria aprobados por el Ejecutivo, no ponían de manifiesto la existencia de irregularidades en su tramitación, por incrementar indebidamente la partida de Transferencia de Financiación a IFA-IDEA, ni en la ulterior gestión del programa 31L. Por lo que, de la comunicación al Parlamento de dichas modificaciones, no puede deducirse que éste tuviera conocimiento de una supuesta "nueva finalidad", asignada a las transferencias de financiación a IFA-IDEA del programa 31L" (página 582).

El motivo, en consecuencia, se desestima.

104. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Indebida aplicación del artículo 404 CP relativo a la prevaricación administrativa.

En el motivo décimo cuarto de este recurso, después de hacer una extensa cita de la doctrina de esta Sala sobre el delito de prevaricación administrativa, se argumenta que no concurren los requisitos del tipo de prevaricación administrativa por las siguientes razones:

(i) Los Anteproyectos y proyectos de Ley de Presupuestos son actuaciones de naturaleza política que no reúnen el carácter de acto administrativo a los efectos del art. 404 CP;

(ii) Tanto los anteproyectos de ley como las modificaciones presupuestarias son, igualmente, actos políticos que no contravienen el presupuesto en la medida que no afectan al crédito, sino al gasto;

(iii) El Convenio Marco no es una resolución administrativa y el Sr. Mariano no intervino en su ideación, limitándose a firmarlo por su condición de Presidente del IFA;

(iv) Los convenios singulares firmados por el acusado con la Dirección General de Trabajo constituyen un encargo de gestión a un ente instrumental por parte de la Consejería de adscripción de obligado cumplimiento, en los que no consta objeción alguna por parte de la asesoría jurídica del IFA. Se alude a que su firma en estos convenios tuvo lugar por la asunción temporal de las funciones de presidente, por más que careciera de tiempo para llevar a cabo esa función, que ni la Asesoría Jurídica ni los secretarios generales del IFA tuvieron conocimiento de las irregularidades y que desde ese desconocimiento debe analizarse su actuación. Se afirma la ausencia de dolo y se sostiene que en su actuación tuvo la razonable expectativa de que actuaba de acuerdo con la legalidad;

(v) La decisión sobre que el beneficiario de las ayudas era el trabajador y no la empresa se adoptó de forma colectiva por el Consejo Rector del IFA y con la intervención de la asesoría jurídica de la Agencia;

(vi) Las irregularidades en el procedimiento de concesión de las ayudas, de existir, serían responsabilidad del centro directivo titular de las competencias de concesión, habiéndose acreditado que en el período 2000- 2010 los Directores Generales de Trabajo no informaron sobre ayudas concretas en los Consejos de Dirección de la Consejería;

(vii) El Director General de Trabajo tenía atribuida competencia para la concesión de las ayudas desde la firma del Convenio Marco, tal y como se desprende de la pericial elaborada a instancias de la defensa;

(viii) El acusado no conoció la existencia de déficits presupuestarios en la Consejería, que en todo caso no fueron ocultados, como se acredita en la documentación que acompañaba a la Ley de Presupuestos;

(ix) Los responsables de la Consejería no buscaron eliminar los mecanismos de control establecidos en la normativa, como se demuestra con la documentación que acompañaba al anteproyecto de presupuesto y en las memorias de las modificaciones presupuestarias, en las que se expresaba con claridad que mediante las transferencias de financiación se pretendía la cobertura y pago de los objetivos del programa 31L, y no la compensación de pérdidas de la entidad pública, como así se recoge en el informe pericial elaborado a instancias de la defensa, objetivo conocido por los responsables de la Intervención y

(x) No se ha acreditado que el resultado fuera materialmente injusto, cuando estas políticas de ayudas traen su causa de los acuerdos de concertación social con participación activa de los representantes de los trabajadores.

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe dos tipos de razones impiden la estimación del motivo. Una parte de las alegaciones (1ª a 7ª) se refieren a cuestiones de legalidad que han sido ya contestadas en los fundamentos 17º a 31º, en la que nos hemos extendido sobre la subsunción de los hechos en el delito de prevaricación. Otra parte de las alegaciones (8ª a 10ª) versan sobre cuestiones de índole probatoria, que son inhábiles para cuestionar la subsunción normativa, dado que ésta debe partir de los hechos probados y no de los hechos que la parte afirme como probados. Este tipo de alegaciones tienen su encaje natural en los motivos sobre valoración de prueba, donde analizaremos con detalle el soporte probatorio de los hechos declarados probados.

Como colofón a todo lo anterior, a través de este motivo se pretende diluir la responsabilidad del máximo responsable de la Consejería de Empleo ofreciendo una alternativa a la tesis de la sentencia difícilmente creíble, que "los mandos intermedios de una Consejería o de un Ministerio pueden otorgar subvenciones a su libre albedrío y sin sujeción a procedimiento alguno, sin control interno, sea financiero o el que compete a sus superiores jerárquicos responsables de la gestión de las políticas de la Consejería, durante toda una década".

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, semejante conclusión repugna a los principios básicos de una recta administración de los intereses públicos y no se corresponde con el resultado de la prueba practicada, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

El motivo se desestima.

105. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Indebida aplicación de artículo 58 .1 CP sobre abono de prisión preventiva.

El reproche del décimo quinto motivo del recurso gira en torno a la idea de que se tiene que abonar en el cumplimiento de la pena de prisión el periodo de tiempo de privación de libertad sufrido por la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva impuesta por auto de 24/04/2012. Se alega que esa compensación es una previsión legal imperativa que debe ser declarada necesariamente en la sentencia.

Tiene razón la defensa en el fondo de lo que interesa pero no en su planteamiento como motivo de casación.

El artículo 58 del Código Penal obliga al abono para el cumplimiento de una pena privativa de libertad del tiempo de privación de ese derecho sufrido provisionalmente. La compensación es imperativa. En cambio, no es imperativo que esa compensación se haga en el fallo de la sentencia, por más que una añeja ley así lo disponga. Las razones son diversas:

En primer lugar, el artículo 58 CP no establece la exigencia formal de que esa decisión se adopte en la propia sentencia, como tampoco lo hacen los artículos 142 y 742 de la LECrim, que describen el contenido necesario de una sentencia penal.

Es cierto que la Ley de 17 de enero de 1901, sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales, dispone que "los tribunales harán aplicación de las anteriores prescripciones en la parte dispositiva de la sentencia que dictaren" y también es cierto que esta Sala ha declarado que esta Ley, en buena parte derogada, sigue vigente en lo que respecta a su régimen procesal y, particularmente en lo que atañe a la posibilidad de recurso de casación (STS 611/2020, de 16 de noviembre citada).

Sin embargo, la norma en cuestión debe entenderse tácitamente derogada ya que tenía sentido cuando se promulgó pero no ahora. La ley citada obligaba al abono de la prisión preventiva sufrida en la propia causa pero en la actualidad ese abono es mucho más amplio. Piénsese que en el apartado 2º del precepto citado se prevé el abono de la prisión preventiva sufrida en otra causa y que ese abono se debe producir necesariamente en ejecución de sentencia y por un órgano judicial distinto del tribunal sentenciador, el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Por otro lado, el abono de la prisión preventiva forma parte de las operaciones de liquidación de condena y esas operaciones no están sujetas a una rígida intangibilidad. Baste recordar la reciente STS 620/2021, de 9 de julio en la que recordamos que "por la naturaleza dinámica del proceso de ejecución que admite ampliaciones de su objeto -consecuentes, por ejemplo, a fórmulas de acumulación punitiva, quebrantamientos de condena, revocación de suspensiones de pena o de ejecución del resto de pena, etc.- o restricciones - derivas, por ejemplo, de indultos o de pronunciamientos de revisión- el principio de intangibilidad de las resoluciones liquidatorias se somete a modulaciones - vid. STS 606/2018, de 28 de noviembre ". Esto significa que nada impide, no ya que se incluya en la liquidación el abono de la prisión preventiva, sino que incluso se pueda modificar un auto de liquidación de condena con un determinado abono de prisión preventiva si aparecen nuevos datos que obliguen a una nueva liquidación.

Por último, precisamente porque al dictarse sentencia es posible que no se dispongan de los datos necesarios para proceder al abono de la prisión preventiva, esa operación se realiza materialmente en ejecución de sentencia y la doctrina de esta Sala viene reiterado que contra los autos sobre abono de prisión preventiva recaídos en fase de ejecución cabe recurso de casación (SSTS 1045/2013, de 7 de enero y 611/2020, de 16 de noviembre, entre otras muchas).

En conclusión, si bien es cierto que se puede incluir en el fallo de la sentencia una declaración formal de abono de la prisión preventiva, la omisión de esta formalidad no constituye un vicio formal que obligue a que este tribunal complemente el fallo judicial con esa declaración ya que, con independencia de ella, el abono que se reclama tiene que producirse de forma imperativa en ejecución de sentencia.

El motivo se desestima.

106. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Indebida aplicación del artículo 59 CP en relación con la compensación de las medidas cautelares aplicadas.

En el motivo décimo sexto se reclama la rectificación del fallo de la sentencia para que se incluya una declaración específica por la que se abone la medida cautelar de comparecencia apud acta, conforme a las previsiones del artículo 58 del Código Penal.

Esta pretensión debe ser desestimada por las mismas razones expuestas en el motivo anterior ya que esta Sala ha proclamado que el marco normativo y jurisprudencial del abono de la prisión preventiva es aplicable por analogía al abono de medidas cautelares distintas a esa clase de prisión (SSTS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, 53/2015, de 26 de enero y 611/2020, de 16 de noviembre). Ni la ley penal ni la procesal imponen como una exigencia ineludible que la compensación deba realizarse en el fallo de la sentencia condenatoria. Por esa razón y también

por criterios de orden práctico fácilmente comprensibles el abono se suele realizar, en muchas ocasiones, en ejecución de sentencia.

Hay una razón adicional. La compensación de las medidas privativas de derechos precisa de un juicio de ponderación en el que se valore el grado de afflictividad que la medida ha supuesto en concreto al penado (STS 262/2021, de 23 de marzo) y también venimos reiterando que "la competencia para fijar el módulo de equivalencia está residenciada en el tribunal de instancia (SSTS 758/2014, de 12 de noviembre, 262/2021, de 23 de marzo y 109/2021, de 10 de febrero). Esto no significa que la decisión judicial cause indefensión alguna ya que el auto que resuelva la compensación debe adoptarse con cumplimiento del principio de contradicción y es susceptible de recurso de casación.

El motivo es improsperable

107. Motivo por infracción de ley (artículo 849.1 LECrim): Indebida aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP .

107.1 En el decimoséptimo motivo del recurso, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, gira en torno a la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, interesándose su reconocimiento como muy cualificada. La sentencia desestimó esa pretensión en su fundamento jurídico cuadragésimo octavo.

Justifica su reclamación tanto en la duración total del proceso (tres años y nueve meses hasta la sentencia de primera instancia) y en las paralizaciones advertidas durante su tramitación, en total unos 45 meses y medio. Señala que los hechos se iniciaron en el año 2000, el auto de imputación se produjo en febrero de 2011 y la sentencia de primera instancia tuvo lugar el 19/11/2019.

Expone que la dilación en la tramitación procesal le ha supuesto unos perjuicios que exceden de lo ordinario y que son: Estuvo en prisión desde el 24/04/12 hasta el 12/07/12; se le ha impuesto la obligación de constituir una fianza de 450.000€; a lo largo de casi 8 años se le ha impuesto la obligación de comparecer apud acto habiendo cumplido esa obligación en no menos de 150 ocasiones; el Sr. Mariano ha sufrido el embargo judicial de su patrimonio y fue despedido de su puesto de trabajo en abril de 2012; adicionalmente se ha visto sometido a un juicio mediático, lo que agrava los perjuicios personales y patrimoniales, precisamente por su prolongación en el tiempo; dentro del proceso ha sido objeto de imputaciones infundadas y denigrantes como la de haberse incluido así mismo en el ERE de la empresa González Byass, hecho que tuvo gran repercusión mediática y que era falso.

107.2 Para contextualizar nuestra respuesta no es superfluo hacer una pequeña reseña de nuestra doctrina sobre esta circunstancia atenuante.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio introdujo en nuestro Código Penal como causa de atenuación en el artículo 22.6 la "dilación extraordinariae indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa", que ya había sido reconocida y aplicada por la doctrina de esta Sala, como así lo reconoció expresamente la Exposición de Motivos de la Ley en la que se justificaba la reforma diciendo que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

Esta Sala viene declarando, antes y después de la reforma legal, que la lesión del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, producida de forma inexplicable en el propio proceso, constituye un mal equivalente a la pena y su reparación se puede producir en el propio proceso mediante una disminución de la gravedad de la pena. Por lo tanto, Esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10 de diciembre 2008). En el mismo sentido, entre otras (SSTS 27 de diciembre.2004, 12 de mayo 2005, 25 de enero, 30 de marzo, 25 de mayo.2010 y, más recientemente, la número 805/2021, de 20 de octubre).

Sin embargo, el derecho a un plazo razonable no se identifica con el cumplimiento de los plazos procesales o, dicho de otra forma, la lesión de ese derecho no se produce por el incumplimiento de los plazos. Se precisa, según exige el precepto antes citado, de una "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento" por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando ese concepto indeterminado.

Siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hemos señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son: La complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por tanto, para valorar la existencia de la lesión debe procederse al examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Desde un plano formal venimos insistiendo en que la apreciación de la atenuante precisa de su denuncia previa y que se concreten en la petición los datos fácticos que justifiquen su existencia, si bien se aprecia una evolución jurisprudencial tendente a apreciar la atenuante por más que no se hayan cumplido las exigencias formales a que nos hemos referido. Así en las SSTS 507/2020, de 14 de octubre y 1497/2010, de 23 de septiembre se afirma que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

107.3 En este caso se afirma la existencia de dilaciones indebidas a partir de dos postulados: De un lado, que hubo once periodos de paralización con una duración de cada uno de ellos que osciló entre un mes y a un año, sumando un total de 45 meses. De otro, que la duración total del proceso fue de 8 años.

En relación con la tramitación del proceso se infiere de lo argumentado en el recurso que no fue diligente y estuvo marcada por reiterados periodos de inactividad, por lo que su duración total o no guarda proporción con la complejidad de la causa o, en cualquier caso, se trata de una duración intolerable que ha causado graves perjuicios, todo ello en contradicción inequívoca con el derecho a un juicio en plazo razonable.

La queja obliga a analizar tres factores: Las paralizaciones durante la instrucción, el tiempo destinado a dictar sentencia y la duración total del proceso.

(i) No es cierto que haya habido paralizaciones durante la instrucción por lo que decae el primer sustento fáctico del motivo. Basta examinar las actuaciones para comprobar que no hubo paralizaciones en los periodos a que alude el motivo.

El primer periodo de paralización que se denuncia es el comprendido entre el 08/08/2012 y el 05/03/2013, pero el siguiente periodo que se destaca es el comprendido entre el 29/01/2013 y el 22/03/2013 y, como expone el Ministerio Fiscal en su informe, la inconsistencia del argumento se advierte de inmediato dado que el segundo periodo se solapa con el primero. Se dice que en el primer periodo habría una paralización de 7 meses, que no es cierta ya que la resolución de 29/01/2013, interrumpiría ese primer periodo y la resolución de 05/03/2013 interrumpiría el segundo periodo. No habría interrupciones de 7 y 2 meses, como señala el motivo sino, a lo sumo, de 5 meses y 20 días y de 1 mes y 5 días respectivamente.

Al margen de lo anterior, en el periodo comprendido entre 08/08/2012 y el 05/03/2013, se documentaron 9 tomos del sumario (3002 folios) y se adoptaron las siguientes resoluciones: El 11/09/2012 se dicta providencia acordando formar pieza separada y suspender una comparecencia; el 13/09/2012 se dicta providencia acordando formar pieza separada; el día 26/09/2012 se dicta auto acordando la extinción de responsabilidad criminal; en fecha 27/09/2012 se dicta providencia reconociendo nueva representación procesal; el día 9/10/2012 se dicta un auto librando mandamientos a la Guardia Civil; el 31/10/2012 se dicta auto acordando traslados y disponiendo distintos requerimientos solicitados en escritos; el 03/01/2013 se decreta el secreto parcial de las actuaciones desde el oficio de la UCO de fecha 31/10/2012; se alza el secreto de las actuaciones anteriores el 31/10/2012; el 1/02/2013 se dicta auto acordando varias disposiciones; el 1/02/2013 aparece un auto en el que se dispone la prórroga de actuaciones por un mes; en fecha 8/02/2013 encontramos un auto dando traslado de actuaciones a las partes; el 18/02/2013 otro auto requiriendo Junta documentación; el 26/02/2013 resolución acordando la formación de anexos de documentación recibida; el día 01/03/2013 se dicta un auto de prórroga secreto y se resuelven 11 recursos de reforma mediante autos fechados los días 5/03/2013, 6/03/2013; 7/03/2013 y 11/3/2013.

En el segundo periodo, de 29/01/2013 a 22/03/2013, se documentaron 36 tomos, (11.972 folios) y se adoptaron las siguientes resoluciones: El 03/01/2013 se decreta el secreto parcial de las actuaciones desde el oficio de la UCO de fecha 31/10/2012; Se alza el secreto de las actuaciones anteriores mediante auto de 31/10/2012; el 1/02/2013 se dicta auto acordando varias disposiciones; por auto de 1/02/2013 auto se acuerda la prórroga del secreto por un mes; por auto de 8/02/2013 se da traslado de las actuaciones partes; en fecha 18/02/2013 se dicta auto requiriendo a la Junta de Andalucía para entrega de determinada documentación; por auto de 26/02/2013 se acuerda la formación de anexos de documentación recibida; por auto de 01/03/2013 se acuerda la prórroga del secreto de actuaciones y por autos fechados los días 5/03/2013, 6/03/2013; 7/03/2013 y 11/3/2013 se resuelven 11 recurso de reforma.

En el tercer periodo, desde 12/08/2014 a 19/01/2015, se formaron 29 tomos (11.972 folios) y se ha constatado la existencia de las siguientes resoluciones: El día 1/09/2014 aparecen dos autos resolviendo sendos recursos de reforma contra providencia; el 4/09/2014 hay dos autos comunicando existencia de procedimiento en calidad de imputados; en fecha 8/09/2014 se dicta auto asegurando responsabilidades pecuniarias ; el día 18/09/2014 se dicta auto resolviendo un recurso de reforma; el día 22/09/2014 aparece un auto acordando presentación de fianza; el 0/09/2014 hay un auto requiriendo a la Junta de Andalucía documentación concreta; el 2/10/2014 se dicta un auto de sobreseimiento; el 14/10/2014 hay un auto acordando librar oficio al Parlamento de Andalucía; el día 20/10/2014 se dicta auto modificando medidas cautelares; el día 22/10/2014 mediante auto se acuerda librar oficios a distintos organismos; en fecha 30/10/2014 se dicta un auto acordando una imputación; el día 31/10/2014 consta auto modificando medidas; el 27/11/2014 aparece un auto requiriendo la Junta contabilidad IDEA; el 15/12/2014 se dicta auto acordando librar oficio a la UCO; el 23/12/2014 hay un auto acordando requerir a la

Consejería de Hacienda remisión expedientes íntegros de los años 2005, 2005, 2006 y el 19/01/2015 aparece un auto librando oficio a la UCO.

En el cuarto periodo, desde el 16/11/2015 hasta el 14/01/2016, se formó un solo tomo (446 folios). En ese lapso temporal se produjeron las siguientes actuaciones: Por auto de 9/11/2015 se acordó la división de la causa matriz (folio 3433); por Auto de 17/11/2015 se incoaron las presentes diligencias previas (folio 3455); se suceden personaciones; el Fiscal interponer un recurso (folio 3489); se aporta pericial por la representación de Emilia (folio 3613); se presentan distintos escritos por las defensas (folio 3707); se procede a la citación del perito propuesto y a la ratificación del informe (folios 3724 y 3750); y se resuelven los recursos de reforma interpuestos en el tomo 9.

El quinto periodo que se señala transcurre entre el 31/05/2016 y el 28/09/2016, periodo en el que se tramitaron un total de 14 tomos (3.277 folios). En ese periodo de cuatro meses se interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones, nuevos recursos de aclaración y reforma y 21 recursos de apelación contra el auto de transformación, tramitados con traslado a las partes. También se aportó un informe pericial de la Intervención General de la Administración del Estado y el Ministerio Fiscal presentó su escrito de calificación.

El siguiente periodo que se señala es el comprendido entre el 29/11/2016 en que se dicta el auto de apertura del juicio oral y el 24/02/2017. En ese periodo de tres meses promovieron incidentes de nulidad de actuaciones las representaciones procesales de Demetrio, Cesareo y Evelio, que fueron resueltas por Auto de 25 de noviembre (folios 12.968, 12.975, 13.016 y 13.027 - Tomo 36), se presentaron los escritos de calificación de las defensas a lo largo del mes de diciembre (Tomo 36 y 37), se interpusieron recursos por las representaciones procesales del Sindicato Manos limpias y de Benjamín que fueron resueltos, tras su tramitación, por Auto de fecha 20 de febrero de 2017 (folios 13.821, 13.827, 13.829 y 13.841 del Tomo 38).

El siguiente lapso temporal transcurre entre el 12/02/2017 y el 11/05/2017. En esos dos meses se remitió la causa a la Audiencia Provincial (22/02/17) se designó ponente (24/02/2017), se promovieron dos incidentes de recusación (07 y 12/03/2017, resueltos por auto de 11/05/2017 (folios 91 a 113 del Tomo I del Rollo de Sala).

A continuación, se identifica el lapso temporal entre el 11/05/2017 (designación de nuevo ponente) y el 30/06/2017 y entre esta fecha y el inicio de las sesiones del juicio que se produjo el 13/12/2017. En esos periodos de tiempo tampoco hubo paralizaciones porque el magistrado ponente, con recto y buen criterio, convocó a las partes a una comparecencia con la finalidad de consensuar el inicio de las sesiones del juicio oral y su desarrollo, comparecencia a la que asistió el letrado del Sr. Mariano, sin que conste oposición alguna sobre la decisión adoptada en relación con el comienzo y desarrollo de las sesiones. Por otro lado, en ese espacio temporal hubieron de practicarse pruebas, había de atenderse a la agencia de señalamientos del tribunal y practicarse las citaciones, por lo que no puede afirmarse que el tiempo destinado a la preparación de la vista fuera excesivo ni rebasara los estándares ordinarios.

(ii) Es cierto que el tribunal de instancia tardó un año en elaborar la sentencia, pero ese lapso de tiempo no nos parece elevado si se atiende al número de pruebas examinadas durante el dilatado periodo de duración del juicio (un año), a la complejidad de esas pruebas y de las alegaciones formuladas y a la abundante prueba documental que ha debido ser examinada (cerca de 200.000 folios), debiéndose destacar que los magistrados que han realizado esa ardua labor no han contado con apoyo alguno.

(iii) Por último la duración total del proceso (8 años) guarda proporción con la extraordinaria complejidad de la causa.

A nuestro juicio los datos fundamentales a tomar en consideración para analizar la pretensión a la que ahora damos respuesta son los siguientes:

- Los hechos investigados tuvieron lugar durante los años 2000 a 2009 y la presente causa se incoó mediante auto de 19/01/2011, por el que se procedió a la apertura de las Diligencias Previas 174/2011:

- El auto conclusión de la fase de instrucción está fechado el 31/05/2016 (Tomo 21, folios 7768 y siguientes-pieza principal) por lo que la fase de instrucción tuvo una duración de 5 años y 4 meses. El auto de apertura de juicio oral se dictó el 29/11/2016 (Tomo 36, folios 12838 y siguientes -pieza principal). El juicio se señaló en junio de 2017.

- La vista oral se inició el 13/12/2017 y quedó visto para sentencia el 17/12/2018, por lo que tuvo una duración de un año.

- La sentencia se dictó el 19/11/2019, tardando el tribunal de instancia un año en dictar sentencia - La documentación de las actuaciones es de proporciones inusuales. La causa principal se compone de 119.565 folios (Tomo 1 a 328), más los Tomos 329 a 334 con numeración propia y otros 41 tomos de anexos documentales. La pieza separada principal se compone de 14.276 folios (41 tomos) más 9 tomos de anexos documentales y, además, hay otra pieza documental numerada que integra los documentos aportados al juicio.

- Y, por último, la complejidad de la investigación es notoria. Se incorporado numerosos informes técnicos y policiales, peritajes, así como expedientes administrativos diversos que han debido ser examinados por los magistrados que han intervenidos en la instrucción y en el enjuiciamiento. Aun cuando sólo han sido juzgados en esta pieza 21 personas, la investigación ha sido mucho más amplia y el propio motivo cifra en 264 personas las que han sido investigadas. Las declaraciones de investigados y testigos han sido múltiples, se han adoptado medidas

cautelares, se han practicado periciales, los recursos han sido numerosos, como también los escritos de todo orden presentados por las partes. Por último, la envergadura del proceso originó que se nombraran magistrados de refuerzo en las fases previas al juicio para auxiliar a la magistrada titular.

107.4 Ponderando todos los datos a que nos hemos referido con anterioridad estimamos improcedente apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

No han existido paralizaciones de relevancia. Hemos indagado los periodos de paralización señalados en el recurso y hemos podido comprobar que no se corresponden con la realidad. No han existido esas paralizaciones a salvo del tiempo dedicado por el tribunal de instancia para dictar sentencia que, como hemos argumentado, no es excesivo ni puede engrosar la categoría de "dilación indebida". Es, por el contrario, un plazo de tiempo razonable, dada la enorme complejidad del análisis, tanto fáctico como jurídico, que hubo de afrontar el tribunal para alumbrar su resolución.

El argumento de mayor potencia lo encontramos en la duración total del proceso que ha sido de 8 años. Ciertamente es un tiempo elevado pero en modo alguno desproporcionado o indebido.

En la STS 695/2021, de 15 de diciembre hemos dicho que "el tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe medirse en términos funcionales. Ha de evaluarse, a la luz del objeto del proceso, su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal. De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, ocasionando un plus afflictivo a la persona sometida al proceso".

Y en este caso no se han producido disfunciones que permitan afirmar la existencia de dilaciones indebidas o injustificadas. El procedimiento es de proporciones difícilmente repetibles. El número de personas investigadas supera las 250, hasta el punto de que hay numerosas piezas separadas pendientes de enjuiciamiento; La documentación aportada y examinada es ingente; los informes, expedientes y cuestiones analizadas son de una complejidad notoria como lo evidencia el contenido de la sentencia de instancia y también de esta sentencia de casación; la gestión procesal también ha sido compleja, si se atiende al número de recursos, de escritos que han debido ser proveídos y de medidas cautelares y de todo orden adoptadas durante la tramitación; la duración del juicio es extraordinaria y el esfuerzo realizado para dictar finalmente la sentencia también.

En esas circunstancias una duración total de 8 años, sin la existencia de paralizaciones significativas, según hemos explicado con anterioridad, obliga a concluir que es razonable y se corresponde con la complejidad del proceso, sin que apreciemos que haya existido inacción o paralizaciones dignas de mención, ni tampoco una tramitación que pueda catalogarse de desordenada, premiosa o indolente.

El motivo se desestima.

108. Motivos por infracción de ley. Error en la valoración de la prueba (artículo 849.2 LECrim).

En el octavo motivo del recurso se alega que el Informe Adicional Definitivo de Auditoría de Cumplimiento del IFA correspondiente al ejercicio 2003 contenía importantes modificaciones respecto del Informe Provisional de las que no se dio traslado a la Consejería de Empleo y que, de haberse dado traslado se habrían formulado alegaciones a cada uno de los reparos y se habrían adoptado las medidas procedentes de lo que deduce la defensa, que el proceder de la Intervención de la Junta de Andalucía no fue correcto y que no es cierto que la Consejería de Empleo tuviera conocimiento de las irregularidades expuestas en el Informe Adicional Definitivo.

A partir de estos hechos se pretende, y citamos literalmente, "la oportuna corrección del relato de hecho probados-página 66 último párrafo- por un lado, mediante la exclusión del hecho de existir identidad de contenido entre el Adicional Provisional y el Adicional Definitivo y, por otro, mediante la adición del hecho de haberse producido una omisión de contenidos relevantes en el Informe Adicional Provisional, respecto de los que luego se incorporaron al Adicional Definitivo, los cuales no pudieron ser objeto de legalizado conocimiento y alegación por parte del órgano concernido".

Se señalan como documentos acreditativos del error denunciado los siguientes:

- Informe Provisional de Auditoría de Cumplimiento realizado a IDEA 2003, emitido en 2005 por IGJA y remitido a sus destinatarios para alegaciones: Pieza Documental Numerada, archivo N° 75 - Informe Definitivo de Auditoría de Cumplimiento realizado a IDEA 2003, emitido en 2005 por IGJA: PPRI, anexo 1 Informes CFP, Tomo 1, año 2003, 1º pdf - Anexo II al Informe Provisional de Auditoría de Cumplimiento realizado a IDEA 2003: Informe Complementario Ayudas D.G. Seguridad Social: Pieza Documental Numerada, archivo N° 75, anexo Segundo, pg. 32 y siguientes del pdf - Anexo III al Informe Definitivo de Auditoría de Cumplimiento realizado a IDEA 2003: Informe Complementario ayudas D.G. Seguridad Social: PPRI, anexo 1 Informes CFP, Tomo 1, año 2003, 2º pdf, pg 5 y siguientes del pdf. Alegaciones CEM al informe Provisional de Cumplimiento IDEA 2003 emitido en 2005, evacuadas por - Viceconsejería 11 abril 2005: PPRI, anexo 1 IGJA, carpeta 1 - Informes de Control Financiero Permanente,

Tomo 1, año 2003, pdf 2º, pg 24 y siguientes del pdf - Alegaciones de la Consejería de Empleo (CEM) al informe Provisional de Cumplimiento IDEA 2003 emitido en 2005, evacuadas por Viceconsejería 11 abril 2005: PPRI, anexo 1 IGJA, carpeta 1 Informes de Control Financiero Permanente, Tomo 1, año 2003, pdf 2º, pg 24 y siguientes del pdf

Una vez más debemos recordar que la vía casacional del art. 849.2 LECrim, autoriza exclusivamente a rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente o para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos literosuficientes, que acrediten el error sin precisar de la adición de ninguna otra prueba. Para la afirmación del error no puede acudirse a conjeturas o complejas argumentaciones y es necesario que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre) y no es suficiente, por tanto, que sea posible una distinta interpretación de un documento sino que es necesario que el documento por su contenido literal evidencie la deficiencia o error del relato fáctico. Debe tratarse de documentos que constituyan la única prueba del hecho, sin que sea factible una cita extensa de folios o documentos de las actuaciones para que se proceda a una nueva valoración de la prueba a fin de establecer unas inferencias discordantes con las de la sentencia (STS 431/2006, de 9 de marzo).

Partiendo de estas premisas el motivo no puede ser acogido porque parte de afirmaciones que no se corresponden con la realidad. De un lado, no es cierto que la sentencia identifique el Informe Adicional Provisional con el Informe Adicional Definitivo y, desde luego, el párrafo que se destaca del juicio histórico para hacer semejante afirmación no contiene esa identificación. De otro lado, el tribunal, dentro de la libertad de criterio que la corresponde a la hora de establecer el relato de hechos probados ha destacado como hecho relevante para determinar el conocimiento que los distintos acusados pudieron tener de las irregularidades, la notificación del Informe Adicional Definitivo, sin que resulte relevante a estos efectos si ese informe contenía diferencias sustanciales respecto del Provisional y si esas modificaciones fueron o no notificadas al órgano auditado para que formulara alegaciones Lo relevante es determinar si las distintas autoridades tuvieron conocimiento de las irregularidades que se estaban produciendo y de la ilegalidad del nuevo sistema de presupuestación utilizado (transferencias de financiación) para el pago de las ayudas sociolaborales por el IFA, dato fáctico que ha sido establecido a partir de numerosas pruebas y no sólo del contenido de los Informes Adicional y Definitivo que, por cierto y en lo que atañe a esta cuestión, ofrecen unas conclusiones casi idénticas, como puede apreciarse de la lectura de ambos documentos (Informe Provisional, pág. 14, Pieza Documental, archivo 75 e Informe Definitivo- PPRI Pieza Principal, Anexo I, Carpeta I, Tomo I, Año 2003, folio 14 y 15-).

Resulta obligado destacar que en ambos como última conclusión se informa que " la utilización del expediente administrativo transferencia de financiación en lugar de la procedente, encargo/entidad colaboradora, impide la fiscalización del gasto en fase previa y dificulta el control por las razones expuestas".

109. Motivo por infracción de ley. Error en la valoración de la prueba (artículo 849.2 LECrim).

El décimo motivo de casación, a través de un extenso alegato, que se asienta en la valoración de multitud de documentos que serán relacionados seguidamente, se pretende deducir errores sustanciales en los apartados 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 14º, 15º y 19º del juicio histórico, afirmando como error común la idea de que la forma de presupuestación utilizada (transferencias de financiación) tenía como finalidad la gestión de fondos sin la previa fiscalización de la Intervención General. Se aduce que la mera lectura de los documentos que se reseñan permite establecer los hechos siguientes:

- No hubo ocultación, sino total transparencia y claridad (en la Memoria de las modificaciones presupuestarias; en la Memoria y Fichas del Programa 31L unidas como anexo de las leyes de presupuesto; en la Memoria de cumplimiento de objetivos del Programa 31L inserta en la Cuenta General rendida al Parlamento anualmente por la Cámara de Cuentas de Andalucía) tanto en cuanto - El carácter finalista y el destino y la finalidad concretos de las transferencias de financiación (financiar la concesión y pago de ayudas a trabajadores y a empresas en crisis), como en cuanto al modo de gestión dedicho Programa (Dirección General de Trabajo a cargo de la concesión de las ayudas; IFA/IDEA a cargo de su pago). - La Intervención tuvo desde el primer momento exacto y puntual conocimiento del uso de estas transferencias de financiación de carácter finalista, del concreto destino y finalidad de las mismas, y del modo de gestión del Programa. - La Intervención disponía de una herramienta legal (el reparo suspensivo del artículo 7.1.b) del Reglamento de la Intervención , en caso de someterse a fiscalización un crédito presupuestario no adecuado) para la inmediata suspensión del uso de estas transferencias de financiación por parte de la Dirección General de Trabajo, pero jamás hizo uso de tal prerrogativa [que al tiempo es mandato] legal, sino muy al contrario: la Intervención fiscalizó de conformidad todas y cada una de las transferencias de financiación ordenadas por la Dirección General de Trabajo a IFA/IDEA a lo largo de todo el periodo examinado. De haberse producido tal reparo suspensivo, el incidente hubiera culminado, en última instancia, con el conocimiento

de la situación y su resolución por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. - La Intervención disponía de una herramienta legal (el informe de actuación del artículo 12.5 del Decreto 9/1999, previsto para el caso de que la entidad auditada no corrigiera las irregularidades detectadas o incumpliera las recomendaciones de la Intervención; o en caso de riesgo de menoscabo de fondos públicos) para la inmediata paralización del pago por IFA/IDEA de las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo, pero jamás hizo uso de tal prerrogativa (mandato) legal, sino muy al contrario: además de fiscalizar de conformidad -siempre- las transferencias de financiación, es así que la Intervención no emitió -nunca- informe de actuación cuando IFA/IDEA, transcurridos 6 meses desde la notificación del Informe de Cumplimiento Definitivo 2003, no corrigió las irregularidades detectadas y que, en cuanto que entidad auditada, de manera directa le concernían; las cuales expresamente se hicieron constar por la Intervención en el Informe Adicional anexo a aquél. De haberse producido tal informe de actuación, el incidente hubiera llegado, en última instancia, a conocimiento y resolución por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

- Los cargos políticos superiores jerárquicos del órgano de gestión dueño del Programa 31L, la Dirección General de Trabajo concedente de las ayudas, y del ente instrumental pagador, IFA/IDEA, como consecuencia de no haberse activado en ningún momento aquellos mecanismos legales reglados de que disponía la Intervención, y de que, por tanto, formalmente jamás llegara a quebrarse la apariencia de legalidad del sistema de concesión y pago de las ayudas de ese Programa - aprobado cada año en las leyes de presupuesto de la Comunidad-, pudieron legítimamente presumir y actuaron siempre desde una razonable expectativa en el sentido de que, en ausencia de aquellas iniciativas reservadas en exclusiva al órgano de fiscalización y control, las actuaciones de dicho órgano de gestión y ente instrumental se ajustaban a la legalidad.

Los documentos invocados a los efectos del presente Motivo en el escrito de preparación del recurso, son los siguientes:

- Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el cual se aprueba el programa de control a realizar en el ejercicio sobre las empresas de la JA sometidas a Control Financiero Permanente de las Empresas Públicas, 1999- 2007. - Oficio del Interventor General D. Doroteo remitido en fecha 18 octubre 2004 al Interventor Delegado de la CEM, ordenando practicar retención cautelar de crédito. Comunicación a la Consejería de Economía y Hacienda de la retención cautelar practicada por el Interventor Delegado CEM D. Alexander en fecha 28 octubre 2004. - Expediente 2002/238464 "Transferencia de Financiación I FA" fiscalizado por la Intervención Delegada de la CEM: PPRI, DOCUMENTOS ESCANEADOS IGAE I, CAJA CEM, CAJA V, PDF FC_006, pág. 3, 24 de oct de 2002. - Convenio Marco suscrito por D. Severiano en representación de la Consejería de Empleo y D. Mariano en representación del IFA, en fecha 17 julio 2001. - Propuesta de modificación presupuestaria en expediente N° NUM067, elevada al Consejo de Gobierno en fecha 19 julio 2000 por la Consejera de Economía y Hacienda, con alta en el P22E por importe de 904.000 euros, y en cuya exposición se hace referencia al Convenio Marco de colaboración con el IFA en materia de fomento y mantenimiento del empleo y reestructuración de empresas. - Proyectos de Ley del Presupuesto aprobados por el Consejo de Gobierno y remitidos al Parlamento de Andalucía para debate, enmienda y en su caso aprobación de los años 2002 a 2010. - Memorias de cumplimiento de objetivos del P31L inserta en Cuenta General rendida al Parlamento anualmente por la Cámara de Cuentas de Andalucía de los años 2002 a 2010.

No vamos a reiterar los estrechos límites en los que se desenvuelve este motivo casacional pero sí recordar que este cauce impugnativo no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace estimable otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia. Esto que no es posible es lo que precisamente hace el motivo. Realizar una nueva valoración global de la prueba, según su particular interpretación de la abundante prueba documental que cita, para llegar a una conclusión que es central en la sentencia y que ha sido afirmada en el juicio histórico mediante la valoración conjunta de la abundante prueba obrante en autos.

La pretensión es legítima pero inviable ya que lo que se interesa no es admisible en la vía casacional elegida por dos razones: Una, porque ninguno de los documentos señalados es literosuficiente y, otra, porque esos documentos han de ser valorados junto con otros que no cita y, en general, con la restante y copiosa prueba practicada en el juicio y ya hemos dicho que el error o la omisión que se denuncie tiene que deducirse directamente del documento, sin complejas argumentaciones y sin que existan otras pruebas de signo contrario.

En consecuencia, el motivo se desestima.

110. Motivo por infracción de ley. Error en la valoración de la prueba (artículo 849.2 LECrim).

En el apartado décimo segundo del recurso, invocando como documentos acreditativos de error facti decenas documentos (borradores de anteproyectos de presupuestos de la consejería de empleo, de las leyes de presupuestos, proyectos de ley de presupuestos, propuestas de modificaciones presupuestarias, enmiendas parlamentarias, memorias de cumplimiento de objetivos del programa P31L) se pretende la adición del relato fáctico incorporando hechos que se estiman fundamentales y sobre los que el juicio histórico guarda silencio. En el motivo se resume su pretensión en el siguiente párrafo:

"En el factum se hace constar, de un lado, que, en el ejercicio de sus funciones, entre 2000 y 2009 los acusados tramitaron y aprobaron un cierto número de Modificaciones Presupuestarias, y de otro, que como miembros del Consejo de Gobierno aprobaron los Proyectos de Ley de Presupuestos que incorporaban las transferencias de financiación de autos, todo ello a ciertos fines espurios y con consistencia delictiva; y sin embargo, es así que absolutamente nada establece la Sentencia en sus HECHOS PROBADOS en relación a hechos de carácter fundamental y directamente relacionados con los anteriores, la omisión de los cuales tiene relevancia en el fallo, y que consisten, por un lado, en que el Parlamento de Andalucía tuvo siempre y en todo momento puntual conocimiento y, por parte de quienes correspondió en ese ámbito (parlamentarios miembros de la Comisión de Hacienda y Presupuestos; Oficina de Control Presupuestario; Cuerpo de Letrados de la Cámara), todas y cada una de aquellas Modificaciones Presupuestarias fueron siempre pacíficamente aceptadas y asumidas; y de otro [siendo ello correlato y buena prueba de lo anterior], que por parte del Parlamento de Andalucía se debatió, enmendó y aprobó año tras año entre 2002 y 2010 la aplicación 440.51.31L, y en consecuencia la partida presupuestaria 'Transferencias de Financiación a IFA/IDEA' se incorporó, como genuina voluntad del Legislador Andaluz, a la correspondiente Ley del Presupuesto de la Comunidad en todos y cada uno de esos ejercicios".

Las precisiones realizadas en el motivo anterior sobre los contornos y límites del motivo de casación previsto en el artículo 849.2 de la LECrim deben tomarse en consideración de nuevo para dar respuesta a este motivo que, en lo sustancial, sigue el mismo patrón que el anterior.

Basta leer los fundamentos jurídicos cuyo contenido indirectamente se impugna a través de este motivo casacional para comprobar que las inferencias establecidas por el tribunal de instancia a cerca del conocimiento que el Parlamento Andaluz tuvo sobre las ayudas sociolaborales y sobre la forma en que se llevó a cabo el gasto fueron realizadas valorando pruebas muy numerosas y no siempre concordes, así proyectos de ley, enmiendas parlamentarias, Dictamen de la Ponencia de Síntesis de la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre las ayudas sociolaborales, presupuestos de IFA/IDEA, documentación anexa a los presupuestos, etc.

Por lo tanto, los documentos que se mencionan no son literosuficientes respecto de los extremos que se pretenden incorporar al relato fáctico. En realidad, lo que propugna el este motivo de censura es que realicemos una global valoración de la prueba acerca del hecho que se cuestiona y que salgamos de los estrechos márgenes del motivo de casación invocado, pretensión que no puede ser admitida.

111 Motivos por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia: Irracional valoración de la prueba.; Control de la suficiencia y motivación en la valoración del Informe Adicional al de cumplimiento del IFA de 2003.

En este recurso se articulan tres motivos (4º, 6º y 7º) por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución española, que garantiza el derecho a la presunción de inocencia a los que vamos a dar contestación conjunta siguiendo un orden expositivo similar al seguido en otros recursos que también denuncian la lesión de ese derecho fundamental.

111.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

La sentencia de instancia ha condenado a don Mariano por la comisión de sendos delitos de prevaricación y malversación, declarando probado que " era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados, disponiendo, y permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Al igual que con el resto de acusados la resolución impugnada inicia su argumentación probatoria precisando el cargo desempeñado y sus competencias.

La prueba documental acredita que fue Viceconsejero de Trabajo e Industria, desde 1996 hasta ser nombrado Viceconsejero de Empleo, desde abril de 2000 hasta el 25 de abril de 2004. A partir de esa fecha y hasta el 22 de marzo de 2010 fue Consejero de Empleo. También fue presidente del IFA desde el 6/06/2001 hasta el 28/01/2003.

Como Consejero y conforme al artículo 9 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza, tenía asignada la competencia de "formular el anteproyecto de presupuesto de su consejería" así como "proponer al Consejo de Gobierno los Proyectos de Ley o de Decreto relativos a las cuestiones atribuidas a su consejería".

Y como Viceconsejero, además de ostentar la jefatura superior de la Consejería después de su titular, ejercía la dirección, impulso y coordinación de las Secretarías Generales y demás centros directivos. Conforme al artículo 41 de la Ley 6/1983, de 21 de Julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, a los Viceconsejeros se les atribuyó las competencias que a nivel estatal tenían los subsecretarios y en el artículo 15 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a estos últimos se les atribuía, entre otras, las siguientes competencias:

"e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus Organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.

g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden, y en particular en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. En los mismos términos del párrafo anterior, informar las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda. A tales efectos, será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio, y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.

h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él".

En cuanto a su ámbito de competencias debe destacarse que la disposición de los fondos era una competencia atribuida al titular de la Consejería, de modo que para que el Director General de Trabajo pudiese disponer de los mismos era necesaria una delegación de competencias por el titular de la Consejería, delegación expresa que no se produjo hasta la Orden de 3 marzo del 2010.

Además de lo expuesto, las pruebas tomadas en consideración por el tribunal de instancia para llegar a un pronunciamiento de culpabilidad han sido las siguientes:

(i) Tuvo un completo conocimiento del contenido de los Acuerdos de Concertación y Pactos por el Empleo, desde, al menos, la firma del Pacto por Empleo del año 1997; y, por tanto, tuvo conocimiento de la decisión de conceder ayudas sociolaborales. Las concedidas a finales de los años 90 y hasta el año 2000 lo fueron como subvención excepcional (Prueba de cargo 1).

En este sentido, la Audiencia destaca que así lo reconoció en su declaración ante el Juzgado de instrucción, de 20 de abril de 2012. En la sentencia impugnada se hace alusión al siguiente fragmento:

"¿Cuál era el procedimiento para concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas que se utilizaba antes del Acuerdo Marco de 17 de julio de 2001 y cuáles eran las disposiciones legales que lo amparaban? Anterior al 2001 existía una política menos intensiva en ayudas ya que la situación de crisis era distinta. El procedimiento era la subvención excepcional para las ayudas a trabajadores, llamada ahora ayudas sociolaborales, y en empresas en crisis solía usarse también el método de la ayuda excepcional o subvención no reglada. En ambos casos pues se utilizaba la figura de la subvención excepcional y conforme a la normativa vigente que regulaba las ayudas"

(ii) Tuvo conocimiento del reparo opuesto por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, en la tramitación del expediente de HAMSA, ya que fue quien firmó las alegaciones al primer informe de fiscalización con disconformidad (PPRI, INFORME IGAE COMPLETO, 1.1., ANEXO TOMO 1, PDF 39-73) (Prueba de cargo 2).

El Letrado Adscrito a la Consejería de Empleo del Gabinete Jurídico Junta de Andalucía, mientras el Sr. Mariano fue Viceconsejero, emitió un informe sobre la imposibilidad de convalidación de gasto en una ayuda a extrabajadores de la empresa IAMASA, donde expresamente se afirmaba la imposibilidad de que el IFA actuase como entidad colaboradora, al tratarse de subvenciones excepcionales.

La señalada prueba evidencia que tuvo conocimiento de las dificultades que se estaban produciendo a la hora de conceder las subvenciones excepcionales antes señaladas, circunstancia que afectaba directamente al eje de la política de Gobierno a la que refiere la prueba de cargo precedente.

(iii) Mientras fue Viceconsejero de Empleo, se tramitaron las modificaciones presupuestarias de los años 2000 y 2001, a través de las cuales se introdujo el uso inadecuado de transferencias de financiación en el programa 22E.

Baste en este punto recordar que, en síntesis, a través de las señaladas modificaciones se habilitó presupuestariamente la posibilidad de que se pudiesen conceder ayudas excepcionales por la Consejería de Empleo, sin sujetarse a la normativa vigente para la concesión de las subvenciones excepcionales, a través de dos instrumentos: las transferencias de financiación y el Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

(iv) Era Viceconsejero de empleo cuando asistió la Comisión General de Viceconsejeros del 26 de julio de 2000, por la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria, por importe de 904 millones de pesetas, que, en esa ocasión, tuvo por objeto reducir la partida 481.00.22E (recuérdese que era la apropiada para la concesión de subvenciones excepcionales) y el correspondiente aumento de la partida 440.0022E, "Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales" (Prueba de cargo 4).

A tal efecto, cita el extracto que, para el Consejo de Gobierno, se remitió, junto con la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000; extracto que fue el que, asimismo, se utilizó en la Comisión General de Viceconsejeros. En el mismo se afirma que:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 298 de 11 de julio, transferencia de créditos entre capítulos II y IV por importe de 965.000.000 ptas. La modificación propuesta tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01, con el crédito suficiente para desarrollar el Convenio Marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas".

El documento es suficientemente expresivo. En él, se mencionan las transferencias de financiación, el Convenio Marco de colaboración entre el IFA y la Consejería de Empleo, la finalidad perseguida a través de las transferencias de financiación y la necesidad de incrementar una partida presupuestaria, no vinculada a esa finalidad. Sólo con el contenido de ese extracto es difícil sostener que no fuese conocedor de los hechos por los que ha sido condenado. En esas pocas líneas, se dibuja el mecanismo subvencional ilegal que nos atañe.

(v) Firmó el Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, de 17 de julio de 2001, en la que actuó como presidente del IFA, informando a los miembros del Consejo Rector. La prueba de su intervención en dicho Consejo se deduce de la declaración sumarial prestada por don Borja, cuyo contenido se transcribe en la sentencia (Prueba de cargo 5).

La firma del Convenio Marco es considerada por la Sala de instancia como una relevante prueba de cargo, pues, como hemos dicho, a través de este instrumento jurídico, unido al uso de las transferencias de financiación, fue posible que la Consejería de Empleo eludiese los procedimientos legalmente establecidos para la concesión de subvenciones (es decir, eludir la normativa relativa para la concesión de subvenciones excepcionales sometidas a la fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo).

(vi) Estrechamente vinculado con lo anterior, la sentencia de instancia valora como prueba de cargo el que el Sr. Mariano firmara una pluralidad de convenios particulares de colaboración con quien entonces era el Director General de Trabajo, Don Borja. Afirma que, a través de los mismos, ordenó al Director General de Trabajo que pagara ayudas, usando ya la partida 440.00, "Transferencias de Financiación a IFA", del programa 22E (Prueba de cargo 6).

La Sala a quo, a título de ejemplo, cita el Convenio de Colaboración de fecha 19 de julio de 2001, dentro del expediente de HAMSA (Ppri, tomo 21, 8.344-8.380, páginas 28 a 30).

(vii) Formaba parte de los grupos de trabajo que analizaban los programas presupuestarios de la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 7).

Los grupos de trabajo, se integraban por altos cargos de la Administración en materia presupuestaria y, en particular, por el Viceconsejero de Economía y Hacienda, el Secretario General de Economía, el Secretario General de Hacienda, el Director General de Planificación, el Director General de Presupuestos y el Director General de Fondos Europeos, así como el Viceconsejero de la Consejería cuyo presupuesto fuese objeto de análisis, en cuanto interesa al presente recurso, el de Empleo (el recurrente), y del Secretario General Técnico y de los responsables de los Programas de tal Consejería.

Su regulación se encontraba cada año en una Orden elaborada por la Consejería de Hacienda. Las distintas Órdenes, que tenían un contenido técnico semejante cada año, señalaban las competencias de estos grupos que, entre otras cuestiones, debían evaluar la ejecución del programa en el ejercicio anterior y la previsión del vigente, analizando el grado de cumplimiento de los objetivos y las causas de las desviaciones presupuestarias, que, en su caso se hubiesen producido, y, asimismo, revisar el programa de gastos y establecer su prioridad, en función de los objetivos que se debían alcanzar.

La participación en estos grupos en una fuente más de información con la que contó para valorar la legalidad de su actuación.

(viii) Como Viceconsejero, intervino en la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004.

En los presupuestos del año 2002 en se introdujo por primera vez el uso de la transferencia de financiación al IFA dentro del programa 31L (pues, con anterioridad, las transferencias de financiación encontraban su amparo normativo en las modificaciones presupuestarias).

El uso de las transferencias de financiación venía recogido en las propias Memorias de las Leyes de Presupuestos. En este sentido, a título de ejemplo, la Audiencia Provincial expone un fragmento de la Memoria del Presupuesto del año 2003, en el que se afirma que las transferencias de financiación tenían por finalidad: "Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis" (PESP, Tomo 4, folios 1270 y ss, páginas del pdf 174 y ss-).

Además, en los informes económicos financieros que, asimismo, debían acompañar a las Leyes de Presupuestos de cada ejercicio, se hacía referencia a la existencia del Convenio Marco de 17 de julio de 2001, firmado entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, con ocasión del programa 31L (Documento Parlamento, presupuesto 2003, PDF nº 7-IEF_2003, folios 126 y 127).

Advertimos, por tanto, que la inclusión de las transferencias de financiación en los Anteproyectos de Presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004, constituyó una suerte de evolución del sistema de concesión de ayudas ilegales, pues hasta ese momento se habían estado usando, según hemos expuesto, las modificaciones de presupuestos.

(ix) La prueba de cargo 9 se integra por el reconocimiento prestado por el Sr. Mariano en el Juzgado de instrucción de que, a través del sistema implantado y el uso de las transferencias de financiación y el Convenio Marco, las subvenciones no se hallaban sujetas a la fiscalización previa.

En concreto la Audiencia Provincial destaca la declaración prestada por aquel, en fecha 20 de abril de 2012. Dice así:

"¿Era usted consciente de que con el uso y mantenimiento del mencionado Convenio Marco, se permitía por la Consejería de Empleo, al no regir el régimen de fiscalización propia de las subvenciones, una ausencia absoluta de control sobre las condiciones de los solicitantes, sobre su capacidad económica, sobre si estaban al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, sobre la necesidad y viabilidad de la ayuda y sobre el cumplimiento del destino de las ayudas? Que había fiscalización de las ayudas a través del control permanente del IFA por parte de la intervención. Que es cierto que no existía fiscalización previa, uno por uno, antes de conceder las ayudas".

Asimismo, la Sala a quo destaca la declaración de fecha 22 de abril de 2012. En concreto, considera el siguiente pasaje:

"Conforme a ese procedimiento específico previsto en el Convenio Marco, la Fiscalización de la Intervención se reduce a la fiscalización posterior de la Agencia, la cual sólo va a gestionar el pago efectivo. ¿Se traducía este sistema operativo en la posibilidad del Centro Directivo que estaba a su cargo, de disponer de una cantidad que en el conjunto de estos años ha llegado a los 700 millones de euros, que escapaba a una fiscalización previa de la Intervención que verificara los elementos que se le han expuesto? Y manifiesta que es cierto.(...) ¿Por qué en este expediente de Valeo sí se acoge la normativa del Ministerio de Trabajo, y por qué en el resto de expediente no se hace? Y manifiesta, que porque en este caso, las ayudas que se financiaba(n) eran las AEJAS, ayudas previas a la jubilación anticipada, que se financiaban por el Ministerio de Trabajo, pero la gestión de las mismas estaba transferidas (sic) a la Consejería de Empleo, es decir que era una ayuda distinta a la del procedimiento específico prevista en el Convenio Marco".

A mayor abundamiento, era conecedor de la discrecional concesión de ayudas articulada, en la medida en que él mismo impartió directrices al Director General de Trabajo, don Borja, sobre la aplicación del citado Convenio Marco al afirmar que podían concederse ayudas individuales. Así lo reconoció en su declaración ante el Juzgado de instrucción de 21 de abril de 2012 (PPRI, TOMO 48, 18.013-18.136, PDF 1-83); en concreto, al responder a la siguiente pregunta:

"...le pregunta por S. Sria. a la vista de su contestación, si no es verdad que la afirmación del Sr. Borja es completamente cierta, ya que fue el declarante, cuando se había aprobado el Convenio Marco (y por supuesto el Sr. Borja no tenía conocimiento del mismo), el que le explicó las directrices de concesión de ayudas, y entre ellas le explicó que la ayuda individual podía estar incluida en la ayuda sociolaboral. Y manifiesta que es cierto que el declarante le transmitió la información y que ese contenido que le transmitió el declarante formaba parte del acuerdo al que llegaron el dicente y el Sr. Severiano sobre los criterios de concesión derivados del Acuerdo Marco".

(x) Como Consejero de Empleo, aprobaba los Anteproyectos de Presupuesto de su Consejería y, como miembro del Consejo de Gobierno, participaba en la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos (Prueba de cargo 10).

(xi) En la sesión del Consejo Rector del IFA, de fecha 29 de octubre de 2001, informó de las novedades presupuestarias incorporadas al Proyecto de Ley de Presupuestos para la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002, en particular, en relación con el IFA (Prueba de cargo 11). Al respecto, el acta de dicha sesión recoge lo siguiente:

"Respecto del primero de ellos, se refiere a las novedades presupuestarias incorporadas al proyecto de Ley del Presupuesto para la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el ejercicio de 2002, relativos al Instituto, del que resalta que se habilitarán 250 millones de pesetas adicionales a la partida de subvención de explotación con la que actualmente cuenta el Instituto, toda vez que las cantidades de las que deberá disponer para hacer frente a las amortizaciones por su endeudamiento son mayores. En la actualidad, el endeudamiento a largo plazo alcanza los 15.400 millones de pesetas, pero a causa de la financiación de Santana Motor, ésta se elevará al doble a partir del próximo ejercicio. Esta circunstancia ha sido puesta en conocimiento de la Consejería de Economía y Hacienda, dado que las amortizaciones supondrán una elevada carga para este Instituto".

La señalada prueba debe ponerse en relación con el resto de la hasta aquí examinada. Evidencia que el Sr. Mariano era consciente, tanto de la situación de déficit presupuestario en la que se estaba viendo incurso el IFA, como de que tal situación tenía su origen en el ilícito en el pago de ayudas vehiculizadas a través del mismo, que actuaba como mera caja pagadora.

(xii) Firmó los acuerdos para llevar a cabo las transferencias de financiación al IFA, por delegación del Consejero (Prueba de cargo 12). En concreto, el Tribunal de distancia destaca dos ejemplos:

- El acuerdo relativo a los fondos provenientes de la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000 (PPRI, INFORME IGAE COMPLETO,1.1. ANEXO PDF DOC.INF.DIC-2013, ANEXO TOMO 3, páginas 153 y siguientes del PDF). - El acuerdo de transferencia de financiación de 13 de diciembre de 2001, en virtud de modificación presupuestaria acordada por el Consejo de Gobierno, de 13 de noviembre de 2001 (PPRI\ANEXO - 01 INTERVENCION GENERAL JUNTA DE ANDALUCIA\2.- FISCALIZACION TRANSFERENCIAS FINANCIACION\TOMO - 3\AÑO - 2.000\ 643 - 724\página 11).

Y como presidente del IFA emitía las oportunas certificaciones de incorporación de dichos fondos al PAIF de la entidad.

Las pruebas de cargo expuestas hasta este momento permiten afirmar que: (i) suscribió el Convenio Marco que, unido a las transferencias de financiación, permitían la concesión ilegal de las ayudas sociolaborales; (ii) sabía de su ilegalidad, por cuanto quedaban exentas de la fiscalización previa, entre otros aspectos; y (iii) sabía que el destinatario e importe de las ayudas se decidían en la Consejería de Empleo, ya que él mismo no solo firmó los acuerdos para llevar a cabo las transferencias de financiación al IFA por delegación del Consejero, sino que, además, como presidente del IFA emitió las oportunas certificaciones de incorporación de dichos fondos al PAIF de la entidad.

(xiii) Siguió haciendo uso de las transferencias de financiación durante el tiempo en que fue Consejero de Empleo y miembro del Gobierno (Prueba de cargo 13).

Por tanto, si tuvo conocimiento del uso de las transferencias de financiación en su condición de Viceconsejero, el mismo conocimiento debe atribuírsele en su condición de Consejero de Empleo, máxime cuando durante el tiempo en que ocupó el cargo el procedimiento ilegal de concesión de subvenciones se desarrolló y consolidó (recordemos que fue Consejero de Empleo hasta el 22 de marzo de 2010).

(xiv) Presentó en la Comisión General de Viceconsejeros el Proyecto de Decreto de 2000 (Prueba de cargo 14), que se realizó en la misma Consejería.

El hecho de que fuese llevado a la Comisión de Viceconsejeros, de la que formaba parte, no solo en esa ocasión, sino en otras dos más, y que fuese retirado del orden del día en las tres ocasiones, no pudo ser desconocido y resulta obligado recordar que el Proyecto de Decreto fue objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía y respecto del que, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones, que pusieron de manifiesto la inadecuación del mismo para el fin al que se había ideado.

En concreto, recomendó que se acompañase la memoria económica y funcional, para así determinar cuál es la aplicación presupuestaria afectada; recomendó que la norma reguladora de la concesión fuese una orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas; y, en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento de Andalucía, como entidad colaboradora, recomendó que se estableciese así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública.

No consta la razón de la retirada del orden del día, pero lo que sí consta es que se incluyó hasta en tres ocasiones en el orden del día de la mencionada Comisión y que tenía por objeto establecer el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados procesos de reconversión y/o reestructuración.

Esta prueba de cargo constituye un elemento más acreditativo del conocimiento de la ilegalidad del mecanismo subvencional, que se estaba llevando a cabo en la Consejería de la que él era Viceconsejero y de la imposibilidad de su adecuación al ordenamiento jurídico.

(xv) En la sesión del Consejo Rector de 30 de enero de 2004, presidido por el Sr. Severiano y al que acudió, se adoptó por unanimidad la decisión de elevar al Consejo de Gobierno un convenio provisional suscrito por el IFA y la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de 29 de enero de 2004, en virtud del cual el IFA, entre otros compromisos, otorgaba a PICKMAN, SA, una subvención de 1.800.000 euros.

El Convenio Provisional no llegó a elevarse al Consejo de Gobierno, ya que, como paso previo a su ratificación, debía ser examinado por la Comisión General de Viceconsejeros, entre los que se encontraba el Viceconsejero de Empleo y, en la Comisión que se celebró el día 25 de febrero, el referido Convenio Provisional se retiró del orden del día.

A continuación, el día 2 de marzo de 2004, en el Convenio Provisional, se firmó una adenda, en virtud de la cual se acordó la revocación de la subvención de 1.800.000 euros, para a continuación conceder 3 subvenciones por importes de 625.000 euros (año 2004), 600.000 euros (año 2005) y 575.000 euros (año 2006); es decir, para conceder una subvención fraccionada por importe de 1.800.000 euros, pero eludiendo la necesidad de que fuese ratificada por el Consejo de Gobierno.

En la sesión del Consejo Rector de 2 de marzo de 2004, presidida por el Consejero de Empleo, se acordó a su instancia, revocar el inicial Convenio Provisional y ratificar la adenda de fecha 2 de marzo, de modo que el resultante de cada una de las 3 ayudas quedó por debajo del límite competencial para su aprobación por parte del Consejo Rector (de 1.200.000) y, por tanto, se evitó que tuviese que remitirse, para su ratificación, al Consejo de Gobierno.

Este fraccionamiento evidencia que su objetivo era conceder la ayuda de 1.800.000 euros al margen del procedimiento legal establecido para la concesión de ayudas por importe superior a 1.200.000 euros y el preciso conocimiento que tenía del sistema de concesión de ayudas. A ello, debe añadirse que, con el fraccionamiento, el

IFA asumió compromisos de gasto plurianuales, sin tener competencia al efecto y sin instruir los correspondientes expedientes para cada una de esas ayudas.

En este punto, se constata que la relevancia de la prueba no radica en que se quisiese sustraer del Consejo de Gobierno su conocimiento y ratificación, sino que recae en el hecho de que se fraccionó la concesión de la ayuda con infracción de la normativa interna del IFA, circunstancia que conocía, de acuerdo con los hitos expresados en los párrafos precedentes, pues en todos ellos intervino de forma directa. Asimismo, se evitó que la ayuda tuviese que ser aprobada por el Consejo Rector.

(xvi) Informó a los miembros del Consejo Rector de la sesión de 27 de marzo del año 2002, que presidió, de los informes de control financiero permanente del IFA de los años 2000 y primer semestre de 2001 (PPRI\ANEXO - 04 ACTAS CONSEJO RECTOR AÑOS 2001-2011\AÑO - 2002\páginas 60 y 61).

Los informes de control financiero permanente constituyen el resultado del control financiero permanente efectuado sobre la totalidad de las operaciones de contenido económico de la entidad sujeta al mismo, en este caso, el IFA/IDEA, y se efectúa mediante procedimientos y técnicas de auditoría.

En concreto, los informes son de 3 tipos: (i) Informes de cuentas anuales; (ii) Informes de cumplimiento, cuyo objeto es determinar si el ente auditado ha cumplido con la legalidad vigente; e (iii) Informes sobre los programas de actuación, inversiones y financiación (PAIF).

Además, en el caso del IFA/IDEA, las cuentas anuales eran auditadas por la consultora PRICEWATERHOUSECOOPERS.

Los destinatarios de los Informes de Control Financiero Permanente eran la Dirección de IFA/IDEA; el Consejero del que el IFA/IDEA dependía (hasta el 11 de mayo de 2004, dependía de la Consejería de Empleo y, a partir de dicha fecha, de la Consejería de Innovación); y el Consejero de Economía y Hacienda.

La relevancia de la prueba expuesta radica en que el Sr. Mariano, al informar al Consejo Rector de los Informes de Control Financiero Permanente del IFA de los años 2000 y primer semestre de 2001, tuvo necesariamente conocimiento de su contenido, en el que ya se advertía que se estaban concediendo subvenciones sociolaborales excepcionales, prescindiendo del procedimiento establecido en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La Sala de Instancia, en el FJ. 7 (relativo a la naturaleza de las ayudas), examinó los diferentes Informes de Cuentas Anuales, y cómo, entre ellos, en el de 2001 se afirmaba que por la Consejería de Empleo se estaban concediendo subvenciones sociolaborales excepcionales, con omisión del señalado procedimiento (PPRI, Anexo 18, PRICEWATERHOUSECOOPERS, carpeta 1, pdf 22, página 21).

(xvii) A partir del Consejo Rector de 27 de mayo de 2003, se decidió que el criterio para calcular las ayudas sociolaborales se llevaría a cabo por cada trabajador y no por importe total de la ayuda, y ello, pese a que, al firmarse el convenio, se hacía por la totalidad de la ayuda concedida o por una parte de ella y esa era la cantidad que se pagaba.

En esa sesión, que presidió, se retiró del orden del día el convenio de la ayuda a la empresa PRIMAYOR, pues el importe total de la ayuda excedía de 1.200.000 euros.

En este sentido, en la resolución recurrida se hace referencia a que el testigo don Alfonso, entonces Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA y Secretario General del IFA, afirmó, en su declaración ante el Juzgado de instrucción de 18 de mayo de 2015, que:

"Que dicho Convenio fue sacado por el Sr. Mariano al considerar de acuerdo con el criterio que hasta entonces se había mantenido y con el que igualmente se seguiría a partir de entonces, de que la ayuda sociolaboral había que contabilizarla por trabajador y no globalmente. Este criterio no era compartido por el declarante ya que él entendía que el pago era único, por la totalidad de la ayuda, pero lo contrario fue decidido por la máxima autoridad de la Consejería de Empleo y el Consejo Rector no opuso objeción. Que nunca sometieron a deliberación y votación ninguna ayuda que superase el 1.200.000 € y debiera ser ratificada por el Consejo de Gobierno. Quedesconoce el interés que tuviesen en no superar esos topes".

Y, asimismo, la Audiencia recalca que el propio Sr. Mariano así lo reconoció en su declaración ante el Juzgado de instrucción, de fecha 2 de febrero de 2016, al afirmar:

"Que desde el acta del Consejo Rector de mayo 2003 se decidió no someter al Consejo Rector ningún expediente de ayudas sociolaborales, que había debate jurídico en torno al concepto de ayuda, que el declarante sostiene que el concepto de ayudas, son ayudas individuales, y no ERES".

(xviii) En la reunión del Consejo Rector de 24 de noviembre de 2003, en la que asume la presidencia de la sesión, ante las dudas de los consejeros, en relación con el convenio de SANDETEL, sobre la necesidad de ratificación del acuerdo por el Consejo de Gobierno, se acordó recabar consulta al Gabinete Jurídico, y a pesar de haberse comprometido a ello con los restantes miembros del Consejo Rector de IFA, el acusado, no pidió informe jurídico alguno al Gabinete Jurídico (Prueba de cargo 18).

La relevancia de esta prueba radica en que el informe no fue solicitado y, por tanto, evitó que el Gabinete Jurídico tuviese que pronunciarse al respecto.

Además, se conculcó aquella posibilidad de forma definitiva, pues, según consta en el acta la sesión del Consejo Rector de 30 de enero de 2004, a la que asistió el acusado como Vicepresidente del Consejo, se revocó el inicial Convenio Provisional de SANDETEL (que, recordemos, tenía por objeto la concesión de una ayuda por importe de 2.250.000 euros) y se acordó que el importe de la ayuda debía ser de 1.150.000 euros. Es decir, un importe inferior a 1.200.000 euros, a partir del cual debía someterse a la aprobación del Consejo Rector y a la ratificación el Consejo de Gobierno.

Por tanto, la prueba de cargo expuesta evidencia que, con la minoración del importe de la ayuda, de un lado, se evitó someter el convenio provisional a la ratificación del Consejo de Gobierno, y, de otro lado, se evitó someter la cuestión al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Dicho de otro modo, se evitó que el Gabinete examinase la concesión de tales ayudas, conculcando el riesgo de que se diese a conocer al Consejo que las ayudas se estaban concediendo en contravención con la normativa propia para la concesión de subvenciones excepcionales y del Reglamento del IFA.

(xix) Como Consejero de Empleo recibido en julio de 2005 el informe adicional al informe de cumplimiento del IFA del ejercicio 2003 (PPRI- Anexo I-Carpeta I, Tomo I, año 2003, PDF 48-143 Páginas 51 y 52) (Prueba de cargo 19). Se trata de una prueba de cargo fundamental para sostener que conoció la forma ilegal en que se estaban gestionando las ayudas y sobre la que nos pronunciaremos extensamente más adelante.

(xx) Tuvo conocimiento de los diversos informes del despacho GARRIGUES hasta la elaboración del definitivo, dato confirmado por la declaración policial de la testigo doña Encarnacion (Prueba de cargo 20).

(xxi) Como prueba de cargo 21 se destaca el acta del Consejo Rector del IFA de 27 de mayo de 2003, en la que se afirma expresamente que, quien presidía la sesión, "se refiere al problema financiero que en estos momentos acucia a este Instituto (...) e informa de las reuniones mantenidas con el Sr. Viceconsejero de Economía y Hacienda, a quien se han propuesto dos medidas conducentes a paliar los efectos del referido problema financiero de nuestro Instituto, a saber: el endeudamiento al que ha hecho referencia y la posibilidad de que se certifique la existencia de documentos presupuestarios correspondientes a las transferencias de la CE y DT a nuestro Instituto que se encuentren debidamente tramitados y fiscalizados por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, de forma que el Instituto pueda descontar dicho importe en entidades de crédito y generar liquidez de modo inmediato. En relación a la posibilidad de descuento el Sr. Presidente de la sesión manifiesta a los Sres. Consejeros que la Consejería de Economía y Hacienda no ha manifestado su aquiescencia, pues se entiende que el Instituto, como Entidad Pública que es, no adquiere su mejor imagen como descontante de papel de origen público ante una entidad crediticia descontataria".

El contenido del referido acta es valorado por la el tribunal a quo como demostrativo de que el Presidente del IFA y Viceconsejero de Empleo declaró tener conocimiento de los problemas financieros del Instituto y de que para su solución le propuso dos alternativas al Viceconsejero de Economía y Hacienda, que "se certifique la existencia de documentos presupuestarios correspondientes a las transferencias de la CE y DT a nuestro Instituto que se encuentren debidamente tramitados y fiscalizados por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera".

Las eventuales soluciones planteadas, en cuanto anudadas a las transferencias de financiación, evidencian que el Sr. Mariano era conocedor del endeudamiento al que se estaba viendo sometido el IFA, ya que se limitaba a actuar como caja pagadora de lo decidido por la Consejería de Empleo y la Dirección General de Trabajo.

(xxii) En la Memoria del Presupuesto de 2005, se hizo constar la existencia de déficit presupuestario, por la necesidad de " Cubrir lasnecesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo", lo que, asimismo, se hizo constar en la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos de los ejercicios siguientes (Prueba de cargo 22).

La sentencia recurrida señala que los déficits o desfases presupuestarios fueron examinadas por los peritos de la IGAE, en su informe de diciembre de 2013, al que el Tribunal otorgó plena suficiencia probatoria al respecto (PPRI\INFORME IGAE COMPLETO\1.- INFORME DICIEMBRE 2013\SECCION PRIMERA, páginas 66 y ss. Del PDF; y SECCION SEGUNDA VOL 1, páginas 39 y ss del PDF) - (Prueba de cargo 22).

En virtud de la señalada prueba, la Sala de instancia concluyó que, al tiempo en que fueron aprobados los sucesivos Proyectos de Presupuestos, en los que intervino como miembro del Gobierno y como Consejero de Empleo, tuvo conocimiento del déficit en la Consejería de Empleo, de la que era titular, concretamente en el programa 31L.

(xxiii) Como miembro del Consejo de Gobierno, aprobó los planes anuales de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta para los años 2005, 2006 y 2007, año en el cual se le confirió carácter definitivo (Prueba de cargo 23).

Entre la documentación que integraba el expediente que se elevaba al Consejo de Gobierno, se incluía una memoria de control financiero permanente, referente a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía. Pues bien, en la citada memoria de los trabajos realizados en el año 2006 se afirmó, en el apartado relativo a las conclusiones, que:

"(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia defianciación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa. Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas sino a las consejerías".

Asimismo, el informe afirmaba, en síntesis, que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las Transferencias de financiación, que afectan a Resultados o en la clasificación de su Activo y Pasivo, y deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas, que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros, al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001.

De acuerdo con la prueba expuesta, se concluye que el Sr. Mariano tuvo conocimiento de las señaladas memorias y, en particular, de la correspondiente al ejercicio del año 2006, que fue una de las razones en virtud de la cual se adoptó el acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de mayo de 2007, para la adopción del plan de control financiero permanente adquiriese el carácter de definitivo.

Finalmente, y como refuerzo de tal aseveración, consta que acudió a ese Consejo de Gobierno y que el plan de control financiero permanente se debatió, porque se había incluido en el orden del día, con Índice Rojo, (es decir, en el índice donde se incorporan las cuestiones que necesariamente debían ser debatidas por el Consejo de Gobierno -PSEP\ANEXO 3\ANEXO 3-TOMO 3\páginas 183 a 184-).

(xxiv) La sentencia de instancia ha valorado singularmente algunos documentos y a ello se refiere el ordinal 24, demostrativos de que él mismo decidía la concesión de las ayudas.

Los documentos identificados son los siguientes:

- La firma en calidad de Viceconsejero de diversos documentos/contratos de garantía indemnizatoria por permanencia en la empresa SANTANA con varios directivos de la misma, todo ello mientras se ejecutaba el Plan de Acción Social.

Consta acreditado documentalmente que remitió los señalados documentos/contratos, en fecha 24 de julio de 2003, al entonces Director General de Trabajo, Don Borja, y que se plasmaron en la suscripción de pólizas a favor de cada Directivo, como beneficiarios, y la empresa SANTANA, como tomadora, cuya prima se pagó con fondos del programa 31L (Ppri/informe igae completo/1.1 anexos doc inf dic 2003/tomo 23 páginas del pdf 6 y ss).

- Consta escrito de fecha 27 de noviembre de 2003, dirigido al entonces Director General del IFA, D. Artemio, por parte del recurrente, en su condición de Viceconsejero, donde alude a que determinados compromisos adquiridos, en relación con FAJA PIRÍTICA, debían ser satisfechos con el "Programa de Borja". En el señalado documento, además, se compromete a hablar con la Consejería de Economía y Hacienda, si faltara liquidez para ello (pri/informe igae completo/1.1 anexos doc inf dic 2013/tomo 11/doc FPH 052 página 155 del PDF). En concreto, el documento dispone lo siguiente:

"Adjunto te remito escrito que nos dirige D. Ezequiel, en nombre de la Asociación Faja Pirítica de Huelva, de ampliación de otro anterior presentado con fecha 12 de noviembre de 2003 y los cuales hacen referencia a las Ayudas Sociales de trabajadores afectados por la situación de la faja Pirítica de Huelva, solicitando se habiliten fondos necesarios para hacer frente a las citadas Ayudas. Como estaba previsto se hace preciso poner a su disposición entre el 7 y el 15/12/03 los 3.582.322,38 €, con cargo al Programa de Borja, y si faltara liquidez me lo indicas urgentemente para hablar con Economía y Hacienda".

En el acto del plenario, se le exhibió tal documento, que reconoció su autoría y afirmó que, en efecto, dio la orden de pago por la gravedad de la problemática de la FAJA PIRÍTICA y que, en ese caso, se "saltó" al Director General.

- Constan múltiples Convenios Particulares, a través de los cuales se dieron ayudas a distintos Ayuntamientos con cargo al programa 31L, por decisión del Consejero de Empleo.

En relación con la concesión de tales ayudas, la Audiencia, además, figuran en autos las cartas que le fueron remitidas, en su condición de Viceconsejero de Empleo, por el Delegado Provincial de Empleo de la Provincia de Cádiz, Don Domingo (condenado en la Instancia).

Se pone como ejemplo, que el Delegado Provincial de Empleo, tras recibir una carta con la petición de ayuda económica del alcalde de Chiclana, se la remitió al Sr. Mariano, el día 10 de enero de 2003, afirmando que: "La ayuda podría rondar entre 18.000 € y 24.000 €, que me comentaste podría ser a través de la Dirección General de Trabajo" (Ppri, tomo 25, 95479574, página 20 del pdf). A continuación, consta que la remitió al Director General de Trabajo, Don Borja, para que "en base al Convenio suscrito con I.F.A., se le apruebe la subvención que solicita al igual que en otros casos similares" (Ppri, tomo 25, 9547-9574, página 21 del pdf).

- Consta que en diciembre de 2007 (cuando era ya Consejero), don Borja (quien era, aún, Director General de Trabajo) remitió un correo al Sr. Mariano, en el que le adjuntó copia del convenio de la ayuda dada a la empresa VALEO. En él, don Borja le manifestó que: "Después de nuestra conversación telefónica, adjunto copia del convenio + Anexo I de VALEO ILUMINACION, SA para su conocimiento".

(xxv) Las indicadas pruebas de cargo deben relacionarse con la contenida, como tal, en el ordinal 25, consistente en la declaración plenaria de don Alfonso (Jefe de la Asesoría Jurídica del IFA, desde febrero de 2003 hasta junio de 2004, y Secretario General del Consejo), quien, en su declaración ante el juez de instrucción, de fecha 18 de mayo de 2015, manifestó lo siguiente:

"Cuando examinó los convenios pudo obtener dos conclusiones, la primera examinando brevemente las actas de 2001 a 2003, que no se respetaban las competencias con el tope cuantitativo o importe de los convenios, menos de 450.000, más de 450.000 y más de 1.200.000 de euros; exigiéndose en el primer caso tan solo la firma del director General, en el segundo caso la aprobación del Consejo Rector y en el tercer caso la aprobación además del Consejo de Gobierno. La segunda cuestión que observó era la inexistencia de los expedientes, ya que el declarante deseaba que el Sr. Artemio que era quien lo había propuesto como Secretario General tuviera un informe Jurídico previo, que le diera seguridad a la hora de suscribir dicho convenio. Para ello era necesario que pudieran acceder a los expedientes que se encontraban en la Consejería de Empleo en la Dirección General, y le consta que el sr. Artemio los pidió varias veces, (y) que los pidió varias veces la Sr. Daniel, pero que a ello se negaron en rotundo el Director General de Trabajo y el Viceconsejero de Empleo. Entonces al no obtener los expedientes se plantearon dos posibilidades, firmar el convenio, pero siempre en los límites de la competencia del Director General o no firmarlos. Las presiones eran muchas para que se procediera a la firma de esos convenios fundamentalmente por los dos cargos de la Consejería de Empleo antes mencionados. Que el declarante le dio libertad para firmar o no firmar y el Sr. Artemio optó por firmar aquellos convenios inferiores a 450.000 euros, salvo 3. Dos que superaban dicha suma y uno que superaba el 1.200.000 euros que era de PRIMAYOR. Las presiones fueron todavía más fuertes para que se procediera a la firma de tales convenios hasta el punto (de) que accedieron a firmar, pero con la condición suspensiva de que en los dos primeros casos fueran aprobados por el Consejo Rector y en el tercero fuera aprobado por el Consejo Rector y ratificado por el Consejo de Gobierno

(...) ¿el declarante personalmente recibió en alguna ocasión dicho tipo de presiones? Manifiesta que sí. Que podría considerar presiones el contenido de la reunión del Consejo Rector de 27 de mayo de 2003, ya relatada donde por la enfermedad del Sr. Artemio llevó el declarante el peso de la discusión con el Presidente de la sesión Sr. Mariano. ¿Para qué explicita en que concreto sentido consideró haber recibido presiones si lo que ha relatado que sucedió en el seno de dicho Consejo fue una discusión jurídica sobre el carácter individual o el carácter global del pago del montante de las ayudas? Que por parte del Sr. Mariano se le dijo que el declarante tenía una concepción intervencionista del Instituto, con lo cual le estaba quitando la agilidad para su actuación y que debería de volver sus ojos al derecho privado. Que bajo esta concepción que le exponía el Sr. Mariano era muy difícil mantener los parámetros de legalidad. ¿Si habiendo como relata sucedido esa discusión en el Consejo Rector porque no lo hizo constar en el acta del que fue responsable? Que eso no lo hizo constar en el acta del Consejo Rector, porque dichas frases hubiesen sido instadas a ser suprimidas y él se sintió satisfecho con los siguientes tres extremos: primero que el convenio de PRIMAYOR hubiese sido conocido por los Consejeros; segundo que dicho Convenio estuvo en la mesa del Consejo Rector; y tercero que fue retirado por la única persona que podía hacerlo que era el Presidente del Consejo Rector"

(xxvi) A la negativa de la Dirección General de Trabajo, se refiere la prueba de cargo contenida en el ordinal 26, consistente en un nuevo fragmento de la declaración sumarial del Sr. Alfonso. Es el siguiente:

"(...) si hubiesen conocido los expedientes y hubiesen sabido, no ya la ilicitud si no una mera irregularidad, los hubiesen devuelto a la Consejería de Empleo para su subsanación antes de proceder a firmarlos. La preocupación que existía entre el declarante y el Sr. Artemio, así como en el resto de los directivos del Instituto, era precisamente ese desconocimiento puesto que su celo profesional les llevaba a querer realizar un informe jurídico de todas las ayudas que tenían que pagar, teniendo además medios sobrados para ellos, ya que entre otros tenían especialistas en derecho de la Unión Europea.

(...) Que es cierto que le chocó enormemente que no le facilitaran los expedientes, pero ni se le pasaba por la imaginación que pudieran existir las ilegalidades puestas de manifiesto con posterioridad. Que a su celo profesional sí que le rechinaba, al menos, porque no era normal que no les dejaron conocer los expedientes".

(xxvii) El Sr. Mariano en el acto del plenario reconoció que el competente para conceder las ayudas era el titular de la Consejería, lo que es congruente con la normativa general de subvenciones y, por tanto, que no lo era el Director General de Trabajo (Prueba de cargo 27).

(xxviii) Otra de las pruebas de cargo tenida en cuenta (Prueba de cargo 28) y que no ha sido cuestionada de forma directa, ha sido la declaración prestada ante el Juzgado de instrucción, en la que reconoció que tuvo conocimiento de que, con cargo al programa 31L, se pagaron nóminas a trabajadores de empresas en situación de crisis. En concreto, en la sentencia recurrida se destacó el siguiente pasaje:

"¿Se autorizó por su parte, o se dieron instrucciones, para que como ayuda sociolaboral o como ayuda directa a empresa se abonaran nóminas pendientes de pago a trabajadores en empresas en situación de crisis? Y manifiesta que en excepciones ha conocido que se han abonado nóminas a trabajadores de empresas en crisis".

(xxix) Finalmente, ha sido valorada la declaración de la testigo doña Encarnacion, de 2 de febrero de 2012, ante los agentes actuantes -y cuya válida incorporación al procedimiento hemos declarado, pues fue ratificada ante el Juez de instrucción y sometida a contradicción en el acto del plenario-

La sentencia destacó el siguiente fragmento:

"PREGUNTADA para que manifieste en relación a cómo se adoptaban los compromisos de ayudas con las distintas empresas y si en ocasiones la DGTSS no decidía sobre las mismas y venían impuestas desde la Consejería, Delegación Provincial de Empleo, o alguna persona física determinada, MANIFIESTA: habitualmente las decisiones las tomaba el CONSEJERO (Mariano y Leonardo) y el VICECONSEJERO (Domingo y Fausto). Que los DGTSS (Amadeo y Samuel) las consultaban con el CONSEJERO. Las DELEGACIONES DE EMPLEO solo emitían propuestas".

111.2 Vulneración de la presunción de inocencia en relación con la prueba acreditativa de la disposición de los fondos públicos con fines ajenos al interés público general.

En el motivo cuarto se sostiene, con carácter general, que no existe prueba de cargo demostrativa de que hubiese dispuesto de caudal público alguno, a cuyo efecto se remite a lo expuesto en los motivos precedentes y afirma que, en todo caso, las ayudas sociolaborales que se dieron respondieron a una finalidad pública; que las ayudas a empresas en crisis también estaban destinados a un fin público ("pago de nóminas, deudas, asesoramientos jurídicos, avales"); y que las aplicaciones a fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de Programa 31L, asimismo, estaban destinados, prima facie (sic), a fines de carácter público sin que en la sentencia se razone lo contrario. En concreto, afirma que ni uno solo de los beneficiarios, trabajadores o empresas depusieron en el plenario al respecto., por lo que concluye que en el acto del plenario no se practicó prueba de cargo acerca del cuánto, el cómo y en favor de quién se malversó en cada caso concreto (sic).

Se plantean dos objeciones. La primera, la insuficiencia de la prueba de cargo para acreditar la participación en los hechos por los que ha sido condenado. La segunda, la insuficiencia de prueba demostrativa de que el dinero dispuesto se hubiese destinado a fines ajenos al interés público, máxime cuando en el acto del plenario no compareció "ni uno solo de los beneficiarios, trabajadores o empresas".

111.2.1 En cuanto a la primera cuestión nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior de la sentencia. Según hemos indicado en fundamentos anteriores lo que debemos comprobar es la racionalidad del discurso valorativo, apreciando si existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, y si el material probatorio no es concluyente, es decir, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad.

El tribunal de instancia ha examinado hasta 28 indicios o pruebas y de su valoración conjunta se puede afirmar desde parámetros de racionalidad que el Sr. Mariano no sólo tenía conocimiento de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado con las transferencias de financiación, sino que lo impulsó, dictando una serie de resoluciones administrativas que lo hicieron posible.

Con anterioridad hemos relacionado con detalle las pruebas valoradas por el tribunal y el contenido incriminatorio de cada una de ellas de forma que no es atendible la queja de que hay un vacío probatorio. Por el contrario, la prueba de cargo es abundante.

111.2.2 En cuanto a la segunda de las objeciones no hay insuficiencia probatoria en cuanto a que los fondos presupuestados se utilizaron para fines ajenos a la función pública a la que estaban destinados. Esta cuestión, en realidad, tiene una doble vertiente fáctica y jurídica.

La Sala de instancia ha analizado de forma minuciosa, en los FJ. 4 a 9 y 14 y 45 (Calificación Jurídica), los elementos de prueba acreditativos del uso fraudulento de los caudales públicos.

En particular, en el extenso FJ.45 la resolución combatida recuerda que el tipo del artículo 432 CP requiere el apartamiento de "los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales" (STS 214/2018, de 8 de mayo) y concluye que, a la vista de los innumerables incumplimientos de la normativa vigente relativa a la concesión de las ayudas y de su control, aspectos acreditados en el plenario, "se dispuso de los fondos públicos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos reseñados en los hechos probados, sin la tramitación del correspondiente expediente que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, suponiendo éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo".

Estamos ante un supuesto excepcional, la creación y mantenimiento de un modo de proceder buscado de propósito para eludir de forma absoluta la normativa aplicable, buscando con ello disponer libremente y al margen de todo control de unas cuantiosas cantidades de fondos públicos.

La ausencia absoluta de sumisión a la normativa vigente y del control del destino dado a las distintas ayudas, evidencia que las cantidades dispuestas en supuestas ayudas, en realidad, fueron destinadas a intereses ajenos al fin público; bien porque, en los supuestos de rescisión de relación laboral (cuya obligación de pago correspondía a las empresas, mediante el correspondiente plan de rentas contratado con una aseguradora, a favor de los trabajadores afectados por el ERE) el correspondiente expediente subvencional no se tramitó en legal forma, con acreditación, en particular, de la necesaria incapacidad de la empresa para hacer frente al pago de las

indemnizaciones y de concurrir en los supuestos legales para ser beneficiario de la ayuda; bien porque, al amparo del programa 31L, se concedieron ayudas a empresas para fines absolutamente ajenos a los del referido programa, con incumplimiento, además, de la normativa vigente (tanto la relativa a la tramitación del expediente subvencional, como la relativa a la de los fines dados a las ayudas).

De conformidad con la prueba expuesta, debemos convenir con el Tribunal de instancia que la totalidad de las ayudas a las que se refiere el relato de hechos de la sentencia fueron destinadas a fines ajenos al interés público.

La concesión de subvenciones, eludiendo los fines legalmente establecidos, unida a la falta de constancia de que se haya satisfecho una finalidad pública, permite concluir que las cantidades concedidas a través del sistema analizado en ningún caso sirvieron para dar satisfacción a un interés o finalidad pública.

Por ello y a pesar de los alegatos del recurso, la sentencia de instancia sí ha dado respuesta a la triple pregunta formulada: "el cuánto, el cómo y en favor de quién se malversó en cada caso concreto".

La prueba de las disposiciones de fondos tiene como soporte el informe pericial de la Intervención General del Estado, que ha examinado los expedientes y en base a ellos ha establecido sus conclusiones. Nada cabe objetar a su valoración por el tribunal de instancia, una vez que dicho informe fue ratificado en el juicio oral y sometido a la contradicción del plenario. No se observa impugnación alguna que evidencie error de apreciación o análisis por parte de los peritos.

Asumiendo las conclusiones del Informe pericial de la IGAE, debidamente ratificado y concretado en el acto del plenario por los peritos actuante, se distinguen tres tipos de ayudas:

"1. Subvenciones a empresas con destino a la financiación del coste de las indemnizaciones por despido colectivo de sus trabajadores afectados por un ERE. Dichas indemnizaciones, acordadas entre la empresa y la representación de sus trabajadores, se formalizaron mediante la suscripción de un seguro de rentas, cuya prima fue satisfecha en su totalidad o en su mayor parte por la Junta de Andalucía. 2. Subvenciones a empresas con fines diversos, y en ocasiones sin ningún objeto claramente definido, las cuales no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE. 3. Subvenciones a personas físicas, que en su día fueron afectadas por un ERE (...)"

(i) En relación con el primer grupo de subvenciones, es decir, las "subvenciones a empresas con destino a la financiación del coste de las indemnizaciones por despido colectivo de sus trabajadores afectados por un ERE", la Audiencia Provincial aclara que tales ayudas se formalizaron mediante la suscripción de un seguro de rentas, cuya prima fue satisfecha, en su totalidad o en su mayor parte, por la Junta de Andalucía

De este modo, la Audiencia, haciendo suya la conclusión de los peritos de la IGAE, concluye que, a través de las señaladas ayudas, se facilitaba a las empresas la reducción de su plantilla, sin el coste económico que ello conllevaba, siendo este el lucro que las empresas obtenían. Ajeno, desde luego, al interés público, pues el beneficiario era una empresa que no había acreditado ser merecedora de la ayuda que recibía.

También se ha valorado la declaración prestada por don Borja, entonces Director General de Trabajo, en el Juzgado de instrucción, de fecha 7 de marzo de 2012, en la que afirmó lo siguiente:

"¿Se cercioró Vd. a través de la documentación económica de cada empresa, antes de concederle la ayuda sociolaboral, que la misma no podía hacer frente a tales prejubilaciones? Que normalmente se intentaba ver la situación de la empresa, pero por el criterio general anteriormente expuesto, no era un elemento a tener en cuenta".

La declaración corrobora las conclusiones de los peritos de la IGAE. Las ayudas se concedían sin el correspondiente análisis económico de las empresas beneficiarias.

(ii) En relación con el segundo grupo de subvenciones, es decir, las "Subvenciones a empresas con fines diversos, y en ocasiones sin ningún objeto claramente definido, las cuales no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE", la Sala de instancia aclara que tales indemnizaciones tuvieron destinos diversos, ajenos a cuestiones de naturaleza sociolaboral, pese a que fueron otorgadas con cargo al programa 31L; que su concesión se realizó con apartamiento de la normativa vigente; y que, con carácter general, no existió control alguno del destino dado a los fondos.

En concreto, la Audiencia llega a tal conclusión después de valorar, principalmente, las siguientes pruebas:

a) El informe pericial IGAE, que, como hemos expuesto, fue debidamente ratificado en el acto del plenario por los peritos actuantes, y en el que se concluye que:

"(...) Respecto de las subvenciones concedidas a empresas con fines diversos, que no poseen relación directa alguna con la tramitación y aprobación de un ERE (subvenciones del tipo nº 2 de las descritas en la conclusión SEGUNDA), del análisis de la muestra de expedientes se deducen, además de las conclusiones comunes ya descritas para las distintas ayudas concedidas, las siguientes: 1. Una parte importante de las subvenciones otorgadas carecen de objeto concreto y claramente definido. 2. Atienden fines muy diversos: nóminas, deudas (sin especificar), gastos de primer establecimiento de la empresa (sin especificar), minutas por

asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, cursos de alta dirección, indemnizaciones derivadas de despidos declarados improcedentes, devoluciones de préstamos suscritos por la empresa, pago de importes avalados, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución, etc. (...).4. En diversas ocasiones las ayudas se concentran en empresas pertenecientes a un mismo grupo, o en entidades vinculadas en razón de sus propietarios o administradores".

A ello, debe añadirse que los peritos actuantes recalcan, de nuevo, que en los expedientes no constaba la existencia de análisis económico alguno sobre las circunstancias del beneficiario; en particular, en relación con el hecho de que la empresa no tuviese capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta a través de tales ayudas.

b) Los dos informes encargados a la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS, relativos al estudio de 16 subvenciones por importe de 11.416.454 euros, concedidas por la Dirección General de Trabajo, entre los años 2002 a 2008, en los que se ponen de manifiesto las innumerables ilegalidades habidas en la concesión de tales ayudas y su absoluta falta de control del destino (PSEP/TOMO - 20\C.D. obrante folio 7.469\Informe\dos últimos archivos).

En la sentencia recurrida se destaca un extracto de tales informes que, por su claridad, conviene reproducir:

"En el período comprendido entre los años 2002 a 2008 la DGT y SS, siendo Director General D, Borja, concedió a las empresas objeto del presente informe 16 subvenciones por importe de 11.416.454 euros, de las que se han pagado 6.556.324 euros y está aun pendiente de pago 4.860.000 euros. (ver cuadros 1 a 5) Las entidades objeto del presente informe tienen en común su vinculación entre ellas y con D. Santiago y a D. Cornelio. Estas entidades han estado íntimamente interrelacionadas compartiendo accionistas y órganos de administración (ver cuadro 6, 7 Y 8). En algunos casos, los pagos de subvenciones de varias de ellas han sido ingresados en la misma cuenta bancaria.(...) Todas las sociedades objeto del presente informe tienen varias características comunes (Ver cuadro 9): Se constituyeron con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones. Tienen escaso patrimonio propio (en muchos casos el mínimo legal). Salvo Matadero de la Sierra Morena, S.A. y su filial Al Ballut, S.L., el resto de sociedades carecen de sustancia económica, más allá de las funciones de sociedades holding o de mera tenencia de valores.

Con la excepción de Matadero de la Sierra Morena, S.A. el resto de sociedades beneficiarias carecen de trabajadores. No depositan cuentas en el Registro Mercantil o lo hacen con retraso. En algunos casos, las entidades beneficiarias no reflejan en sus cuentas anuales las subvenciones recibidas. Todas las subvenciones concedidas la DGT y SS a estas sociedades lo han sido bajo la modalidad de subvenciones excepcionales. No consta que haya habido solicitud de subvención por parte de las beneficiarias, ni figura ningún documento de las mismas (memoria, proyectos, presupuestos etc.). Tampoco consta que haya habido procedimiento, actuación o evaluación, alguna previa a la concesión de las subvenciones. Las resoluciones de concesión son muy escuetas. En varios casos, se limitan a un solo párrafo en donde se indica el importe, la partida presupuestaria y el concepto 'subvención específica e incondicionada'. Las subvenciones no concretan las condiciones que usualmente aplican a entidades beneficiarias: Mantenimiento de un cierto nivel de empleo, de fondos propios, de actividad, realización de inversiones etc. En la mayoría de los casos las subvenciones se refieren al apoyo a Planes de viabilidad presentados por las entidades (que no constan expedientes) como solución de crisis empresariales con pérdida de empleo, o proyectos que generen empleo y refuercen el tejido industrial. Aunque salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar. En la mayoría de los casos, están específicamente dirigidas a una zona con alto nivel de desempleo como es la Sierra Norte de Sevilla. En algunos casos, especialmente en algunos Convenios con IDEA, se plantean dudas en lo que respecta a la entidad beneficiaria, ya que en el expositivo se dice que la entidad nominalmente beneficiaria actúa, o está facultada para actuar, en representación de una multiplicidad de empresas o de un sector. En muchos casos, se han concedido varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos. No figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones. Todos los pagos a las entidades beneficiarias se han efectuado a través de Convenios con IDEA (IFA). En los propios Convenios, la DGT y SS expresa conformidad con la documentación presentada por la beneficiaria y autoriza directamente al pago".

c) El Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía, intitulado "Fiscalización de las ayudas sociolaborales a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo y empresas en crisis, otorgadas por la Administración de la Junta de Andalucía. Ejercicios 2001-2010", y las declaraciones plenarios de los Auditores de la Cámara, en los que se pone de manifiesto la ilegalidad de las ayudas concedidas y la falta de control de su destino.

De nuevo, conviene, por su relevancia, reproducir el siguiente pasaje del informe destacado por la Audiencia:

"123. (...) no consta documentación alguna que ponga de manifiesto el conocimiento previo requerido por la Administración de la situación que se pretende atender con el otorgamiento de la ayuda". Con respecto a las ayudas a empresas "192. En el 92% de los expedientes examinados no consta memoria justificativa en la que quede acreditada la finalidad pública o las razones de interés social o económico (...). 195. En los expedientes analizados no consta, en general, la documentación que justifique el otorgamiento de las ayudas (proyectos de viabilidad,

presupuestos de inversiones, estudios de mercado, etc.). 196. La concesión de las subvenciones no se encuentra, por lo general, vinculada al cumplimiento de objetivos concretos. 197. En el análisis realizado, se ha puesto de manifiesto la reiteración en la concesión de subvenciones en un breve periodo de tiempo a las mismas empresas y para el mismo objeto. 200. En un número significativo de casos no resulta posible vincular las resoluciones de pagos con los realmente realizados (...). 220. En un total de 127 de las 162 (78%) ayudas de la muestra analizada, no constan documentos justificativos de la aplicación de los fondos a su finalidad. La Consejería de Empleo no ha aportado documentación que acredite que se hayan realizado acciones tendentes a la obtención de los justificantes del empleo de las ayudas concedidas".

e) La declaración prestada, ante los agentes actuantes, por doña D^a. Encarnación (recordemos, personal externo contratado por la Dirección General de Trabajo con el objeto de "poner orden" -sic- en relación con el descontrol habido con la concesión de las ayudas), de fecha 2 de febrero de 2012, que fue ratificada ante el Juez de instrucción en fecha 6 de julio de 2012 y sometida a contradicción en el acto del plenario, en la que afirmó que:

"(...) le sorprendía la circunstancia de que no se diera importancia a la 'situación legal de los beneficiarios', y que no se pudiera verificar la 'legitimidad de derechos' de empresas, trabajadores beneficiarios (...). El descontrol era total. Que, si bien para las ayudas sociolaborales se contaba con la base de los datos de las propias aseguradoras, en lo relativo a las ayudas a empresa no había un listado a donde recurrir para saber lo comprometido, lo pagado hasta el momento, y lo pendiente. Lo anterior hacía imposible cualquier control de las empresas beneficiarias, de las cantidades pagadas y de las pendientes".

f) Los Informes de Control Financiero del IFA, en los que se advierte de la irregularidad del sistema subvencional, y, en particular, cita el Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2003, comunicado en fecha 25 de julio de 2005.

En el informe se afirma que:

"- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes. - No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico. - No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. - Respecto a las inversiones que ha de realizar HYTASAL, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas".

En la sentencia impugnada se concluye que en el juicio no se practicó prueba demostrativa de que el destino de las cantidades dispuestas por la Dirección General de Trabajo en concepto de ayudas se hubiese destinado a fines públicos. Al contrario, declaró que quedó acreditado que habían sido dispuestos de forma arbitraria, es decir, que "se dispuso de los fondos públicos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos reseñados en los hechos probados, sin la tramitación del correspondiente expediente que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, suponiendo éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo".

(iii) En cuanto a la cuantía de la malversación, de la que se afirma que tampoco existe prueba bastante, se precisa en el hecho probado vigésimo segundo.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico 39º, recordando una vez más que hemos declarado (STS 1537/2002, de 27 de septiembre) que " para apreciar el delito de malversación no es preciso una determinación precisa y exacta de la cantidades apropiadas sino, únicamente, la prueba clara de que se produjo la sustracción de caudales o efectos públicos, y que fue un sujeto constituido en autoridad o funcionario público, quien, con ánimo de lucro, los sustrajo o consintió que un tercero los sustrajere.

(iv) A la pregunta de ¿cómo se malversó?, que formula retóricamente esta defensa, la sentencia también da respuesta y es obvia: A través del sistema de concesión ilegal de ayudas descrito en el factum y acreditado con la ingente prueba de cargo a la que se refiere la sentencia de instancia.

(v) Por último, a la pregunta ¿en favor de quién?, la Sala de instancia justifica que las ayudas fueron concedidas en favor de todas las empresas a las que hemos hechos referencia en los párrafos precedentes y que se relacionan a lo largo de su resolución.

No obstante, en este punto debe advertirse que, de conformidad con nuestra jurisprudencia (STS 163/2019, de 26 de marzo, citada por la Audiencia, entre otras y con cita de otras), no es necesario delimitar de forma concreta el último beneficiario de la conducta malversadora, pues como elemento de la conducta típica no se incluye la determinación concreta del receptor del dinero malversado, sino la acreditación de la sustracción del mismo en perjuicio del caudal público, pues "(...) no se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá, aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado".

Es cierto que no comparecieron en juicio los trabajadores que finalmente recibieron los importes de las subvenciones lo que se conecta con la afirmación de que el delito de malversación es de resultado y se debe acreditar con todo detalle la cantidad malversada y el beneficiario de la misma. Sin embargo, los trabajadores no fueron beneficiarios de las ayudas en ningún caso, pues como hemos señalado, los únicos beneficiarios fueron las empresas.

La acreditación de que los fondos dispuestos en concepto de ayudas (y los demás condenados por el delito de malversación) no fueron destinados a finalidades públicas, puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho. No es necesaria la declaración plenaria de los supuestos beneficiarios cuando a tal conclusión puede llegarse a través de otros medios probatorios.

Pues bien, todas y cada una de las conclusiones fácticas de la sentencia y que se cuestionan en el presente motivo de casación han sido acreditadas con suficiencia mediante la valoración de las pruebas a que antes hemos hecho referencia.

111.3 Vulneración de la presunción de inocencia en relación con la legalidad del Informe Adicional de Cumplimiento del IFA DEL 2203.

El sexto motivo focaliza su atención en que el Tribunal de instancia valoró como prueba de cargo, determinante del conocimiento por su parte de la ilegalidad del procedimiento de concesión de ayudas, la remisión del Informe Adicional al Informe Definitivo de Auditoría de Cumplimiento, formulado por la IGJA al IFA, en relación con el ejercicio del año 2003, de fecha 25 de julio de 2005.

Según la defensa esa prueba no debió ser valorada en tanto que el citado informe fue emitido con vulneración del art. 12.2 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, porque en el mismo se incluyeron nuevos reparos distintos de los contenidos en el Informe Provisional, sin que se hubiese dado la oportunidad de formular alegaciones al respecto. En concreto, afirma que se introdujo una nueva Conclusión 5ª, en la que se afirmó que "la Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido".

Se alega que esa irregularidad procedimental, por infracción del principio de contradicción que rige su tramitación, determina su inhabilidad y, por tanto, su nulidad y que, al ser utilizado como prueba de cargo en el presente procedimiento penal, se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

En apoyo de su alegación cita la doctrina del Tribunal Constitucional y de este mismo Tribunal relativa a la prueba ilícita y, en particular, la STS 116/2017, de 23 de febrero (Caso Falciani); y la STC 97/2019, de 16 de julio (que se cita de forma errónea como STC 16/2019).

Concluye que, para el caso de que se declarase nula la señalada prueba, se demostraría que no tuvo conocimiento de la ilicitud del procedimiento de ayudas, sino, tan solo, de la existencia de eventuales irregularidades. En todo caso, sostiene que, aun cuando se admitiese la validez del señalado informe, nunca tuvo conocimiento ni del informe provisional ni del definitivo; pues el Consejero de Empleo no tiene entre sus funciones la de recibir, ni leer, ni analizar ninguno de esos informes.

Asimismo, denuncia que el informe demuestra que no se le puede atribuir el conocimiento de las irregularidades denunciadas por el IGJA, cuando las mismas tuvieron lugar por su propia inacción; pues, para la elaboración del informe, el IGJA solicitó que se le facilitasen, como muestra, 20 expedientes de concesión de las ayudas, lo que implica que, por ello, pudo haber conocido de todos los expedientes y, en todo caso, no hay base para afirmar el procedimiento seguido fuera opaco.

Denuncia la vulneración del deber de motivación de la sentencia al respecto, ya que el Tribunal de instancia limitó su respuesta a reproducir el auto por el que se inadmitió la cuestión previa, pese a la distinta prueba vertida en el plenario demostrativa de la nulidad del informe y de su afectación a sus derechos fundamentales.

Por último, en el motivo séptimo reitera las alegaciones sobre la falta de conocimiento de las irregularidades, reiterando lo dicho en el motivo anterior, y extiende sus alegaciones a refutar la valoración dada por el Tribunal de instancia a distintas pruebas de cargo tenidas en cuenta para atribuirle tal conocimiento (en concreto, las contenidas en el ordinal 19 del apartado Pruebas de Cargo, al que se refiere el FJ.26 de la sentencia), reiterando la falta de motivación de la sentencia sobre los extremos alegados.

Antes de dar respuesta a la denuncia, conviene recordar que en el Informe Adicional (que fue ratificado en el acto del plenario por los interventores que lo emitieron, quienes analizaron una muestra de expedientes reclamados en octubre de 2004 a la Dirección General de Trabajo) se concluye que "vistas las anteriores deficiencias (que exponen) se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados".

Anticipamos que, cualquiera que sea la respuesta que se dé la referida pretensión, el resultado de la valoración probatoria efectuada respecto de las restantes pruebas de cargo permanecerá inalterado. Es decir, aun cuando a título hipotético se admitiese la nulidad del Informe o se declarase su errónea valoración, en nada afectaría al valor incriminatorio de la prueba hasta ahora examinada, pues en su caso no era necesario que ningún informe le advirtiese de una eventual ilegalidad, cuando él mismo fue, junto con otros acusados, artífice del sistema ilegal de concesión de ayudas y de su ejecución, en su triple condición de Viceconsejero de Empleo, Consejero de Empleo y Presidente del IFA.

Por tanto, advertimos que la cuestión, en el caso concreto, en nada altera la racional conclusión a la que ha llegado el Tribunal de instancia al considerar que "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos

en los que participó, relatados en los hechos probados, disponiendo, y permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados" (Ordinal 30 del epígrafe Pruebas de Cargo, página 880 de la sentencia de instancia).

Sentado lo anterior, debe recordarse que en la sentencia de instancia se dio respuesta a la pretendida nulidad de la prueba por diversas razones que compartimos:

(i) En primer término, el denominado Informe Adicional no tiene una regulación concreta, relativa a la posibilidad de que pueda ser objeto de alegaciones por parte del Consejero de Empleo, pues el ente auditado era el IFA/IDEA y dependía de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. En este punto, debe recordarse que el informe fue comunicado al Sr. Mariano en julio de 2005, cuando ya ostentaba el cargo de Consejero de Empleo y la Agencia IDEA, como hemos dicho, dependía de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa (no de la de Empleo).

La Audiencia destaca el escrito de fecha 12 de febrero de 2012 dirigido al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, firmado por la Interventora General, D^a. Carmen (Ppri, Informe Igae Completo, 1.1. Anexo pdf. Doc. inf.dic.2013, Anexo tomo 3, pdf 115-120), en el que se afirma que:

"(...) En el curso de la realización de los informes de control financiero se advierten en ocasiones, deficiencias que responden a decisiones, no de la entidad a la que se controla, sino de la Consejería u Organismo que otorga financiación para determinadas actuaciones, se trate o no, de aquélla de la que la entidad auditada depende jerárquicamente. La falta de regulación expresa del supuesto en que las deficiencias observadas corresponden a la gestión de centros directivos u órganos distintos de la entidad que es objeto del informe de control, deficiencias y recomendaciones que no pueden ser alegadas ni subsanadas por dicha entidad, determina la improcedencia de la tramitación prevista en el Decreto 9/99. En su lugar, la Intervención emite los denominados informes adicionales. Estos informes adicionales, recogen de manera específica las irregularidades o deficiencias advertidas que se consideran atribuibles, no a la entidad, sino a los centros directivos de una Consejería u Organismo por razón de la financiación de actividades de dicha entidad. Estos informes, aunque se realizan en el marco del control financiero realizado a ésta, se emiten con autonomía respecto de los informes de Cuentas anuales, PAIF y Cumplimiento, y se emiten de forma expresa a la Consejería u Organismo que se considera responsable de las infracciones o irregularidades advertidas.

En el control financiero del IFA/IDEA no se realizaron por las razones expuestas informes de actuación, tal y como se comunicó en el escrito de esta Intervención General de 25 de marzo también remitido a la Unidad Adscrita, en el que asimismo se ponía de manifiesto que dicho procedimiento está previsto para la subsanación de irregularidades de la actividad de la propia entidad auditada, mientras que las observadas ponían de manifiesto que habían de atribuirse al ámbito competencial de la Consejería de Empleo, y en concreto a la Dirección General de Trabajo. Por ello, lo que se realizó fue un informe adicional dirigido a la Consejería de Empleo (...).

En efecto, la Audiencia Provincial al resolver esta misma cuestión planteada como Cuestión Previa al inicio del acto de plenario, reprodujo el auto de fecha 9 de febrero de 2018 y declaró la regularidad de la señalada prueba.

En ese auto, se advertía de la confusión sobre la normativa aplicable pues se pretendía que se aplicase a los informes adicionales (carentes de normativa específica), la normativa propia para la emisión de los informes de actuación a los que se refiere el artículo 12.2 y 5 del Decreto 9/1999 de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía.

En concreto, la Audiencia aclara que los informes adicionales no pueden ser confundidos con los informes de actuación a pues estos se emiten "en aquellos casos en que los responsables de la gestión controlada no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas" en los previos informes de control financiero (art.12.1) y "en aquellos casos en los que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabo de fondos públicos".

El análisis de la normativa aplicable permite concluir que un informe de actuación solamente puede emitirse si su destinatario es el mismo órgano que tiene que cumplir las recomendaciones de la intervención. En concreto, el apartado 2 del señalado precepto afirma que: "los informes relativos a las citadas actuaciones de control serán emitidos con carácter provisional por la Intervención General, y se comunicarán a las empresas sometidas a control para que, en el plazo de quince días, formulen cuantas alegaciones consideren convenientes".

De acuerdo con lo expuesto, hemos de realizar dos consideraciones iniciales. La primera, es que el mecanismo adecuado para poner de manifiesto las irregularidades advertidas en el Informe de Control Financiero del IFA era el Informe Adicional, por tener su origen, no en el ente fiscalizador, sino en la Consejería de la que dependía. La segunda, es, precisamente, que la Consejería de la que dependía la Agencia IDEA, al tiempo de la comunicación del Informe Adicional (julio de 2005), era la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa y no la de Empleo. Por ello, como Consejero de Empleo nunca estuvo facultado para contradecir las conclusiones contenidas en el Informe Adicional al Informe de Control Financiero de 2003, dado que, cuando al mismo le fue comunicado (julio de 2005), no era titular de la Consejería de la que dependía la Agencia IDEA.

El razonamiento expuesto impide que pueda declararse la nulidad de la prueba señalada. No puede considerarse afectado el recurrente por una eventual irregularidad administrativa (que, en el caso concreto, es inexistente) en la que nunca pudo intervenir.

(ii) En segundo lugar, tampoco es dable la denuncia en la medida en que, en el caso concreto, la eventual vulneración del derecho de contradicción producida en el procedimiento administrativo que alega, nunca conllevaría la nulidad de la prueba al no afectar a los derechos fundamentales del Sr. Mariano.

Se aduce que, "al privársele de conocer, alegar y en su caso corregir ciertas graves irregularidades incluidas en la versión definitiva del informe adicional al de cumplimiento definitivo IFA 2003 que, sin embargo e incomprensiblemente, fueron omitidas en el informe provisional que les fue previamente trasladado a los efectos del preceptivo trámite de alegaciones", se vulneró su derecho de contradicción.

El prisma desde el que enfoca el reproche es erróneo. De un lado, porque como hemos dicho, el Sr. Mariano no contaba administrativamente con la posibilidad de realizar alegaciones al informe adicional, por los motivos expuestos en los párrafos precedentes; y, de otro lado, por cuanto ni él ni ninguno de los demás destinatarios del Informe Adicional formularon alegación alguna, que lo rebatiese en el mismo procedimiento. Tampoco lo intentaron, ni siquiera advirtieron a la Intervención General de la Junta de Andalucía de la supuesta improcedencia de la emisión del referido informe. A ello, debe añadirse que, en el Informe Provisional, ya se denunciaron numerosas irregularidades en el mecanismo subvencional que nos ocupa.

En apoyo de su pretensión, alega la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional relativa a la prueba ilícita y, en particular, la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala STS 116/2019, de 23 de febrero (Caso Falciani), doctrina que fue examinada por el Tribunal Constitucional en su STC del Pleno 97/2019, de 16 de julio de 2019.

Para dar respuesta a la denuncia, conviene recordar otros pasajes de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la señalada STC del Pleno 97/2019, de 16 de julio. Dice así: "El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el actodeterminante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel".

Esta doctrina conduce a la inadmisión de la queja.

En el caso concreto, como hemos expuesto, no se conculcó derecho de contradicción alguno, pues, insistimos, en el procedimiento administrativo no era titular de derecho alguno de alegación. A ello, debe añadirse que la actuación de la Intervención General de la Junta de Andalucía, al emitir el Informe Adicional, no supuso que hubiese obtenido una prueba con vulneración de derecho alguno, sino que emitió un informe en el ejercicio de sus competencias del que dio pleno conocimiento, entre otros, al Sr. Mariano. Con ello, la Intervención de la Junta no trataba de obtener ventaja alguna en ningún procedimiento judicial, ni siquiera denunciar ante los Tribunales las ilegalidades del sistema de concesión de ayudas. Su objetivo era advertir de las mismas para que fuesen corregidas, dentro de su marco competencial. Conoció el informe y se aquietó con el mismo. Ninguna irregularidad cabe atribuir, por tanto, al órgano fiscalizador.

De acuerdo con lo expuesto, convenimos con el tribunal de primera instancia en que la señalada prueba tampoco puede reputarse nula por este motivo. Es decir, no supone una vulneración de derecho fundamental alguno con trascendencia en el procedimiento penal al que se vio sometido.

111.4 Vulneración de la presunción de inocencia en relación con el conocimiento del Informe Adicional de Cumplimiento del IFA del ejercicio 2003.

Una vez declarada la validez de la prueba, debemos dar respuesta a la denuncia de que, en cualquier caso, nunca tuvo conocimiento del contenido del Informe Adicional objeto de reproche, cuestión a la que se refiere el motivo séptimo del recurso.

También en este caso, la alegación se rechaza. La Sala de instancia, en el epígrafe de Pruebas de Cargo en su ordinal 19, considera como tal, el hecho de que como Consejero de Empleo y por error, recibió el señalado Informe Adicional en el mes de julio de 2005 (PPRI-ANEXO1-CARPETA1- TOMO1-AÑO2003-PDF 48-143-páginas 51 y 52). La conclusión de que tuvo conocimiento de su contenido, dada además la relevancia del Informe, es racional. Y tal conclusión torna en inatacable cuando se relaciona, como hizo la Sala de instancia, con la declaración prestada ante el Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, en fecha 30 de abril de 2015, pues afirmó:

"Estar informado de que existía un informe del año 2005, estuve informado por mi equipo, como estaba informado de todos los expedientes de discrepancia que se producen".

En definitiva, convenimos con la Audiencia Provincial en que el Sr. Mariano tuvo conocimiento del contenido del Informe Adicional y, por tanto, que supo " que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionado" (Conclusión 5, del señalado Informe).

111.5 Otras alegaciones.

Por último, daremos breve respuesta a dos concretas alegaciones de descargo adicionales.

(i) En primer lugar, se denuncia la vulneración del deber de motivación, por cuanto el Tribunal de instancia, al dar respuesta en sentencia a aquel reproche principal, se remite al auto de fecha 9 de febrero de 2018 en el que rechazó la nulidad de la señalada prueba.

La alegación debe inadmitirse. El deber de motivación no impone la obligación de fundamentar de forma diversa lo que merece una misma respuesta. Si en el acto del plenario no ha quedado acreditado ningún elemento que contravenga aquel razonamiento de forma esencial, no es necesaria ninguna otra aclaración. Se formuló una alegación y se obtuvo una respuesta suficiente, respuesta que, además, fue ampliada en el F.J. 26, en el examen de las alegaciones de descargo efectuadas en el plenario por él. Ninguna infracción del deber de motivación se ha producido.

(ii) En segundo lugar, se sostiene que el Informe, lo único que demuestra es la inacción de la Intervención General de la Junta de Andalucía, pues era competente para ello, dado que para hacer ese Informe reclamó algunos expedientes a la Dirección General de Trabajo (una muestra de 20 expedientes), lo que evidencia que pudo haberlos examinado todos. En definitiva, se desplaza la responsabilidad de los hechos a la falta de control por parte de la Intervención General de la Junta de Andalucía de los expedientes de concesión de ayudas.

El reproche es inadmisibles. A través del Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del IFA del año 2003, la Intervención General de la Junta de Andalucía (recuérdese que se comunicó en julio de 2005) nada podía oponer a la concesión de unas ayudas que ya habían sido concedidas. Solo denunciar las ilegalidades advertidas, como en efecto hizo, y advertir de que no se habían adoptado ninguna de sus recomendaciones efectuadas en el previo Informe de Control Financiero Permanente. A ello debe añadirse que, además, tales informes son posteriores a la tramitación de los expedientes y concesión de las ayudas (no previos).

En el factum de la sentencia y, asimismo a lo largo de toda esta resolución, hemos justificado que una de las finalidades esenciales de la creación del sistema de concesión de ayudas, al margen del ordenamiento vigente, era evitar que la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo pudiese fiscalizar, de forma previa, los expedientes de concesión de ayudas excepcionales.

El argumento impugnativo es, en sí mismo, una contradicción, un intento de trasladar la responsabilidad de no controlar la legalidad de las subvenciones al órgano fiscalizador al que, sin embargo, se le sustrajo tal posibilidad. La Intervención General de la Junta de Andalucía, por sí, o a través de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, nada podía fiscalizar cuando, precisamente fue el Sr. Mariano, junto con los demás condenados, quienes crearon y ejecutaron un mecanismo idóneo para sustraerse de aquel control, es decir, de la fiscalización previa.

(iii) En el motivo primero del recurso se expone que, a tenor de la prueba practicada y de la normativa vigente las ayudas, sólo podían ser concedidas por el Director del IFA/IDEA de forma libre y discrecional.

La cuestión que se plantea no es estrictamente fáctica ya que la determinación de a quien le corresponde la competencia para la concesión de subvenciones excepcionales viene determinada en la ley.

Por otra parte, esta alegación tiene su fundamento en una declaración testifical, la prestada en el plenario por don Hilario (Director General de Economía Social, entre los años 1994 a 2005), quien afirmó que los Directores Generales tenían plena autonomía para ejercer las competencias que los Decretos de estructura les otorgaban y las competencias en gestión presupuestaria estaban siempre delegadas. Sin embargo, esas manifestaciones van referidas a una aseveración abstracta, no concreta y desconectada de los hechos por los que se ha producido el enjuiciamiento.

La prueba vertida en el plenario, en particular la que hemos examinado, evidencia que el Sr. Mariano tuvo pleno conocimiento de los hechos por los que fue condenado, hasta el punto de que participó en la instauración del sistema y en la ejecución, mediante la selección de las mercantiles que resultarían beneficiadas por la concesión de subvenciones ilegales. Lo que se hiciese en una Dirección General ajena a la Dirección General afectada es irrelevante.

(iv) En el motivo tercero se expone que en el acto del plenario no se practicó prueba de cargo bastante demostrativa de que hubiese dado instrucción u orden alguna a los Directores Generales de Trabajo, acerca de cómo o a quién entregar las ayudas sociolaborales, así como que tampoco fue informado por ellos de tales circunstancias. En este sentido, se dice que el Sr. Mariano depositó la confianza en el Director General de Trabajo (Sr. Borja), titular exclusivo de la competencia para conceder las ayudas, tanto por razón de la desconcentración de tareas propias de una consejería, como, principalmente, porque así se establecía en el Convenio Marco de 2001. Y en apoyo de su tesis, cita las declaraciones plenarias de cinco Directores Generales (distintos del Director General de Trabajo, Sr. Borja), explicativas de sus funciones y, en concreto, en la medida en que afirmaron que en las

reuniones que se mantenían con el Consejero no se descendía a hablar de ayudas concretas y que nunca escucharon, en las veces que coincidieron con el Sr. Borja, que hablase con el Sr. Mariano acerca de las ayudas sociolaborales a las que se refiere el presente procedimiento.

La respuesta a esta queja ya ha sido anticipada en el examen de las pruebas de cargo analizadas hasta este momento. Al examinar el ordinal número 9 del epígrafe Pruebas de Cargo, el tribunal a quo destacó la declaración del impugnante ante el Juzgado de instrucción, de 21 de abril de 2012, en la que reconoce que explicó al Director General de Trabajo, Sr. Borja, las directrices para la concesión de las ayudas (PPRI, TOMO 48, 18.013-18.136, PDF 1-83). En particular, el fragmento seleccionado dice así:

"(...) le pregunta por S. Sría. a la vista de su contestación, si no es verdad que la afirmación del Sr. Borja es completamente cierta, ya que fue el declarante, cuando se había aprobado el Convenio Marco (y por supuesto el Sr. Borja no tenía conocimiento del mismo), el que le explicó las directrices de concesión de ayudas, y entre ellas le explicó que la ayuda individual podía estar incluida en la ayuda sociolaboral. Y manifiesta que es cierto que el declarante le transmitió la información y que ese contenido que le transmitió el declarante formaba parte del acuerdo al que llegaron el dicente y el Sr. Severiano sobre los criterios de concesión derivados del Acuerdo Marco".

Asimismo, en el ordinal 6 del epígrafe Pruebas de Cargo, se hizo referencia a la firma de múltiples convenios particulares con quien era el Director General de Trabajo, Don Borja, usando la partida 440, "Transferencias de Financiación a IFA", del programa 22E.

Entre tales convenios particulares, la Audiencia pone en valor el convenio de colaboración de fecha 19 de julio de 2001, dentro del expediente HAMSA. En relación con este Convenio, consta en las actuaciones el fax de fecha 12 de junio de 2000, que el Viceconsejero de Empleo, envió copia del mismo a don Borja para que lo usara como modelo en el convenio de JEREZ INDUSTRIAL, que se iba a firmar (pri/tomo 256/pdf 95786/pagina 68).

En conclusión, todo este conjunto de alegaciones resulta inviables.

111.6 Consideraciones finales.

Como conclusión de todo lo que se acaba de exponer entendemos que la condena del Sr. Mariano, tanto por delito de prevaricación como por delito de malversación de caudales públicos tiene soporte en prueba de cargo suficiente, que ha sido valorada de acuerdo con criterios de racionalidad a los que nada cabe objetar. No ha habido, por tanto, la lesión del derecho a la presunción de inocencia a la que se refieren los motivos cuarto, sexto y séptimo del recurso.

La prueba acredita que el Sr. Mariano participó de forma activa y consciente en la instauración, desarrollo y ejecución del mecanismo de concesión de subvenciones ilegales desde su creación, hasta su extinción, actividades que llevó a cabo en su distinta condición de Viceconsejero de Empleo, Presidente del IFA y, finalmente, Consejero de Empleo y, como señala el tribunal de instancia, "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados, disponiendo, y permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Por su condición de Viceconsejero de Empleo conocía la política de empleo de la Junta de Andalucía. Intervino en la concesión de las ayudas antes de que se produjera el cambio de presupuestación e intervino activamente en ese cambio. Era conocedor de que, para poder conceder las subvenciones, evitando los posibles reparos por parte de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, era necesario articular un mecanismo que eludiese las normas de tramitación previstas para las subvenciones excepcionales y, asimismo, evitase la fiscalización previa y a tal fin en el seno de la Consejería de Empleo, se ideó un mecanismo integrado por distintos instrumentos relacionados entre sí, entre los que se incluía la firma del Convenio Marco de 2001 y el uso de transferencias de financiación. Conoció, de primera mano y participó en la instauración de ambos instrumentos.

Respecto del primero de los instrumentos, el Convenio Marco de 17 de julio de 2001, tuvo absoluto conocimiento de él, ya que fue uno de los suscribientes, en su condición de Presidente del IFA y, respecto del segundo de los instrumentos, las transferencias de financiación, consta, asimismo, su pleno conocimiento, dado que intervino en la tramitación de los instrumentos legales, a través de las cuales se instauraron (las modificaciones presupuestarias y los Anteproyectos de Ley de Presupuestos), en la medida en que como Viceconsejero formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros, a la que se llevaron las referidas modificaciones y Anteproyectos de Presupuestos.

Tuvo conocimiento de que se llevaron a cabo distintas modificaciones presupuestarias (durante los años 2000 y 2001), que se tramitaron en la Consejería de Economía y Hacienda, en virtud de las cuales se autorizó el uso de transferencias de financiación para incrementar la aplicación presupuestaria 440.12.22E, "Transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía -IFA-" (partida inidónea para conceder subvenciones), al tiempo que se dio de baja la aplicación 472.00.22E, "Transferencias corrientes a empresas privadas en materia de Relaciones Laborales, acciones que generan empleo" y 481.00.22E, "Transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro" (que eran las partidas hasta entonces utilizadas por la Consejería de empleo para conceder ayudas socio laborales y ayudas a empresas en crisis).

Se pretendió con ello eludir el control de la Intervención. Ya hemos justificado en anteriores fundamentos que el criterio de presupuestación que se siguió hasta el cambio era el legal, que no hubo razón alguna para ese cambio y que, inmediatamente después de producido, se procedió a la aprobación y pago de las subvenciones excepcionales sin el previo y exigible control de la Intervención.

Dicho de otro modo, era perfectamente consciente de que, a través de las referidas modificaciones autorizantes de las transferencias de financiación, lo que se trataba era de eludir la normativa prevista para la concesión de las subvenciones excepcionales y, en particular, que el expediente estuviese sometido al control de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, a través de su fiscalización previa.

También era conocedor de que las transferencias de financiación tampoco podían ser utilizadas para el pago de subvenciones, a partir del presupuesto del año 2002, en el nuevo programa 31L, porque infringía las normas presupuestarias contenidas en la normativa expresada al inicio de este Razonamiento Jurídico. El Anteproyecto de Ley de Presupuestos del año 2002 y los de los años 2003 y 2004 fueron examinados en los grupos de trabajo a que se refieren las órdenes de elaboración de presupuestos y examinados en las Comisiones Generales de Viceconsejeros de las que era miembro.

Además, como Presidente del IFA firmó numerosos convenios particulares con quien era el Director General de Trabajo, plenamente consciente de que, a través de los mismos, se concederían ayudas haciendo uso del mecanismo ilícito de concesión antes referido. Asimismo, era consciente de la ilicitud en la concesión de tales ayudas, por cuanto, en numerosas ocasiones, él mismo o en consenso con el entonces Consejero de Empleo, decidió de forma discrecional las empresas que debían beneficiarse y el importe de las ayudas.

Era consciente de que, con la concesión de las ayudas, no solo se contravenía la normativa relativa a la concesión de ayudas excepcionales, sino también la específica del IFA, pues a su instancia se sustrajo la posibilidad de que las ayudas superiores a 1.200.000 euros pudieran ser aprobadas por el Consejo Rector y sometidas a ratificación por el Consejo de Gobierno. Y tuvo conocimiento de los informes de control financiero, en los que se puso de manifiesto la existencia de notables ilegalidades en la gestión concreta de concesión de ayudas. En particular, tuvo conocimiento de los informes correspondientes a los ejercicios de los años 2000 y 2001 y del Informe Adicional al de cumplimiento de 2003, en el que ya se advertía, de forma precisa y con detalle, del cúmulo de ilegalidades que se estaban produciendo en la gestión y concesión de las ayudas, al margen de todo control y del cumplimiento de las exigencias y presupuestos establecidos en la normativa de subvenciones. Pese a ello, continuó con la utilización del ilegal procedimiento.

Su condena por los delitos continuados de malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa tiene apoyo y justificación en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada, por lo que no apreciamos la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se invoca en el recurso.

Por todo lo expuesto, los motivos se desestiman.

XX RECURSO DE DON Domingo

112. Motivo por infracción de ley: Indebida subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación administrativa.

En el primer motivo, por infracción de ley e invocando el artículo 849.1 de la LECrim se censura la pretensión de unificar en un solo procedimiento, construido artificialmente, decisiones de distintas autoridades independientes entre sí y, en muchos casos, con finalidades distintas.

Se dice que se ha construido un artificio procedimental en el que se acumulan acuerdos de distinta naturaleza y finalidad, creando un pretendido e inexistente procedimiento administrativo, calificado como "procedimiento específico", atribuyendo a ese artificio los efectos propios de una arbitraria gestión de los fondos públicos. Además de cuestionar la arquitectura de ese procedimiento específico se censura la sentencia por las razones que a continuación exponemos sucintamente:

(i)) La elaboración y aprobación de un proyecto de ley de presupuestos es un acto político sujeto a control parlamentario y es simplemente una propuesta que hace el Gobierno en el ejercicio de la potestad política de iniciativa legislativa, que no puede ser objeto de control por los demás poderes constitucionales, de forma que el poder judicial no puede cuestionar ni evaluar con efectos jurídicos los actos preparatorios de esa iniciativa. Se señala que la decisión de enviar un proyecto de ley al Parlamento es un acto político de un órgano constitucional que tiene encomendada la dirección política. Esa decisión se enmarca en la relación del Gobierno con otro poder constitucional, el Parlamento, y no está sujeta a control jurisdiccional, ni siquiera por la jurisdicción contencioso-administrativa.

(ii) La sentencia no especifica qué resoluciones se atribuyen a cada acusado y tampoco al Sr. Mariano y, en todo caso, la aprobación de proyectos de ley de presupuestos o de modificaciones presupuestarias no puede considerarse "resolución" a los efectos del artículo 404 CP, ya que son meras propuestas, carentes de efectos jurídicos, en cuanto que no van dirigidas a los ciudadanos.

(iii) Se cuestiona que la única finalidad de las transferencias de financiación sea la cobertura de pérdidas de una empresa o entidad pública.

d) Se enfatiza que como Viceconsejero de Empleo intervino en el trámite de informe y aprobación de los proyectos de ley y modificaciones presupuestarias en la Comisión General de Viceconsejeros, pero tal actuación no puede ser reputada como resolución a efectos penales por su incardinación en el ejercicio de la facultad política de iniciativa legislativa.

Todas estas alegaciones ya han sido objeto de análisis y respuesta en los fundamentos jurídicos vigésimos y siguientes a los que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

113. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Al igual que en otros recursos, en este motivo se denuncia tanto la ausencia de prueba, como la arbitraria valoración de la prueba tomada en consideración por el tribunal de instancia, por lo que, siguiendo el mismo esquema argumental que en motivos anteriores, procedemos a resumir las pruebas de cargo destacadas en la sentencia impugnada, para proseguir con la respuesta a las alegaciones formuladas en el motivo, finalizando con las conclusiones procedentes sobre el juicio probatorio de la sentencia de primera instancia.

No obstante, conviene hacer una consideración previa. Advertimos que la prueba de cargo tenida en cuenta por la Audiencia Provincial relacionada con el Sr. Domingo es semejante, en ocasiones, a la examinada en relación con otros condenados que, al tiempo de los hechos, ostentaron diversos cargos en la Consejería de Empleo, por lo que su valoración debe relacionarse con la valoración que de aquellas pruebas se ha hecho y, en particular, con la relativa a don Mariano, quien fue Consejero de Empleo durante el tiempo en que el Sr. Domingo fue Viceconsejero de la misma Consejería.

113.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

El Sr. Domingo ha sido condenado por la comisión de sendos delitos de prevaricación y malversación. A tal fin la Audiencia Provincial, una vez valoradas las pruebas, concluyó declarando que "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Disponiendo y permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Esa conclusión se asienta en la valoración conjunta de las pruebas que, a continuación, relacionamos.

(i) Ostentó el cargo de Viceconsejero de Empleo durante el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2004 y el 30 de abril de 2010.

En cuanto a sus funciones el artículo 27 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que en lo sustancial es coincidente con la norma a la que sustituyó (Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía), atribuye al Viceconsejero las siguientes funciones:

"A nivel general: a) La representación ordinaria de la Consejería después de su titular y la delegación general de éste; b) La suplencia de la persona titular de la Consejería en los asuntos propios de ésta, sin perjuicio de las facultades de la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía a que se refiere la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía; c) Formar parte de la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras y d) La dirección, coordinación y control de los servicios comunes y los órganos que les sean dependientes. En el ámbito de su Consejería, le corresponde: a) El asesoramiento a la persona titular de la Consejería en el desarrollo de las funciones que a esta le corresponden y, en particular, en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos, así como a los demás órganos de la Consejería; b) Supervisar el funcionamiento coordinado de todos los órganos de la Consejería; c) Establecer los programas de inspección y evaluación de los servicios de la Consejería; d) Proponer medidas de organización de la Consejería, así como en materia de relaciones de puestos de trabajo y planes de empleo, y dirigir el funcionamiento de los servicios comunes a través de las correspondientes instrucciones y órdenes de servicio; e) La coordinación de la actividad económico-financiera de la Consejería; f) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Consejería; g) Ejercer las facultades de dirección, coordinación y control de la Secretaría General Técnica y de los demás órganos y centros directivos que dependan directamente de ellas; h) Ejercer las demás facultades que les delegue la persona titular de la Consejería y i) Cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación vigente".

Sin necesidad de hacer referencia al desarrollo reglamentario de estas Leyes (Decreto 244/2000, de 31 de mayo, Decreto 203/2004, de 11 de mayo, Decreto 118/2008 y Decreto 170/2009, de 19 de mayo), citados con detalle en la sentencia impugnada, el papel central del Viceconsejero dentro de la Consejería era muy relevante, destacando, en lo que aquí interesa, el asesoramiento al titular de la Consejería, en particular, en el ejercicio de la función normativa, y su posición jerárquica supervisando todos los órganos de la Consejería, coordinando la actividad económico-financiera, y ejerciendo el control y dirección de la Secretaría General Técnica.

(ii) Con anterioridad fue Delegado Provincial de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Cádiz y en esa condición intermedió para que dieran ayudas a varios ayuntamientos. La sentencia de instancia menciona una carta que remitió al entonces Consejero de Empleo, Mariano, en el que se solicitaba una ayuda al Ayuntamiento de Chiclana y en donde decía: "la ayuda podría rondar entre los 18.000 € y los 24.000 € y podría ser a través de la

Dirección General de Trabajo" y también se decía "en base al Convenio suscrito por el IFA, se le apruebe la subvención que solicita al igual que en otros casos similares" (Prueba de cargo 1).

La carta es muy ilustrativa. Evidencia que conocía el procedimiento de concesión de subvenciones a través de la Dirección General de Trabajo y el IFA; alude expresamente a subvenciones, acredita la forma tan irregular de concesión de subvenciones y permite deducir que el fondo creado para pago de las ayudas era de general conocimiento en Andalucía. Bastaba una orden del Consejero de Empleo para que se aprobara la ayuda.

(iii) Firmó las alegaciones de la Consejería al Informe provisional de cumplimiento del IFA de 2003 (Prueba de cargo 2).

La formulación de las alegaciones lleva de suyo el conocimiento por el Sr. Domingo no sólo de la ilegalidad del criterio de presupuestación sino también de la gestión concreta de las ayudas. Conviene recordar que en el Informe Provisional aludido se hace referencia extensa a la improcedencia del uso de las transferencias de financiación que daba lugar a la ausencia de control por la Intervención y se refería toda una serie de irregularidades que permitían concluir que en los expedientes analizados, extensibles a los demás existentes, se habían omitido de forma absoluta el procedimiento establecido para el pago de subvenciones.

Sobre el contenido del citado Informe hemos hecho amplia referencia en pasajes anteriores de esta sentencia, que damos por reproducidos.

La defensa se opone a esta inferencia afirmando que es ilógica y que lo más razonable es pensar que las alegaciones habían sido realizadas por los técnicos de la Consejería de Empleo y que, dado que solo firmó el oficio de remisión al Interventor General del informe de alegaciones en cumplimiento de la normativa vigente, no tuvo conocimiento de su contenido.

En buena medida esta alegación fue contestada en la sentencia de primera instancia. En ella se afirma que es contrario a la lógica y a las máximas de experiencia que habiendo formulado alegaciones al Informe provisional no se interesara por conocer en qué términos se había formulado el Informe Definitivo. A esa consideración debemos añadir que, dadas las gravísimas irregularidades que ya se denunciaban en el Informe Provisional, es lógico suponer que el Sr. Barberá no sólo se interesara por el resultado del Informe Definitivo sino también por lo que estaba sucediendo y diera cuenta a su superior jerárquico.

De este hecho la sentencia deduce, y es razonable, que conociera cómo se articulaban las ayudas que eran concedidas por la Dirección General de Empleo y pagadas por el IFA. También se deduce, a partir del contenido del informe, que sabía que las ayudas se concedían sin el control de la Intervención, ante la carencia de crédito en la propia Consejería para imputar ese gasto. En concordancia con ello consta que intervino, incluso antes de ser Viceconsejero, en las gestiones previas a una ayuda al Ayuntamiento de Chiclana, a la que ya nos hemos referido, y sabía cómo se gestionaban las ayudas.

(iv) En su condición de Viceconsejero de empleo formó parte del Consejo Rector del IFA y conoció la existencia de los déficits o desfases presupuestarios anuales que el pago de las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo generaba en el ente público (Prueba de cargo 3).

Debemos recordar a este respecto que el problema del desfase presupuestario generado en IFA /IDEA como consecuencia del pago de las obligaciones asumidas por el Director General de Trabajo era reiterativo. A ello nos hemos referido extensamente al dar respuesta al recurso de don Severiano. Recordaremos algunas de estas referencias.

- En la Memoria del Presupuesto de 2005, se hizo constar la existencia de déficit presupuestario, dada la necesidad de "Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo", lo que, asimismo, se hizo constar en la elaboración de los Anteproyectos de Presupuestos de los ejercicios siguientes - En el informe de auditoría financiera de PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDITORIES SL realizado sobre las cuentas anuales del IFA del ejercicio 2003, que fue firmado el 15/07/2004 una vez que el recurrente ya era miembro del Consejo Rector de esa entidad, se hace referencia a un saldo deudor de 64.890 miles de euros y de un saldo deudor vinculado específicamente referido a las ayudas sociolaborales de 38.2256 euros. El Consejo Rector del ente fue informado de estos hechos en la sesión de 22/07/2004, en la que se dio lectura a las objeciones de los auditores. La existencia de ese déficit originó que la Intervención General de la Junta de Andalucía el 18/10/2004 acordó una retención cautelar de crédito por ese importe que poco después (28/10/2004) sería dejada sin efecto.

- En los informes de cuentas anuales de 2005 a 2009 y en las auditorías de cumplimiento de esos mismos años se recogía que la utilización de las transferencias de financiación para el envío de fondos al IFA y posteriormente al IDEA "era inadecuado para el gasto público realizado de subvenciones excepcionales, no cumpliéndose la finalidad de financiar actuaciones del propio Instituto".

- En los informes de cuentas anuales de 2003, en el Informe adicional de ayuda de 2003 y en Auditorías de cumplimiento de 2004, 2007 y 2009 se reseña que "el IFA-IDEA contrae, por encargo de la Consejería de Empleo, a través de la Dirección General de Trabajo, obligaciones de pagos con terceros por compromisos que superan los créditos aprobados, no respetándose el carácter limitativo de los créditos autorizados en los estados de gasto de su presupuesto".

- En los informes de auditoría de cumplimiento de 2005 a 2009 se afirma que el IFA/IDEA "actuaba de manera improcedente como entidad colaboradora".

- El recurrente tuvo conocimiento del Informe Definitivo de Cumplimiento del IFA de 2003 en el que, a instancias del Interventor General de la Junta de Andalucía, se hizo un estudio sobre 20 de los 144 expedientes de concesión de ayudas sociolaborales, en el que se detectaron multitud de irregularidades (a las que ya nos hemos referido en el fundamento jurídico trigésimo primero y que no vamos a reiterar), extensibles al resto de expedientes. (HP 9º)

- Anualmente se reflejaba el déficit de IFA /IDEA, como consecuencia de los pagos asumidos por compromisos de gastos de la Consejería de Empleo con cifras ciertamente abultadas (95.991 millones de euros en 2004, 95.534 millones de euros en 2005, 58.097 millones de euros en 2006) lo que dio lugar a que algunos miembros del Consejo Rector en la sesión del 11/06/2007 manifestaran su inquietud por la situación y todos ellos sabían que no era un problema de tesorería sino que la Consejería de Empleo no contaba con dotación presupuestaria suficiente para transferir al IFA/IDEA y atender los compromisos de pagos suscritos en los distintos convenios particulares, derivados del Convenio Marco de 2001.

(v) Formaba parte del grupo de trabajo preparatorio de los anteproyectos de presupuestos de los ejercicios 2005 a 2010 (Prueba de cargo 4 y 5).

En pasajes anteriores de esta sentencia ya hemos puesto de relieve la importancia de los grupos de trabajo en la elaboración de los presupuestos de cada consejería y de sus entes dependientes, como el IFA/IDEA. Se trataba de grupos de alto nivel, regulados en las Órdenes que se aprobaban para la elaboración del presupuesto de cada año (por ejemplo, la Orden de 4 de junio de 2003, para el ejercicio 2004) que manejaban importante información y que, sobre todo, tenían como cometido, entre otros, evaluar la ejecución de los programas presupuestarios del ejercicio anterior, revisar los programas de gastos, establecer las prioridades, fijar los indicadores de medición de la eficacia, calidad y ejecución financiera.

(vi) Se ocupó de la gestión de ayudas concretas, como las concedidas a las empresas VITALIA el 20/05/2008 y a DELPHI el 06/03/2008 (Prueba de cargo 6)

Constan en autos distintos correos electrónicos entre el Sr. Domingo y el interlocutor de la mediadora VITALIA, de 20 de mayo de 2008, relativos a algunos aspectos relacionados con la ayuda que se concedió a la mercantil DELPHI; así como una carta de quien era Director General de Trabajo, en aquel tiempo, don Borja, de 6 de marzo de 2008, dirigida a don Virgilio (condenado en la instancia y quien entonces era Viceconsejero de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa), en la que aquél indicaba a éste que el convenio de ALTADIS había sido retocado por el Sr. Domingo.

A tales pruebas, demostrativas de la directa intervención del Sr. Domingo en la concesión de ayudas concretas, se añade las declaraciones prestadas por la testigo doña Encarnación (recordemos, personal externo contratado por la Dirección General de Trabajo con el objeto de "poner orden" -sic- en relación con el descontrol habido con la concesión de las ayudas).

En esa declaración, ratificada y sometida a la contradicción del plenario, afirmó respecto de la ayuda concedida a PACK SUR, SL

"Que desconoce la finalidad real de la ayuda. Que la persona que insta a que se prepare un convenio (que realmente es una ayuda sociolaboral), es el Viceconsejero, Domingo, en base a un acuerdo de éste con el Viceconsejero de la CICE (...)"

Respecto de las ayudas concedidas a SANTANA y DELPHI afirmó que:

" Benigno (...) Con el Viceconsejero (Domingo) llevaba todo el tema de SANTANA y DELPHI".
Y, finalmente, la Audiencia destaca el siguiente fragmento de aquella declaración:

"PREGUNTADA para que manifieste en relación a cómo se adoptaban los compromisos de ayudas con las distintas empresas y si en ocasiones la DGTSS no decidía sobre las mismas y venían impuestas desde la Consejería, Delegación Provincial de Empleo, o alguna persona física determinada, MANIFIESTA: habitualmente las decisiones las tomaba el Consejero (Mariano y Leonardo) y el Viceconsejero (Domingo y Fausto). Que los DGTSS (Amadeo y Samuel) las consultaban con el Consejero. Las Delegaciones de Empleo solo emitían propuestas. En ocasiones ha habido decisiones compartidas entre los responsables de las Consejerías de Empleo y de Ciencia e Innovación, porque las ayudas procedían de ambas, como el caso de PACKSUR".

En segundo lugar, la Sala de instancia también recalca la declaración prestada por aquella testigo ante el Juez de Instrucción, el 13 de mayo de 2016, también ratificada en el plenario, en la que afirmó que:

"Los Viceconsejeros de Empleo e Innovación tuvieron encuentros para agilizar algunos expedientes (...). Por ejemplo, de la Naval les fue traspasado a la DGT por el Sr. Domingo que era el que lo llevaba antes".

Y, por último, valoró como prueba de cargo la declaración plenaria de la testigo en la que afirmó, respecto de la ayuda de DEPLPHI, que

"fue Domingo el que llevó esa ayuda, y se las entregó a ellos para que la siguieran. (...) El último en enterarse de la concesión de ayudas era Amadeo (Amadeo, quien, a partir del 29 de abril de 2008, fue nombrado Director General de Trabajo), porque venían de arriba, como el caso de Delphi".

Estas declaraciones prueban su personal implicación en la concesión de las ayudas.

(vii) Se señala como evidencia de cargo que, una vez que tomó posesión en su cargo don Amadeo, como Director General de Empleo, dio el Vº Bº a todas las órdenes de pago que se remitían a IDEA (prueba de cargo 7).

En efecto, cuando don Amadeo fue nombrado Director General de Trabajo (en fecha 29 de abril de 2008), se decidió que el Viceconsejero debía poner el visto bueno en cada una de las órdenes de pago que se enviaban a la Agencia IDEA. Y, a título de ejemplo, se destaca el visto bueno que consta en la orden de pago correspondiente a la mercantil CALDERINOX.

Esa singular intervención del Sr. Domingo en las órdenes de pago constituye una prueba más de su conocimiento e intervención directa en el sistema de concesión de ayudas ilegales que nos ocupa.

(viii) Asistió a la reunión del Consejo Rector de la agencia IDEA, de fecha 11 de junio de 2007, en la que se debatió sobre la salvedad por incertidumbre recogida en el Informe de auditoría de cuentas de IDEA realizado por la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS correspondiente al ejercicio del año 2006 y derivada de las dotaciones pendientes de recibir de la Consejería de Empleo por importe de 58.000.000 € al cierre del ejercicio, como consecuencia de los Convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de esa Consejería" (Prueba de cargo 8).

(ix) La anterior evidencia debe ponerse en relación con la prueba de cargo 13 que consiste en el hecho de que las salvedades por incertidumbre dejaron de incluirse en los informes de auditoría externa por parte de la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS, con posterioridad a la sesión del Consejo Rector antes referida a instancia del Sr. Domingo.

Con el fin de que no se hiciesen aquellas salvedades, el Sr. Domingo asumió el compromiso de cubrir las dotaciones pendientes, que daban lugar a la formulación de las mismas, todo ello, pese a que los hechos determinantes de que se realizasen las salvedades por incertidumbre no hubiesen desaparecido.

A tal efecto destaca la carta que dirigió a don Gerardo, Socio de firma auditora aludida, el 23 de junio de 2008, que dice así:

"En relación con la auditoría de las cuentas anuales de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante IDEA), a 31 de diciembre de 2008, que esa entidad viene realizando, le indico lo siguiente:

Con respecto al saldo deudor que la Agencia IDEA mantiene dentro del subepígrafe de 'financiación de actuaciones', por importe de 33.269 miles de euros dentro del activo del balance, facilitado por su entidad, que recoge las ayudas aprobadas por la Agencia con cargo a determinados convenios firmados con la Consejería de Empleo no cubiertos con las dotaciones de fondos realizadas hasta 31 de diciembre de 2008, les traslado el compromiso de esta Consejería de Empleo de cubrir cualquier eventual necesidad financiera de la Agencia que pudiese producirse antes de finales del 2009".

(x) Tenía conocimiento de la regulación estatal de las ayudas, a través de una carta que le fue remitida por el Director General de Empleo del Ministerio de trabajo, fechada el 30 de noviembre de 2007, relativa a las ayudas a las que se refería la Orden Ministerial, de 5 de abril de 1995 por la que se determinan las ayudas que podrá conceder el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas. En dicha carta se le informó de las condiciones para obtener la reposición de las prestaciones concedidas con anterioridad conforme a la Orden Ministerial citada, de lo que cabe suponer que estaba al tanto no sólo de esa regulación sino de la correspondiente a las ayudas que concedía su Consejería (Prueba de cargo 9).

Al respecto, conviene recordar que, al dar respuesta al recurso del Sr. Borja, hemos dicho que la Orden Ministerial de 1995 era aplicable, de forma exclusiva, a ayudas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y, por tanto, no a las ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(xi) Asistió a las reuniones de la Comisión General de Viceconsejeros donde se acordó elevar al Consejo de Gobierno distintas modificaciones presupuestarias para el pago de las ayudas a que se refiere este proceso así como los proyectos anuales de presupuestos (Prueba de cargo 10).

En la medida en que intervino personalmente en la gestión de ayudas singulares puede deducirse que conocía que las partidas presupuestarias aprobadas con el uso de transferencias de financiación iban destinadas al pago de subvenciones.

(xii) Tuvo conocimiento de las Memorias que se incorporaban en los expedientes elevados al Consejo de Gobierno para aprobar el Plan Anual de Control Financiero de los entes públicos de la Junta de Andalucía (Prueba de cargo 11).

Sobre las dos pruebas anteriores conviene hacer las precisiones que, a continuación, se expresan.

El conocimiento del sistema de concesión ilegal de ayudas y de su intervención en el mismo se acredita en cuanto que formó parte de la Comisión General de Viceconsejeros, durante el periodo en que ostentó el cargo de Viceconsejero de Empleo, y en alguna de cuyas sesiones se acordó elevar al Consejo de Gobierno los

Anteproyectos de Ley de Presupuestos, junto con la documentación anexa necesaria, en los que se previó el uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440.

Asimismo, consta que asistió a la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros, de fecha 3 de mayo de 2007, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno el programa anual de control financiero permanente de empresas y entidades públicas del año 2007 en el que se incluyó una memoria de control financiero permanente, relativa a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía, en la que se puso de manifiesto la existencia de las dificultades financieras de la Agencia IDEA, así como de su origen.

En particular, consta que tuvo conocimiento de la Memoria correspondiente al Presupuesto del año 2006, en cuyas conclusiones se afirma que:

"(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa. Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas sino a las consejerías".

El conocimiento del sistema ilegal de concesión y gestión de ayudas fue constante a lo largo de todo el tiempo en el que ostentó el cargo de Viceconsejero de Empleo, no solo porque interviniese de forma material del mismo al disponer y permitir la disposición de los fondos correspondientes a la partida 440, del programa 31L, sino porque fue advertido de la ilegalidad del sistema durante todo aquel periodo.

Así, consta, como hemos dicho y a título de ejemplo:

- Que tuvo conocimiento del Informe Provisional del Informe Definitivo de Cumplimiento del IFA del ejercicio 2003;

- Que conoció de la documentación que manejó el grupo de trabajo constituido para la elaboración de los Anteproyectos de Ley de Presupuestos correspondientes a los ejercicios 2005 a 2010;

- Que participó en las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, en las que se acordó elevar los Anteproyectos de Ley de Presupuestos al Consejo de Gobierno, en los que se propuso el uso de las transferencias presupuestarias para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y

- Que tuvo conocimiento de los borradores de informe y del Informe Definitivo del despacho GARRIGUES de 2009 en los que, con ocasión de dar respuesta al objeto del informe (eventual "viabilidad de la Implantación de líneas de apoyo excepcional de carácter sociolaboral al amparo del art. 107 de la ley 5/83, recogido en el anexo 35"), se advirtió del incumplimiento de la normativa relativa a la concesión de subvenciones que se estaba llevando a cabo hasta ese momento.

(xiii) Siendo Viceconsejero tuvo noticia de que la ayuda concedida a la empresa A NOVO fue aprobada provisionalmente por el Consejo Rector de IDEA el 26/09/2006 pero la propuesta no se elevó a la Comisión General de Viceconsejeros para su discusión y aprobación por el Consejo de Gobierno (Prueba de cargo 12).

Recuérdese al respecto, que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía debía ratificar las ayudas por importe superior a 1.200.000 euros, de conformidad con el artículo 10, letra h) del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.

La sentencia recurrida destaca que, a pesar de haber formado parte del Consejo Rector en el que se aprobó el convenio provisional y, por tanto, la cuantía de las ayudas, fue consciente de que aquel convenio no fue llevado a la Comisión General de Viceconsejeros de la que él formaba parte, y, por tanto, nunca fue sometido a la ratificación del Consejo de Gobierno.

La trascendencia de la prueba radica, por tanto, en que conocía que se concedieron aquellas ayudas con transgresión, no solo de la normativa relativa a la concesión de subvenciones excepcionales coma, sino también de la concreta normativa de la Agencia IDEA.

(xiv) Remitió en fecha 23/06/2008 y 15/07/2009 dos cartas a un socio de la firma PRICE WATERHOUSE COOPERS, que había auditado a IDEA y detectado un saldo deudor en el balance de 40 millones en 2007 y de 33.269 miles de euros en 2008 en la agencia, comprometiéndose a que la Consejería de Empleo cubriría cualquier eventual necesidad financiera que pudiera producirse en el ejercicio correspondiente. Es un dato más que refuerza la afirmación de que conocía que la agencia atendía órdenes de pago por encima de las partidas presupuestarias que tenía aprobadas (Prueba de cargo 13).

(xv) Tuvo conocimiento del informe elaborado por el despacho de abogados GARRIGUES, según manifestó la testigo doña Encarnacion, en declaración sumarial, ratificada y sometida a contradicción en el juicio oral, que manifestó que de dicho informe se envió al Consejero y copia del mismo al Sr. Domingo (Prueba de cargo 14).

El informe fue encargado, en el mes de julio de 2009, por don Amadeo, entonces Director General de Trabajo. En dicho informe (como así en los borradores previos) en que se examinó la posibilidad de implantar "líneas de apoyo excepcional de carácter sociolaboral al amparo del art. 107 de la ley 5/83" se puso de manifiesto la ilegalidad del sistema que se estaba aplicando para la concesión de ayudas.

Conviene recordar que, en el FJ 29 de la sentencia de instancia, respecto del informe, se afirma que:

"Sus conclusiones (las del Informe) sobre las ayudas que se pretenden dar son muy ilustrativas, al comparar sus requisitos con la forma de proceder en la concesión de las ayudas desde el año 2000, por la propia Dirección General de Trabajo. (...) Las ayudas socio-laborales que pretende otorgar la Dirección General de Trabajo, encajan en el supuesto de concesión directa, con carácter excepcional, debidamente motivada, según el artículo 22.2 c) de la LGS, en el art. 107,3 de la LGHPA, y en el art. 31,1 párrafo segundo de la Ley 3/2004."

En el informe se indica que el otorgamiento de subvenciones por parte del Director General de Trabajo requeriría que el Consejero de Empleo le delegue el ejercicio de la competencia, según lo prevenido en el art. 12 y 13 de la LRJPAC, y art. 99 y 1010 de la LAJA.

En el apartado 2.4.6 respecto del control financiero de las ayudas se señala:

(...) con este procedimiento se ha eliminado un trámite fundamental, como es el de la fiscalización individualizada de los actos de otorgamiento, y que mediante el uso de la transferencia de financiación, la Dirección General de Trabajo se sustrae al procedimiento de control a los que teóricamente debía someterse, teniendo en cuenta que es realmente la entidad que retiene y ostenta el poder decisorio y posterior control del cumplimiento, en relación con las ayudas otorgadas.

Tras destacar que las subvenciones deberán publicarse en el BOJA, e inscribirse en la Base de Datos de Subvenciones, el Informe concluye en el apartado 4 en los siguientes términos:

' Para que se pueda iniciar una línea de ayudas excepcionales por parte del DGT, es preciso una delegación de competencias por el titular de la Consejería, aun tratándose de ayudas excepcionales, es preciso observar un determinado procedimiento, cuyo incumplimiento determinará la nulidad o anulabilidad de la resolución otorgando la ayuda especial relevancia tiene el cumplimiento del requisito de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualquier ingreso de Derecho público de la Comunidad autónoma andaluza se ha eludido el trámite del control financiero individual de las ayudas, en la medida que su financiación se realiza con cargo a una partida presupuestaria transferida a IDEA aun cuando el concepto al que se destinen las ayudas que pretenden otorgarse sean las nóminas de los trabajadores, el beneficiario será la empresa ".

14 Ha sido valorada singularmente la declaración de la testigo doña Encarnacion, de 2 de febrero de 2012, ratificada en el plenario y sometida a la contradicción de la partes. La Audiencia Provincial refiere el siguiente fragmento:

" PREGUNTADA por los destinatarios concretos y concedores del contenido del informe de GARRIGUES sobre 'Consideraciones jurídico administrativas sobre viabilidad de la Implantación de líneas de apoyo excepcional de carácter sociolaboral al amparo del art. 107 de la ley 5/83, recogido en el anexo 35 (...). Los destinatarios del informe (anexo 35) son: Consejero Mariano) y más personal del Gabinete del Consejero que mandaron la réplica, Viceconsejero (Domingo) y el DGTSS (Amadeo. Que tanto DIRECCION069 como Ruperto (IDEA) fueron destinatarios de este informe".El informe fue encargado, en el mes de julio de 2009, por Don Amadeo, entonces Director General de Trabajo. En aquel (como así en los borradores previos) en el que se examinó la posibilidad de implantar "líneasde apoyo excepcional de carácter sociolaboral al amparo del art. 107 de la ley 5/83 " y que fue remitido al recurrente, entre otros, el despacho Garrigues, con ocasión de dar respuesta al objeto del informe, evidenció la ilegalidad del sistema que hasta la emisión del informe se estaba aplicando para la concesión de ayudas".

113.2 Argumentos impugnativos.

(i) Un primer grupo de argumentos impugnativos gira en torno al conocimiento de las ilicitudes.

Se afirma que las tesis acusatorias pivotan constantemente alrededor de la aprobación de las modificaciones presupuestarias, del conocimiento del déficit presupuestario y de la realización de alegaciones al informe adicional de cumplimiento del año 2003, pero ninguno de estos hechos tiene relación alguna con el delito de malversación. A juicio de esta defensa no ha quedado probado que el Sr. Domingo tuviera capacidad alguna en relación con la disposición de fondos, ya que todas las decisiones las adoptaba el Director General de Trabajo. Si se atiende a sus competencias, carecía de facultad alguna en relación con la disposición de fondos. Y en relación con el conocimiento del Informe adicional del año 2003, sobre el que tantas referencias hay en esta sentencia, se alega que los hechos a que se refiere dicho Informe son anteriores y ajenos a su responsabilidad; que el hecho de que firmara el oficio de remisión del escrito de alegaciones no es prueba que acredite su conocimiento del Informe, dado que es lógico suponer que fuera realizado por los servicios técnicos de la Consejería. Además, el Informe en cuestión no realiza advertencia alguna en relación a que el uso de las transferencias de financiación permita eludir el control de la Intervención y, en efecto, se argumenta que la sentencia de instancia parte de esta afirmación errónea.

Habiéndose dictado sentencia condenatoria por dos delitos no todas las pruebas se refieren a las dos infracciones y es cierto que la sentencia realiza una valoración unitaria sin distinguir en todos los casos si las pruebas se refieren a uno y otro delito y si su relevancia probatoria puede incidir en los dos hechos.

En este caso las pruebas tienen valor informativo para los dos delitos. De un lado, la aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los anteproyectos de ley de presupuestos anuales, a partir de la información que contenían sus Memorias respectivas, permite afirmar que quienes las aprobaron y han sido condenados por prevaricación sabían que el instrumento utilizado era ilegal y que la finalidad perseguida también. De otro lado, el conocimiento del contenido del Informe adicional de cumplimiento del IFA de 2003 y del posterior Informe definitivo de 2005, que incorporaba las salvedades del provisional, ha permitido inferir que quienes tuvieron acceso a dicho Informe no sólo sabían que la presupuestación era ilegal, sino que los fondos públicos estaban siendo utilizados de forma libérrima y ajena a todo control, es decir, sin cumplir la finalidad pública prevista en la ley. Por tanto y frente a lo que se argumenta en el recurso, el conocimiento de los Informes Adicional y Definitivo a que hemos hecho mención es determinante para afirmar la existencia del delito de malversación.

(ii) Otro motivo de censura es que el hecho de intervenir en la gestión de algunas ayudas concretas no evidencia que el recurrente tuviera capacidad de disposición de los fondos ni que conociera la forma en que se disponía de éstos, más bien al contrario. Este hecho sólo pone de manifiesto que era la Dirección General la que tenía capacidad para emitir la propuesta.

Ciertamente la intervención en la gestión de algunas ayudas sería un dato muy poco significativo si no hubiera otros indicios, pero, como hemos relatado, los indicios son variados y las fuentes de información a disposición del condenado también fueron diversas.

En este caso se le vincula con distintas gestiones. La primera, una en favor del Ayuntamiento de Chiclana, cuando era Delegado de Trabajo de Cádiz y antes de ser Viceconsejero de Empleo. Según hemos dicho antes, el contenido de la carta que envió para sugerir la concesión de la ayuda es muy relevante, porque el Sr. Domingo afirma con claridad el dato de que la concesión de la ayuda requería simplemente que la autorizara el Director General, lo que se compadece mal con la tramitación que toda subvención comporta, y pone de manifiesto, además, que era un asunto muy conocido en el ámbito de la Junta de Andalucía.

Siendo ya Viceconsejero consta la intervención en la gestión de la concesión de ayudas a las empresas VITALIA, SANTANA MOTOR, NAVAL, DELPHI, y PACK SUR SL. Por la testifical de doña Encarnación, que fue contratada precisamente para poner orden en la gestión de las ayudas, se sabe que fue el Viceconsejero quien instó a que se preparara un Convenio para la concesión de la ayuda a PACK SUR SL. También declaró que era el Sr. Domingo el que llevaba todo lo relativo a SANTANA MOTOR Y DELPHI y que intervino en la agilización de algunos expedientes como el de NAVAL. También aseveró que sobre estas cuestiones las decisiones las tomaban el Consejero o el Viceconsejero y que las propuestas las emitían las Delegaciones de Empleo.

De todo este conjunto de pruebas se infiere que estaba al tanto e incluso intervino y dio su aprobación a la concesión de determinadas ayudas, por más que fuera formalmente el Director General de Trabajo el que finalmente daba la orden.

(iii) Se argumenta que el estampillado del Vº Bº en las órdenes de pago es un acto de mero trámite, citando en apoyo de su argumento el Real Decreto 2568/1986, por el que se aprueba del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, en el que se describe como función de ese acto dar fe de que quien expide y autoriza está en el ejercicio del cargo y su firma es auténtica, pero lo que no supone dicho estampillado es conformidad con el acto o conocimiento de su contenido.

El enfoque no es acertado. La cuestión no es qué contenido jurídico tiene el Vº Bº sino qué información se desprende de él respecto al conocimiento de los hechos enjuiciados. Es un dato más que refuerza la idea de que el impugnante estaba al tanto de la gestión de las ayudas hasta el punto de que era él quien remitía la orden de pago al IFA y al Viceconsejero de Innovación, don Virgilio, pues la Agencia IDEA, en aquel tiempo, dependía de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

La Sala de instancia concluye que de estos dos hechos, relacionados entre sí, se deduce que "la única finalidad de este visto bueno, únicamente en la orden de pago a la agencia, y no en ninguna resolución relativa a concesión de ayuda, era asegurar el control y el conocimiento del volumen de gasto asumido por las ayudas del programa 31L, y que fuera conocido por los responsables de la Consejería de Innovación, cuyo Consejero y Viceconsejero eran, respectivamente, Presidente y Vicepresidente de la agencia IDEA".

Por tanto, el hecho de que el Viceconsejero de Empleo tuviera que dar su visto bueno en cada orden de pago es un dato más que refuerza la conclusión de que conocía la ilegalidad de la gestión que se estaba realizando en la aprobación y pago de las ayudas.

(iv) En un segundo bloque de argumentos defensivos se argumenta que el juicio inferencial, basado en prueba indiciaria, sobre el conocimiento del elemento subjetivo es excesivamente abierto.

La queja no es estimable. La formulación de alegaciones sobre el Informe Adicional de Cumplimiento de 2003, así como el resto de evidencias a que antes nos hemos referido permite afirmar el conocimiento de las ilegalidades en la disposición de fondos públicos.

113.3 Consideraciones finales.

Según venimos diciendo en distintos pasajes de esta sentencia el control casacional que nos corresponde cuando se denuncia la violación del principio de presunción de inocencia es triple: Debemos verificar la legalidad de la prueba, la suficiencia de su contenido incriminatorio y la razonabilidad del análisis valorativo de la prueba.

En este recurso no se ha formulado queja alguna sobre la legalidad de las pruebas aportadas a juicio por lo que nuestro análisis se ha de limitar a comprobar la suficiencia de la prueba y su correcta valoración, en el bien entendido que nuestra función no consiste en determinar si en función de la prueba aportada la solución que hubiéramos dado sería la misma que la realizada por el tribunal de instancia, sino si la conclusión probatoria de éste es homologable por su lógica y razonabilidad.

Además, y esto es muy importante, nuestro análisis no puede realizarse mediante un examen microscópico de cada prueba sino a través de una valoración de conjunto. No cabe desagregar cada prueba para valorar su fuerza probatoria de forma aislada. La suficiencia del caudal probatorio y su recta valoración sólo puede hacerse desde un análisis global.

Partiendo de esas premisas anticipamos que la prueba de cargo aportada por la acusación es suficiente para el pronunciamiento de culpabilidad que el tribunal de instancia ha realizado y su valoración se ajusta a criterios de racionalidad a los que nada cabe objetar.

(i) El Sr. Domingo era la segunda autoridad de la Consejería de Empleo, centro directivo en el que se gestionaban y concedían las ayudas. Antes fue Delegado Provincial de Empleo en Cádiz y ya tenía conocimiento en aquellas fechas del sistema implementado por la Consejería, hasta el punto de que consta su intervención activa en una ayuda solicitada por el Ayuntamiento de Chiclana. Pero no sólo eso. Consta también su directa intervención en otras ayudas, como las concedidas a las empresas VIATALIA, DELPHI, SANTANA y PACK SUR. De esa intervención directa hay constancia documental y un testimonio que se ha revelado como fundamental, el de doña Encarnación, persona contratada precisamente para poner orden en todo este asunto.

(ii) A través de las memorias e informes que se acompañaban a los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias y también por su intervención en los grupos de trabajo y en la Comisión General de Viceconsejeros tuvo conocimiento directo del sistema y de que mediante transferencias de financiación se pagaban subvenciones, lo que contravenía palmariamente la abundante normativa presupuestaria, a la que se ha hecho alusión a lo largo de esta sentencia y que es razonable suponer que conociera, al menos, en lo referente a ese instrumento presupuestario.

(iii) De la ilegalidad del criterio de presupuestación que se utilizaba tuvo noticia, además, por dos Informes a los que luego aludiremos, especialmente el Informe de cumplimiento de 2003 que se pronunció de forma especialmente tajante y explícita sobre la cuestión.

Conocía también por el contenido de las citadas memorias que se realizaban pagos por encima de las disponibilidades presupuestaria, práctica también ilegal, en la que se incurrió reiteradamente. A este respecto constan distintos documentos en los que, ante la advertencia de esa ilegalidad, el Sr. Domingo se comprometía personalmente a que los desfases se cubrirían en la dotación presupuestaria del siguiente ejercicio.

De todas estas pruebas se deduce con suficiencia que conocía la palmaria ilegalidad del proceso ideado para la gestión de las ayudas sociolaborales, al que contribuyó mediante las resoluciones adoptadas en los procesos de elaboración de los anteproyectos de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias aprobadas durante su mandato.

(iv) En cuanto al delito de malversación hay dos pruebas que acreditan que conocía la ilegal gestión de las ayudas, sin que adoptara acción alguna para evitar que se siguiera produciendo. No sólo eso. Contribuyó activamente.

Nos referimos al Informe de cumplimiento del año 2003, al que tantas veces hemos aludido, cuyo conocimiento aparece como incuestionable dado que firmó las alegaciones que se realizaron por la Consejería de Empleo. Esa intervención unida a la gravedad de la información que contenía el Informe permite afirmar con solidez que tuvo conocimiento de que la gestión se realizaba al margen de todo control, incumpliendo de forma consciente y radical la normativa de subvenciones, y contribuyendo a la concesión de ayudas de forma arbitraria.

Una segunda prueba viene determinada por el Informe de auditoría de la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS que también alertó de las graves irregularidades que se producían, si bien este informe se conoció en los meses finales de implantación del sistema.

De lo expuesto se infiere que la condena del Sr. Domingo se asienta en prueba de cargo suficiente, que ha sido valorada atendiendo a parámetros de lógica y razonabilidad que compartimos, por lo que no advertimos la lesión del derecho a la presunción de inocencia invocada.

El motivo se desestima.

XXI RECURSO DE DON Benjamín

114. Motivo por infracción de precepto constitucional: Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En este primer motivo del recurso se cuestiona la intervención jurisdiccional del magistrado nombrado en comisión de servicios como refuerzo del Juzgado instructor de la presente causa, (Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla), al considerar ilegal la distribución de asuntos entre la magistrada titular y el magistrado comisionado, a pesar de que fue informada favorablemente por el Tribunal Superior de Justicia y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

Este motivo de censura ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico primero que reiteramos.

El motivo se desestima.

115. Motivos por infracción de ley en relación con el delito de prevaricación

En el octavo motivo de este recurso se sostiene que la actuación del reclamante no es constitutiva de prevaricación. Los argumentos que sustentan esta afirmación son, en síntesis, los siguientes:

(i) El Consejo de Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas al aprobar el proyecto de ley de presupuestos. El proyecto de ley de presupuestos no es una resolución dictada en asunto administrativo sino un acto preparatorio de una decisión parlamentaria, que no se produce en el marco de un procedimiento administrativo sino en el ámbito legislativo. El proyecto de ley es solo una propuesta que carece de entidad jurídica por sí mismo, y de efectos resolutorios frente a los ciudadanos en tanto no sea aprobado por el Parlamento a quien corresponde las funciones de examen, enmienda, aprobación y control del mismo. Si el proyecto de ley no es aprobado por el Parlamento, dicho documento no entra en vigor, y no producirá efecto alguno. (ii) Como Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa y miembro del Consejo de Gobierno, al aprobar los proyectos de presupuestos no efectuó un examen técnico-jurídico sino que adoptó una decisión política respecto confiando en la absoluta legalidad de la decisión que adoptaba. En los hechos probados de la Sentencia o se identifica ninguna actuación personal ni aportación concreta del Sr. Benjamín en la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, más allá de formar parte del Consejo de Gobierno que como órgano colegiado lo aprueba para su tramitación en el Parlamento. Tampoco se recoge ningún hecho probado que permita atribuir al Sr. Benjamín una actuación en el Consejo de Gobierno "a sabiendas" de la injusticia del proyecto de ley de presupuestos que se elevaba al Parlamento con toda la documentación para su debate, enmienda y aprobación. (iii) Los anteproyectos de leyes contaron con el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía, y se elevaron al Parlamento con su dictamen favorable en los que se determinaba que tanto el procedimiento de elaboración como el texto articulado se ha ajustado a Derecho. No se habría emitido dicho dictamen favorable si se tratara de una resolución arbitraria y prevaricadora. No existió informe alguno que pusiera de manifiesto que el en proyecto de ley estaba en contradicción patente, manifiesta y clamorosa con la legalidad. Los informes de la intervención ponían de manifiesto un procedimiento inadecuado e irregularidades meramente administrativas, pero al tiempo la Intervención General emitía un informe favorable a las transferencias de financiación incluidas en las modificaciones presupuestarias, por lo que no hablar de conciencia de arbitrariedad.

La gran mayoría de estos argumentos, por no decir todos, han sido objeto de análisis y respuesta en los fundamentos jurídicos de esta sentencia que hemos dedicado a la resolución de las llamadas "cuestiones generales", por lo que resulta redundante e innecesario volver a reiterar lo ya dicho con anterioridad. No obstante, para dar cumplida respuesta a las quejas planteadas haremos algunas precisiones adicionales.

Ya nos hemos pronunciado sobre relevancia típica de las resoluciones adoptadas en los procesos prelegislativos de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad.

El argumento de que el Sr. Benjamín ejercía funciones políticas y no le correspondía efectuar un control técnico-jurídico, actuando en la confianza de la legalidad del texto que se sometía a su aprobación, encubre la pretensión de descargar la responsabilidad de lo ocurrido en los técnicos que intervinieron en el proceso de elaboración presupuestaria.

No puede desconocerse que los máximos responsables del Gobierno andaluz tenían la potestad de modificar los proyectos de ley para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumplieran con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido ya que el respeto a la legalidad es uno de los principios cardinales del funcionamiento de la Administración Pública, también en materia presupuestaria, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía.

Es cierto que no puede partirse del axioma de que al responsable político las cuestiones técnico-jurídicas le son ajenas y que actúa presuponiendo la legalidad de lo que se somete a su aprobación en base al principio de confianza, pero tampoco puede afirmarse con carácter general lo contrario, por lo que será determinante el grado de conocimiento concreto de las ilegalidades y de la finalidad perseguida, cuestiones sobre las que la sentencia se ha pronunciado extensamente.

De otro lado, el delito de prevaricación se comete con el dictado a sabiendas de la resolución arbitraria sin que sea necesario que el autor actúe guiado por motivos de interés personal, ni tampoco que haya de adoptar algún tipo de iniciativa singular cuando la resolución se adopte en el seno de un órgano colegiado.

En el desarrollo argumental de esta queja, además de lo que se acaba de exponer, se alega que no hubo prueba de que el Sr. Benjamín conociese la ilegalidad del procedimiento de presupuestación y de concesión de la ayudas, cuestión que desborda el ámbito propio de este motivo de casación y que será objeto de análisis en el motivo en el que se censura la valoración de la prueba.

Por lo tanto, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia proclama que conocía las irregularidades que se cometían tanto al autorizar o al ser informado de los convenios particulares y, en todo caso, al aprobar los proyectos de ley de presupuestos y las distintas modificaciones presupuestarias por lo que, desde la análisis del juicio de tipicidad, que debe ser respetuoso con el relato fáctico, los hechos probados han sido

correctamente calificados como delito de prevaricación administrativa en la medida que afirman que el recurrente adoptó las resoluciones contrarias a derecho con conciencia de las graves irregularidades que incorporaban y persiguiendo una concreta finalidad cuya ilicitud conocían.

El motivo se desestima.

116. Motivo por infracción de ley en relación con la aprobación de las modificaciones presupuestarias

El eje central de esta impugnación que se formaliza en el noveno motivo del recurso gira en torno a la idea de que no cabe la condena del Sr. por aprobar como miembro del Consejo de Gobierno las modificaciones presupuestarias a que se alude en el relato fáctico durante el periodo de 2004 a 2009 porque su actuación vino precedida de todos los informes preceptivos favorables y porque no tiene sentido la absolución del Interventor general que era el encargado de velar por la legalidad y, al mismo tiempo, la condena de los responsables políticos que aprobaron las modificaciones confiados en el previo informe de legalidad.

Alude el motivo a los siguientes datos:

1. Todas las modificaciones presupuestarias aprobadas por el Consejo de Gobierno fueron tramitadas con arreglo a las previsiones de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía a las que se dio estricto cumplimiento.

2. Todas las modificaciones presupuestarias aprobadas contaban con los informes preceptivos favorables, destacando el informe favorable del Director General de Presupuestos.

3. Todas las modificaciones presupuestarias habían sido objeto de estudio y aprobación por la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se encontraba Don Cosme, Jefe de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía.

4. Todas las modificaciones aprobadas contaban, singular y especialmente, con el informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía, garante técnico de la legalidad presupuestaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

5. Todas y cada una de estas modificaciones fueron remitidas a la Oficina de Control Presupuestario del Parlamento de Andalucía, de conformidad con la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía

6. Y, por último, se incluyeron en la Cuenta General de cada ejercicio, que fue objeto de análisis y de aprobación anual por parte del Parlamento de Andalucía.

Se cierra la impugnación poniendo el énfasis en que, precisamente por la existencia del informe favorable de la Intervención General a cada modificación presupuestaria, no puede afirmarse la existencia del plus de arbitrariedad que exige el delito de prevaricación y tampoco la actuación dolosa, ya que la sentencia no precisa los datos para afirmar la actuación "a sabiendas" si se tiene en cuenta que la aprobación de las modificaciones vino precedida del informe favorable de cualificados funcionarios o centros directivos: Dirección General de Presupuestos, Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía e Interventor General.

Lo que plantea el motivo es una cuestión probatoria que desborda los límites del motivo casacional elegido. Los hechos probados de la sentencia, que deben ser entendidos en su globalidad y en su contexto, dado que el relato judicial describe hechos relacionándolos con otros anteriores, declaran que tanto la aprobación de los proyectos de ley como las modificaciones presupuestarias se hizo con conocimiento de los incumplimientos y con la finalidad de que el Director General de Trabajo y Seguridad Social pudiera disponer de las cantidades en cada caso presupuestadas " sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía, y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales, como ya se venía haciendo por la propia Consejería de Empleo" por lo que el hecho de que existieran informes favorables a la presupuestación, como también reiterados informes desfavorables, sitúa el problema del conocimiento de esas irregularidades y la finalidad perseguida en el ámbito de la valoración probatoria, que es ajena a este motivo de casación.

El motivo se desestima.

117. Motivo por infracción de ley en relación con la autorización del Consejo Rector de IDEA para la firma por su Director de los convenios particulares.

En este décimo motivo casacional la queja se dirige a cuestionar la responsabilidad penal por su actuación como director del IFA/IDEA. Se afirma que la autorización por el Consejo Rector de un convenio es un acto de trámite. El recurso desarrolla argumentalmente la alegación en los siguientes términos:

"Los denominados convenios particulares, si bien si podrían quedar enmarcados dentro de un "asunto administrativo" ello no supone que los mismos sean subsumibles en el concepto de "resolución" dictada en asunto administrativo. Es más, muy al contrario, estos convenios suponen un ejemplo paradigmático de los actos de mero trámite.

Resulta necesario señalar que la autorización del Consejo Rector para la firma de estos convenios por el Director General es posterior a la concesión de ayuda por parte de la Dirección General de Trabajo, y en los mismos únicamente se hace referencia al pago de las mismas.

Estos convenios se limitan a la determinación del pago de la ayuda ya concedida por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo. Decisión que, de un lado, no afecta al fondo del asunto referido a la concesión y, de otro, carece de capacidad para afectar a los derechos o intereses de terceros, la ayuda ya había sido concedida por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo y estos convenios únicamente instrumentan la forma de pago.

...la Sentencia recurrida no realiza ningún análisis para determinar si la suscripción de estos convenios entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA puede ser un acto subsumible en el tipo del artículo 404 CP. Simplemente se limita a copiar unas consideraciones recogidas en la ya meritada STS núm. 163/2019 sin motivar de manera alguna la relación de estos fragmentos con el supuesto de autos.

Nuevamente yerra el Tribunal de instancia en su interpretación de la referida sentencia núm. 163/2019, equiparando el contrato analizado en aquella sentencia con los convenios objeto de esta Causa, ignorando dos diferencias básicas, evidentes y fundamentales existentes entre ambos instrumentos, las partes y los efectos. Así, mientras aquel contrato, que trata sobre el fondo del asunto -la adjudicación de los terrenos- se firmó entre Administración y administrado, afectando por tanto a los derechos e intereses del mismo; en los convenios particulares aquí analizados ambas partes son organismos públicos y el objeto de los mismos es la organización interna de la Administración en el pago de una ayuda ya concedida previamente y, por tanto, sin capacidad para afectar a los derechos o intereses de ningún tercero.

El convenio particular entra dentro del concepto de acto de mero trámite entre los que se encuentran aquellos que sin tener carácter decisorio - en nuestro caso la decisión ya había sido tomada por la Dirección General de Trabajo -, instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, en este caso el pago de la ayuda ya decidida".

Como argumentos adicionales impugnativos se señala que no puede afirmarse la existencia de arbitrariedad en la firma de esos convenios porque no existió informe alguno que advirtiera de su ilegalidad y tampoco puede afirmarse la existencia de conducta dolosa porque para ello se precisa no la existencia de meros indicios sino prueba sólida que explique algún tipo de interés espurio al adoptar la resolución de referencia.

El motivo no puede tener favorable acogida.

Como en muchos otros argumentos impugnativos se fragmentan los hechos para descontextualizarlos y para que, una vez aislados, pierdan la significación y el sentido que se deduce de su valoración global. Si el recurrente conocía la ilicitud de las aprobaciones presupuestarias y la ilicitud de los procedimientos de concesión de las ayudas, conocía también la necesaria ilicitud de los convenios otorgados para proceder al pago de las mismas. Según hemos argumentado en el fundamento jurídico vigésimo noveno, los convenios particulares fueron el instrumento ejecutivo para el pago de las ayudas a cada empresa y se otorgaron para dar apariencia de legalidad a la actuación del IFA/IDEA. Son "resolución administrativa" a efectos penales, en su condición de instrumentos diseñados para la ejecución de la conducta prevaricadora, todo ello conforme a la doctrina de esta Sala que incluye dentro de esta categoría los contratos otorgados para materializar la resolución arbitraria y servir de soporte a su ejecución (SSTS 149/2015 de 11 de marzo, 359/2019, de 15 de julio y STS 520/2021, de 16 de junio).

El motivo se desestima.

118. Motivo por infracción de ley: Inexistencia del delito de malversación.

Este motivo, bajo el numeral undécimo, que cierra el extenso recurso que venimos analizando, se destina a cuestionar el juicio de subsunción normativa en el delito de malversación de caudales públicos. Anticipamos la desestimación de todos los argumentos impugnativos.

118.1 En el escrito impugnatorio se expone que se debe distinguir entre los créditos presupuestarios, que no son sino una autorización de gasto para el gestor de fondos, pero no una efectiva disposición de los mismos, y la disposición de esos fondos en favor de terceros por parte del Director General de Trabajo, esto es, la concesión de las ayudas individuales que la propia sentencia excluye del objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo, se argumenta que el tribunal de enjuiciamiento, sin tener en cuenta esa distinción, ha condenado por la concesión de estas ayudas y así se refiere a subvenciones a empresas con destino a la financiación del coste de las indemnizaciones por despido colectivo de sus trabajadores afectados por un ERE (pág. 1711); a subvenciones a empresas con fines diversos (en las páginas 1713 y 1714 se recoge un listado de empresas que recibieron ayudas) y a subvenciones a personas físicas que en su día fueron afectadas por un ERE. Concluye afirmando que la resolución impugnada ha considerado objeto de la malversación las ayudas individuales, pese a estar excluidas del enjuiciamiento en esta causa, y sobre las que no se ha practicado prueba alguna ni debate contradictorio. Por ello los hechos probados resultan absolutamente insuficientes para cubrir las exigencias del delito de malversación.

La queja no es asumible.

En el fundamento jurídico tercero ya hemos justificado por qué razones y a pesar de excluir del objeto de enjuiciamiento la concesión singularizada de ayudas (que habrán de enjuiciarse en procesos tramitados en las restantes piezas) es factible y concorde con las pretensiones acusatorias enjuiciar a los aquí acusados por delito de malversación de caudales públicos.

Por otra parte, el juicio histórico refiere con suficiente precisión en los apartados 22º y 23º los hechos que justifican la apreciación de un delito de malversación de caudales públicos. En el fundamento jurídico trigésimo noveno hemos hecho extensa referencia a la forma en que la sentencia identifica las malversaciones realizadas y el resultado producido.

118.2 La sentencia enlaza indebidamente la concesión de las ayudas con su posterior pago. Se señala que, conforme a la doctrina de esta Sala (STS 459/2019, de 14 de octubre), el pago es irrelevante a efectos del delito de malversación, lo definitivo es el gasto que se produce con el reconocimiento de la obligación. También se dice que los responsables de IFA/IDEA firmaron los convenios sin que hubiera informe desfavorable alguno y en el Consejo Rector de IFA/IDEA estaban presentes el Letrado jefe de los servicios jurídicos de la Agencia, así como el Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que tampoco hicieron observación alguna sobre esta cuestión.

El pago es, por tanto, una mera operación de tesorería y cuando se realizaba el pago el gasto ya se había producido, es decir, el delito se había consumado (STS 277/2015, de 3 de junio).

Esta alegación tiene escaso recorrido porque la condena por delito de malversación de caudales públicos tiene como fundamento un comportamiento omisivo. En efecto, en el fundamento jurídico 47º se le imputa la autoría del delito de malversación "por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31 L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados", por lo que ninguna incidencia tiene en la calificación jurídico-penal de los hechos que se le atribuyen la distinción entre pago y aprobación del gasto.

La queja se desestima.

118.3 Se dice en el motivo de impugnación que no hizo ninguna actuación material que pueda ser calificada de sustracción. La participación del Sr. Benjamín como miembro del Consejo de Gobierno en la aprobación de los proyectos de presupuestos y las modificaciones presupuestarias, no conllevan ni implican la acción de sustraer fondos públicos. Otros condenados intervinieron en los mismos Consejos de Gobierno aprobando los proyectos de ley y modificaciones presupuestarias y no han sido condenados por malversación. Tampoco encajan en la conducta típica de malversación autorizar la firma de convenios o ser informado de los convenios suscritos, acciones a las que alude la sentencia en relación con el Consejo Rector del IFA/IDEA. Aduce que la sentencia se contradice ya que a veces le atribuye la sustracción de fondos y otras la conducta omisiva de consentir.

Esta cuestión ya ha sido analizada en los fundamentos jurídicos trigésimo cuarto y siguientes, en la parte de esta sentencia destinada a dar respuesta a las cuestiones comunes planteadas por distintos recursos.

La sentencia de instancia precisa las competencias del Sr. Benjamín sobre el control de los fondos y la conducta que se le atribuye es omisiva, permitir la distribución ilegal de fondos. Es cierto que a sólo una parte de los acusados que intervinieron en los procesos de presupuestación han sido condenados también por delito de malversación, atendiendo al hecho de si conocían o no las irregularidades concretas que se producían en la gestión de los fondos. Sólo si se conocían esas irregularidades era inobjetable que se podía y debía actuar de otra manera en defensa de la integridad del patrimonio público, de ahí que la queja que aquí se enuncia tiene mejor encaje en el motivo en el que se censura la valoración de la prueba y que será analizado seguidamente.

La queja se desestima.

118.4 En otro de los argumentos impugnativos de este motivo de casación se cuestiona la actuación dolosa que la sentencia proclama. De un lado, el IFA/IDEA estaba sometido al control de la Intervención a través del control financiero permanente y, de otro, el Sr. Benjamín no tenía la posición de garante respecto de la Consejería de Empleo. Por tanto, no puede afirmarse que el reclamante al aprobar los convenios conociera que su conducta tuviera como consecuencia sustraer los caudales de su finalidad pública.

Se pone de manifiesto que al Sr. Benjamín le afectaba el periodo temporal que va desde el 25 de abril de 2004 al 24 de abril de 2009 y en la sentencia no se concreta qué autorizaciones de firmas de convenios fueron aprobadas por el Consejo Rector con su intervención, respecto a qué concretos convenios, qué irregularidades o deficiencias contenían, qué cantidades debían pagarse en base a la firma de los mismos, a quiénes beneficiaban, ni si tales convenios se apartaban del fin público o social al que debían destinarse las cantidades a que se referían. Tampoco se concreta en la Sentencia que los convenios cuya firma se autorizó en las sesiones en las que intervino mi representado no fueran ayudas procedentes, pues podían serlo, toda vez que en la propia Sentencia se admite "la posibilidad de que algunas de esas ayudas hubieran sido procedentes".

La afirmación de que no conocía las consecuencias de los actos en los que intervenía no se corresponde con lo que declara la sentencia en su relato de hechos probados, lo que justifica la desestimación de esta queja, ya que en el motivo de casación del artículo 849.1 de la LECrim el análisis jurídico del juicio de subsunción normativa debe respetar escrupulosamente el factum de la sentencia.

Como consejero de Innovación desde abril de 2004 a abril de 2009 intervino en la aprobación de las modificaciones presupuestarias y en los proyectos de ley de presupuestos tramitados durante ese periodo y en el juicio histórico de la sentencia se declara que "no modificó en ningún extremo el proceder de los años anteriores, con conocimiento de los incumplimientos de la gestión presupuestaria". Y ese proceder e incumplimientos se proclaman en apartados precedentes en los siguientes términos: "se pusieron a disposición del Director General de Trabajo las cantidades en cada caso presupuestadas, a pesar de que no tenía competencia para la concesión de subvenciones, y para que dispusiera de las mismas sin sujeción a fiscalización de la intervención de la Junta de

Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, específicamente el propio de las subvenciones excepcionales".

Y como presidente del IFA/IDEA en ese mismo periodo realizó una serie de acciones que tienen en común la permisividad frente a lo que estaba ocurriendo con los fondos públicos, también descritas en los hechos probados.

Y, además, en el hecho probado 23º se declara que el Sr. Benjamín, junto con el resto de acusados condenados por delito de malversación, no sólo dictaron las resoluciones tantas veces mencionadas (bien concediendo las subvenciones, bien aprobando los proyectos normativos que habilitaron los fondos para pago de las mismas), sino que conocieron las irregularidades que se estaban produciendo en la gestión de los fondos y posibilitaron por omisión que se siguiera reproduciendo el procedimiento ilícito.

Aun cuando lo que acabamos de decir sería suficiente para la desestimación de esta queja conviene añadir que la afirmación del conocimiento tiene su justificación y motivación en el fundamento jurídico 34º, en el que se describen y valoran un conjunto de indicios sugerentes de ese conocimiento, pese a lo cual no adoptó decisión alguna para evitar la ilegalidad en la gestión de los fondos. Sobre esta cuestión nos extenderemos en el fundamento jurídico siguiente.

Por último, para afirmar la existencia del delito de malversación, atendiendo a la complejidad de los hechos, no es preciso detallar los datos singulares de cada acto dispositivo o de cada una de las resoluciones o actos en los que intervino el Sr. Benjamín. La sentencia de instancia ha precisado los más relevantes y ha concretado con suficiencia en qué consistió la disposición de fondos y su cuantía, incorporando en el hecho probado 22º datos suficientes que cuantifican el montante total y las partidas más significativas, lo que resulta suficiente para la calificación jurídico-penal del hecho.

A esta cuestión nos hemos referido en el fundamento jurídico 47º, que reiteramos.

El alegato no puede ser acogido.

118.5 La queja se extiende a la existencia de dolo eventual y, con cita de los párrafos de la sentencia en los que se afirma que el Sr. Benjamín "asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados" (folios 1190, 1754, 1732 y 1804 de la sentencia), se alega que los informes que alertaban sobre las irregularidades en la presupuestación no advertían de que se estuvieran concediendo ayudas con fines ilícitos. También se sostiene que en IFA/IDEA todas las actuaciones eran objeto del control previsto en la ley y que las autorizaciones para la firma de convenios no era una actuación individual sino institucional, del Consejo Rector.

Este tipo de argumentos no cuestionan la subsunción jurídica de los hechos probados sino la valoración de la prueba y no tienen cabida en un motivo de casación por error iuris.

118.6 Se censura la aplicación del concurso medial entre el delito de prevaricación y el de malversación. De un lado, la sentencia no explica la existencia de dolo respecto a la continuidad delictiva y, de otro, "los hechos recogidos como integrados en el delito de prevaricación (participó en la aprobación de los proyectos presupuestarios, en la aprobación de modificaciones presupuestarias y en las sesiones del Consejo Rector, autorizando la firma de convenios particulares al Director General -pág. 1805-) son los mismos que los hechos que en la página siguiente se integran en el delito de malversación". Por tal motivo se argumenta que los hechos que integran el medio, no pueden ser los mismos que constituyen el fin.

A esta cuestión nos hemos referido extensamente en el fundamento jurídico cuadragésimo cuarto y ya hemos argumentado que los hechos que integran cada delito son diferentes y el relato fáctico proclama la actuación consciente y voluntariamente querida en todas las acciones protagonizadas por el Sr. Benjamín, razón por la que esta queja tampoco estimada.

118.7 Por último, se afirma la inexistencia de ánimo de lucro ya que la sentencia no hace mención alguna de este presupuesto y también se censura la aplicación del subtipo agravado dado que la sentencia no precisa qué cantidades han sido sustraídas de la finalidad pública y reconoce, por el contrario, que algunas de las ayudas podían ser procedentes. Esa indeterminación, dice el recurso, se constituye en obstáculo para la apreciación de la agravación prevista en el artículo 432.2 CP.

Pues bien, sobre ambas cuestiones nos hemos pronunciado en los fundamentos jurídicos 41º y 42º de esta sentencia, a los que una vez más nos remitimos para no incurrir en repeticiones innecesarias.

El motivo se desestima.

119. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En los motivos segundo a séptimo de este recurso se censura la sentencia, por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim y 5.4º de la LOPJ, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, entre otros.

Dada la estrecha vinculación y fundamento de ambos motivos les daremos una respuesta conjunta.

119.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

(i) La prueba documental acredita que fue Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa desde el 25 de abril de 2004, hasta el 24 de abril de 2009. Asimismo, ostentó la condición de Presidente del IFA (posteriormente, Agencia IDEA) desde su adscripción a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, lo que tuvo lugar en el año 2004 (

Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, sobre reestructuración de Consejerías, por el que adscribe el IFA a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa -art. 5.2 -).

No vamos a reiterar las competencias propias de los cargos, cuestión a la que nos hemos referido ampliamente en los fundamentos jurídicos 23º, 24º, 25º y 27º de esta sentencia.

Únicamente mencionaremos en relación con la función de Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa que en la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad autónoma andaluza se especifican, en particular, las atribuciones y funcionamiento del Consejo de Gobierno -arts. 26 y 27- y las competencias de los consejeros -art. 39-.

En concreto, este último artículo dispone que:

"Sin perjuicio de las atribuciones que les corresponden como miembros del Consejo de Gobierno, los Consejeros están investidos de las siguientes competencias:

1º. Ejercer la representación, dirección, gestión e inspección de la Consejería de la que son titulares y la alta inspección y demás funciones que le correspondan respecto de la Administración Institucional adscrita a la misma.

2º. Proponer al Consejo de Gobierno los Proyectos de Ley o de Decreto relativos a las cuestiones atribuidas a su Consejería. (...).

5º. Formular el anteproyecto de presupuesto de su Consejería.

6º. Disponer los gastos propios de los servicios de su Consejería, no reservados a la competencia del Consejo de Gobierno, dentro del importe de los créditos autorizados e interesar de la Consejería de Hacienda la ordenación de los pagos correspondientes (...)"

Por tanto, el Sr. Benjamín era la primera autoridad de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresas y, entre sus funciones, estaba la de intervenir en la elaboración de los presupuestos de la Consejería de la que era titular y, asimismo, en los del IFA/IDEA.

Y, en relación con el cargo de Presidente del IFA/IDEA, conviene destacar el Preámbulo y algunos preceptos del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Innovación y Desarrollo de Andalucía.

Se proclama como principio rector que:

"Una de las primeras y más importantes actuaciones de la Consejería competente en Innovación, Ciencia y Empresa ha sido la elaboración y puesta en marcha del Plan de Innovación y Modernización de Andalucía que fundamentalmente persigue situar la innovación como factor clave de progreso para nuestra Comunidad y en el que se diseñan y construyen estructuradamente las estrategias políticas, los objetivos y las acciones que guiarán las líneas de trabajo y los compromisos de actuación en el futuro. En este ámbito, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía tiene asignado un papel esencial como instrumento ejecutor de sus políticas a favor del desarrollo económico y más particularmente como apoyo e impulsor de las empresas andaluzas, en tanto que protagonistas fundamentales en dicho desarrollo económico de nuestra Comunidad".

Asimismo, conviene recalcar los siguientes artículos relativos a las competencias del Presidente de la Agencia IDEA, dada su incidencia directa en los hechos por los que el Sr. Benjamín fue condenado:

- El art. 5 establece que son órganos de gobierno y dirección la Presidencia y el Consejo Rector; y órgano de gestión, el Director General.

- El art. 7 establece como atribuciones del Presidente las siguientes:

1. " (...) a) La representación de la Agencia y de su Consejo Rector; b) Dirigir las tareas del Consejo Rector, ordenar la convocatoria de sus reuniones y de sus comisiones ejecutivas o consultivas, fijar el orden del día de las reuniones, presidirlas, dirigir las deliberaciones, dirimir los empates con su voto de calidad y levantar las sesiones; c) Proponer al Consejo Rector el nombramiento y cese de los titulares de la Dirección General y de la Secretaría General de la Agencia; d) Autorizar la constitución de sociedades o la participación directa en empresas, cualesquiera que sea su forma jurídica; e) Autorizar las actuaciones en las sociedades mayoritariamente participadas por la Agencia, cuando así sea preceptivo, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo; f) Autorizar la enajenación de acciones y participaciones sociales; g) Resolver las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales contra la Agencia; h) Las demás atribuciones que se le confieran en los presentes Estatutos y todas aquéllas que le delegue el Consejo Rector o que le correspondan de conformidad con la normativa vigente. 2. La Presidencia de la Agencia podrá delegar en el Consejo Rector las competencias previstas en las letras d), e) y f) del apartado anterior. Podrá asimismo delegar las atribuciones contempladas en las letras a) y g) en la Dirección General".

- El art. 10, establece las competencias del Consejo Rector, entre las que se encuentran

"a) Elaborar las propuestas de programa de inversiones plurianuales, programa de actuación, inversiones y financiación y anteproyecto de presupuesto para su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta

de Andalucía; b) Formular el balance, cuentas de pérdidas y ganancias y memoria explicativa de la gestión de la Agencia, conforme a lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, y el programa de inversiones plurianuales; (...) g) Aprobar, a propuesta de la Dirección General, las actuaciones e inversiones de la Agencia y sus empresas cuyo compromiso de pago, gasto riesgo sea superior a cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros) e inferior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros). h) Aprobar, a propuesta de la Dirección General, las actuaciones e inversiones de la Agencia y sus empresas cuyo compromiso de pago, gasto o riesgo sea igual o superior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros), las cuales deberán ser ratificadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (...)"

La normativa expuesta evidencia que el S. Benjamín ostentaba el más alto cargo en el gobierno del IFA/IDEA, participaba de forma directa, como Presidente del Consejo Rector, en la aprobación del anteproyecto de sus presupuestos, así como de la cuenta de pérdidas y ganancias y en la aprobación de aquellos acuerdos particulares, por los que se comprometieron ayudas por importes en superiores a 450.000 euros.

Precisamente, a estas competencias se refiere la Audiencia Provincial en la Prueba de cargo 1, en la que destaca que, pese a que por Resolución de 1 de febrero de 2003, por la que se delegan determinadas atribuciones en el Director General del IFA, (en particular, la relativa a la presentación al Consejo Rector para su elaboración definitiva, las propuestas del Programa de Inversiones Plurianuales, Programa de Actuación, Inversiones y Financiación y Anteproyecto de Presupuesto, de cara a su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno, así como los datos y documentación necesaria para la formulación por el Consejo de Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria explicativa de la gestión del Instituto), el Presidente del IFA no era ajeno a las materias objeto de delegación, pues, en última instancia, tomaba conocimiento de las mismas en su condición de Presidente del Consejo Rector.

A ello debe añadirse que, con la entrada en vigor del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprobaron los Estatutos de la Agencia Innovación y Desarrollo de Andalucía, no se vieron afectadas las funciones de la Presidencia, en cuanto interesa al presente procedimiento y, en particular, las relativas a su participación como Presidente del Consejo Rector de la Agencia IDEA.

(ii) En la sentencia impugnada se destacan un conjunto de evidencias demostrativas del conocimiento de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, tanto por su condición de miembro del Consejo de Gobierno, como por ser Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa, Presidente del IFA/IDEA y miembro de su Consejo Rector.

En primer lugar, participó en la formulación de las cuentas anuales del IFA/IDEA y participó de las sesiones del Consejo Rector por las que se aprobaron aquellas, lo que se encuentra debidamente documentado en las distintas actas de aquellas sesiones (Pruebas de cargo 2 y 3).

A título de ejemplo, asistió a la sesión del Consejo Rector de 22 de julio de 2004 en la que se aprobaron las cuentas correspondientes al ejercicio de 2003 y en las que se hizo constar la existencia de un desfase presupuestario de 38 millones de euros derivado de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo.

De esa situación se dejó constancia en el Informe de Auditoría Externa efectuado por PRICEWATERHOUSECOOPERS, en el que la existencia de tal desfase fue recogido, como salvedad por incertidumbre, derivada de la imposibilidad de poder determinar si la Consejería de Empleo abonaría las cantidades que se mantenían en descubierto en las cuentas del IFA/IDEA (cantidades derivadas de los compromisos asumidos en los convenios particulares), con la cantidad efectivamente recibida por aquella, vía transferencia de financiación.

El déficit fue reiterado y así se hizo constar en los informes de cuentas anuales del IFA/IDEA y en los informes de auditoría.

También a título de ejemplo, la resolución impugnada cita las cuentas anuales del año 2004, que fueron aprobadas en la sesión del Consejo Rector de 14 de julio de 2005, en las que, asimismo, se reflejó el déficit derivado de la asunción de compromisos en la concesión de ayudas y subvenciones por parte de la Dirección General de Trabajo.

A través de estos informes el Sr. Benjamín fue consciente de que la causa de tal déficit tenía su origen en los distintos compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo, y ello pese a que esta no formaba parte de la estructura de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. Por tanto, sabía que el IFA/IDEA estaba actuando como mera caja pagadora de las ayudas y subvenciones concedidas por aquella Dirección General.

(iii) El acusado siguió permitiendo que IDEA siguiera recibiendo de la Dirección General de Trabajo convenios particulares para que la agencia continuara materializando los pagos a pesar de la ilegalidad del sistema. Asistió a distintas reuniones del Consejo Rector en la que se daba cuenta de los convenios suscritos a pesar de que el Convenio Marco de 2001, no estaba vigente desde 2003 y a pesar de que, en ocasiones, no tenían consignación presupuestaria previa, como manifestó en juicio el testigo Sr. Nicolas (Prueba de cargo 11). Intervino, por tanto, en las reuniones del Consejo Rector en las que se discutió sobre este tema e incluso autorizó con su firma algunos convenios (Pruebas de cargo 4 y 12).

(iv) Pese a tener conocimiento de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado, como Consejero de Innovación y miembro del Consejo de Gobierno, permitió que la Consejería de Empleo siguiera gestionando el pago de las ayudas a través de transferencias de financiación, tanto en los anteproyectos de ley de presupuesto como en las modificaciones presupuestarias, aprobadas durante su mandato (Prueba de cargo 10).

(v) Como evidencias demostrativas de que era conocedor del ilegal sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento, en la sentencia impugnada se relacionan una serie de documentos en los que se declara tal ilegalidad y que fueron emitidos por la Intervención General de la Junta de Andalucía (Prueba de cargo 5).

Tales documentos, todos ellos obrantes en las actuaciones, fueron conocidos por su condición de Consejero de Innovación, Ciencia y Empresas, pues le fueron remitidos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, que dispone:

" Artículo 12. Emisión de informes. 1. Las actuaciones de control financiero y las de control financiero permanente a que se refiere el presente Decreto, previstas en el artículo 85 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se plasmarán en la emisión de informes escritos que evaluarán la gestión económico-financiera de las empresas. (...)3. Realizado el citado trámite, en el plazo de quince días, por la Intervención General se formularán los informes definitivos, motivándose las alegaciones desestimadas. El Interventor General dará traslado de los informes definitivos a las empresas, así como al titular de la Consejería de que dependan y al titular de la Consejería de Economía y Hacienda".

Los documentos relacionados en la resolución impugnada son los siguientes:

a) Los Informes de Control Financiero Permanente de las Empresas Públicas. Fue destinatario de esos informes y su contenido ha sido objeto de análisis por los peritos de la IGAE (Prueba de cargo número 5).

En efecto, los Informes de Control Financiero correspondientes a los años 2000 a 2009 fueron examinados por los peritos de la IGAE, quienes en su informe del año 2013, expusieron que el expediente administrativo "Transferencias de financiación" utilizado por la Consejería de Empleo para dotar de fondos a IFA/IDEA era inadecuado para el gasto público realizado, lo que fue puesto de manifiesto por la Intervención General de la Junta de Andalucía en numerosos documentos que, asimismo, se citan, y entre los que destacamos, dado el periodo de tiempo que ocupó el cargo de Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa (24 de abril de 2004 a 24 de abril de 2009), los siguientes:

"(...) Cuentas Anuales 2003, páginas 31; Informe Adicional 2003 páginas 8 y 10; Auditoría Cumplimiento 2004, página 11; Auditoría de Cumplimiento 2005 página 17; Cuentas Anuales 2005, página 10; Anexo Cuentas Anuales 2006, página 8; Auditoría Cumplimiento 2006, página 14; Cuentas Anuales 2007, página 10; Auditoría Cumplimiento 2007, página 23; Auditoría Cumplimiento 2008, página 19 y Auditoría Cumplimiento 2009, página 14".

b) El Informe Definitivo de cumplimiento de IFA /IDEA del ejercicio 2003, notificado en 2005, al que se adjuntaba el informe provisional como anexo III.

La Audiencia Provincial destacó un apartado de su contenido que evidencia el potente valor incriminatorio de este Informe y que transcribimos:

"El contenido de la actuación encargada al IFA podría corresponder, de hecho, a la de una Entidad Colaboradora. La figura de la entidad colaboradora, se recoge en el título VIII de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 106). Su tramitación corresponde básicamente a la de toda subvención reglada; fiscalización previa con aportación de las solicitudes de la subvención y demás documentación exigida por la Orden de convocatoria, declaración responsable de no concurrencia, acreditación de personalidad del solicitante, proyecto de resolución, convenio suscrito entre la entidad concedente y la entidad colaboradora; para el pago, propuesta de documento contable de pago a favor de los beneficiarios figurando la entidad colaboradora como sustituto legal, resoluciones de concesión del órgano concedente y acreditación de estar al corriente por obligaciones tributarias y ante la Seguridad Social; justificación previa o posterior al pago de las cantidades pagadas a los beneficiarios por la Entidad Colaboradora. Como se ve, esta figura contempla la adopción de la resolución por el órgano concedente y la ayuda para su pago de la Entidad Colaboradora. Aparece ésta en el documento de pago OP como sustituto legal de los beneficiarios. En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales. (...) El objeto consiste en la realización por el Instituto de pagos a terceros por mandato directo de órganos de la Junta de Andalucía. El expediente de gasto adecuado para financiar estas actuaciones podría ser el de ENTIDAD COLABORADORA pero tal figura no cabe para el supuesto de subvenciones y ayudas excepcionales, no regladas. (...).

VI. DESFASE PRESUPUESTARIO

(...) Con base en datos suministrados por el IFA, el importe de gasto carente de respaldo presupuestario tomando como referencia los créditos aprobados y comprometidos (fase AD) asciende a 38.317.849€. (...) VI.3 Aspectos jurídicos. La regulación normativa es clara. No pueden comprometerse gastos superando los créditos habilitados para ello. El IFA ha contraído por encargo de la Consejería de Empleo obligaciones de pago con terceros por compromisos que superan el límite de los créditos aprobados, y generando así obligaciones para la Junta de Andalucía sin cobertura presupuestaria. Se ven afectadas así las normas reglamentarias y legales que se relacionan a continuación. Legislación general.- Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía Artículo 38.2 : 'Los créditos autorizados en los estados de gastos del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía tienen carácter limitativo y vinculante, de acuerdo con su clasificación orgánica, por

programas y económica a nivel de artículo. Por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que infrinjan esta norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar".

De acuerdo con el fragmento expuesto, convenimos con el tribunal de instancia en que en él se pone de manifiesto varias conclusiones de singular relevancia:

- Que el IFA actuó como entidad colaboradora, sin poder serlo;
- Que contrajo obligaciones de pago con terceros por compromisos que superaban el límite de los créditos aprobados, generando así obligaciones para la Junta de Andalucía sin cobertura presupuestaria, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y
- Que estos incumplimientos estaban atribuidos al IFA (pese a que era la Consejería de Empleo quien los había comprometido), lo que generó el déficit al que antes se ha hecho referencia, el cual tuvo una repercusión financiera en IFA/IDEA.

Además, el informe destacaba las consecuencias que se derivaban del uso indebido de las transferencias de financiación en orden a la ausencia de control previo por la Intervención y denunciaba de forma detallada las ilegalidades que ya se detectaban en la concesión y gestión de las ayudas sociolaborales.

No vamos a reiterar de nuevo el contenido del Informe que ha sido detallado en el fundamento jurídico 63.2, apartado ix, al que nos remitimos.

La complacencia con esa situación y la ausencia de toda medida correcta es lo que ha justificado la condena por el delito de malversación de caudales públicos.

c) El Informe Definitivo de Cumplimiento correspondiente al ejercicio 2004, que le fue remitido por la Intervención General el día 29/09/2006.

En el mismo se hace constar que:

"Por parte del órgano gestor de los gastos, al financiar la actuación mediante transferencias corrientes, aplicación 440.51, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003 de Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2004. Se vulnera asimismo el título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al conceder subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido en el artículo 107 de la misma. Se vulnera la instrucción sexta de las emitidas por la Intervención General nº 5/1997 de 6 de febrero que impide su tramitación por medio de entidad colaboradora".

El tribunal a quo enfatiza que en este informe se alude, asimismo, al Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

d) El Informe Definitivo de Cumplimiento correspondiente al ejercicio 2005 y remitido en fecha 9 de marzo de 2007.

En este informe se hace constar que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pago de determinadas subvenciones excepcionales (...). Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

e) El Informe Definitivo de Cumplimiento correspondiente al ejercicio 2006, remitido en fecha 4 de diciembre de 2007.

En este informe se recogen las mismas conclusiones expuestas en el del ejercicio 2005.

f) El Informe de cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2006, remitido en fecha 3 de octubre de 2008. En este informe se afirma:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado" que dispone: "Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51. 31LLa aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en

materia de trabajo y seguridad social. Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios 2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación. El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

g) El Informe Definitivo de Cumplimiento correspondiente al ejercicio 2007, remitido en fecha 31 de octubre de 2008.

En este informe se afirma que:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. (...) En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales. La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone (...), podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

A la vista de los documentos que se acaban de relacionar convenimos con el tribunal de instancia que esos documentos fueron remitidos al Sr. Benjamín, que tuvo conocimiento de ellos (de conformidad con la normativa antes referida y los documentos acreditativos de su efectiva remisión) y, por tanto, tuvo necesario conocimiento del indebido uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L y la gestión ilegal de los fondos, pues, entre otras circunstancias, en ellos se afirma de forma clara tanto el ilegal uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA/IDEA, con los que hacer frente los pagos comprometidos por la Dirección General de Trabajo, como la indebida utilización del IFA/IDEA como entidad colaboradora.

(vi) Aun cuando el Sr. Benjamín manifestó que nunca fue advertido de irregularidad alguna, además de todo lo que se acaba de relatar, consta que la reunión del Consejo Rector de 18/10/2005 el Sr. Octavio manifestó la inadecuación de la aplicación presupuestaria y aquél se abstuvo en la votación que siguió a esta deliberación. También en el ámbito de IDEA el jefe de la asesoría jurídica, Sr. Alfonso, cuyas declaraciones ya han sido reflejadas en otros pasajes de esta sentencia, declaró que como a la asesoría jurídica no le remitían los expedientes lo más que podían hacer era una corrección sintáctica del contenido de los convenios (Prueba de cargo 6).

(vii) Otra prueba demostrativa del conocimiento del sistema ilegal de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento viene constituido por los Informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía a los que se refieren los párrafos precedentes fueron, asimismo, advertidas por los Auditores de la Cámara de Cuentas en su informe de Fiscalización.

En este sentido, el Tribunal a quo destaca dos fragmentos.

El primero de ellos (Prueba de cargo 8) emitido con ocasión de dar respuesta a las consideraciones de la Agencia IDEA al borrador del informe, dispuso lo siguiente:

"En el texto del informe se realiza una descripción cronológica de los hechos y se exponen los incumplimientos manifestados en los distintos informes emitidos por la Intervención General. Los incumplimientos, aunque se inician en la Consejería de Empleo, son detectados durante la actividad de control financiero en el ente instrumental, y esto es así porque IFA/IDEA actuaba como 'entidad colaboradora' para ultimar un procedimiento que presenta incumplimientos legales desde el inicio, según los informes emitidos por la IGJA. Además, en el informe de control financiero de 2003, se ponen de manifiesto dos situaciones que afectan directamente al ente instrumental: 1. Actuar como entidad colaboradora sin cumplir los requisitos legalmente exigidos. 2. Realizar pagos sin la debida cobertura presupuestaria, lo que le ocasiona un desfase financiero cuantificado por el órgano de control interno en 38.225 m €. Por todo lo expuesto entendemos que no debe admitirse la alegación presentada".

Y, el segundo de ellos (Prueba de cargo 9), contenido en el mismo Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas en su punto 214, afirmó lo siguiente:

"La Consejería de Empleo ha concedido préstamos a través de IFA/IDEA a determinadas empresas; sin embargo, éstos han sido financiados con cargo a los presupuestos de la Consejería de Innovación Ciencia y Empresas. El importe total concedido ha ascendido a 8.810.044,63 €. A la fecha de cierre de los trabajos de campo las cantidades vencidas continúan pendientes de devolución y sólo consta la reclamación judicial a una de las empresas beneficiarias. (Anexo 8)".

En el citado Anexo 8, se contiene el detalle de tales préstamos, algunos de ellos concedidos durante el mandato del acusado.

(viii) Y como última prueba de cargo demostrativa del conocimiento que venimos proclamando, el Tribunal a quo recalca el hecho de que en el Consejo de Gobierno se aprobasen anualmente los Planes Anuales de Control Financiero Permanente de las Empresas de la Junta de Andalucía de los años 2005, 2006 y 2007, en el que se aprobó el último de los programas anuales con carácter de definitivo (Prueba de cargo 13).

En este punto, conviene recordar la tramitación de estos documentos. Tras la propuesta de su elaboración por la Intervención General de la Junta de Andalucía, eran objeto de estudio por cada una de las Consejerías; se sometían a su examen y debate en la Comisión General de Viceconsejeros; y, finalmente, se elevaban al Consejo de Gobierno en el índice Rojo, es decir, como un asunto de singular trascendencia (de conformidad con el documento INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE ASUNTOS DEL CONSEJO DE GOBIERNO Y DE LA COMISIÓN GENERAL DE VICECONSEJEROS, de 14 DE JUNIO DE 2.000).

Dentro de la documentación que integraba el expediente a elevar al Consejo de Gobierno, se incluía, como anexo, una Memoria del Control Financiero Permanente referida a los trabajos de control realizados por la Intervención General de la Junta de Andalucía en el ejercicio anterior.

Pues bien, en la citada Memoria de los trabajos realizados en el año 2006 que se acompañó al Plan Anual de Control Financiero Permanente de las Empresas de la Junta de Andalucía del año 2007 se afirmó, en el apartado relativo a las conclusiones, que:

"(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia defianciación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa. Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas sino a las consejerías".

Asimismo, el informe afirmaba, en síntesis, que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación, que afectan a resultados o en la clasificación de su activo y pasivo, y deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas, que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros, al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001.

Esta prueba es un elemento más demostrativo del exacto conocimiento que tuvo del ilegal sistema de concesión de ayudas y, en concreto, del ilegal uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L.

La Sala dio contestación a la alegación de que el Sr. Benjamín no pudo tener conocimiento de esta Memoria porque no acudió a la sesión del Consejo de Gobierno en la que se aprobó el Plan Anual de Control Financiero Permanente de las Empresas de la Junta de Andalucía del año 2007 y al que se acompañó la Memoria de los trabajos llevados a cabo por la Intervención general de la Junta de Andalucía del año 2006. Sin embargo, el tribunal de instancia consideró contrario a las reglas de la lógica que, aun cuando no hubiese asistido a tal sesión, no hubiese sido informado del contenido de tal informe, tanto porque afectaba de forma directa al control financiero de la Agencia IDEA, adscrita a la Consejería de la que era titular, como porque el informe fue objeto de análisis en la Comisión General de Viceconsejeros, a la que asistió el Viceconsejero de Innovación, quien necesariamente debió darle razón del contenido de la Memoria dado su alarmante contenido.

La conclusión a la que llega al Tribunal de instancia, según lo expuesto en los párrafos precedentes, es razonable. El Sr. Benjamín debió ser informado por el Viceconsejero de Innovación del contenido de la Memoria que se incluyó como anexo al Plan de Control Financiero Permanente del año 2007, dada la relevancia y términos utilizados en ella y el contexto histórico en el que se emitió (es decir, cuando la Agencia IDEA ya había pasado a integrarse en la estructura de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

No obstante, aun admitiéndose que no fuese informado de la señalada Memoria y, por tanto, reconociéndose a título hipotético el escaso o nulo valor probatorio de la prueba expuesta, tal posibilidad en nada empece el valor probatorio de cargo atribuido a los restantes documentos expuestos en los párrafos precedentes.

Dicho de otro modo, esta prueba no hace sino reforzar el convencimiento de la Sala de que tuvo conocimiento del sistema ilegal de ayudas objeto del presente procedimiento. Pero dicho convencimiento no se vería alterado, aunque esta última prueba no se tuviese en cuenta.

(ix) Expuestas las pruebas acreditativas del conocimiento del ilegal sistema de concesión de ayudas, la Audiencia Provincial señaló que, pese a tal conocimiento (creciente en el tiempo), como miembro del Consejo de Gobierno, participó, de forma directa, en su desarrollo y ejecución, mediante su intervención en la aprobación de

concretas modificaciones presupuestarias y Anteproyectos de Presupuestos relacionados en el factum de la sentencia, en los que se previó la utilización de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L (Prueba de cargo 10).

(x) Asimismo y en su condición de Presidente del IFA/IDEA y como miembro de su Consejo Rector, intervino en múltiples sesiones de este órgano (el propio Sr. Benjamín reconoció17), en las que se autorizó la firma de los distintos convenios particulares por parte de la Dirección General (Prueba de cargo 12); y permitió que la Agencia IDEA continuase suscribiendo convenios particulares con la Dirección General de Trabajo, y ello pese a que la Agencia IDEA no estaba adscrita a la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 4).

En particular, la Sala de instancia recalca que muchos de los convenios particulares fueron aprobados en distintas sesiones del Consejo Rector, en los que se dio cuenta de su contenido y, asimismo, que de que tenían su origen en el Convenio Marco de 17 de julio de 2001, que, conviene recordar, era un instrumento inhábil para la celebración de convenios particulares durante el tiempo en que ostentó aquel cargo, pues, de conformidad con su estipulación cuarta: "El plazo de duración del presente Convenio comprenderá hasta el día 31 de diciembre de 2003, de no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes", sin que se hubiese previsto prórroga del mismo ni expresa ni tácita (Prueba de cargo 11).

Por todo ello, y de conformidad con la prueba expuesta, convenimos con el tribunal a quo en que, en su condición de miembro del Consejo de Gobierno, participó de forma directa en la aprobación de distintas modificaciones presupuestarias y Proyectos de Presupuestos, pese a tener conocimiento del ilegal sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento y que, en su condición de Presidente y miembro del Consejo Rector del IFA/IDEA, intervino, de forma directa, en la autorización y aprobación de la suscripción de diversos convenios particulares celebrados al amparo del Convenio Marco de 2001 y, por tanto, permitió que el IFA/IDEA actuase como mera caja pagadora de los compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo para la concesión de ayudas y subvenciones. Por tanto, asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

119.2 Consideraciones finales

Hemos dicho en anteriores fundamentos que el control del juicio probatorio que procede, cuando se invoca la lesión de la presunción de inocencia, consiste, al margen del análisis de legalidad en la producción, práctica y aportación de las pruebas (cuestión sobre la que no se ha formulado queja alguna), en verificar la existencia de prueba de cargo, su suficiencia y la racionalidad de su valoración .

En cuanto a la suficiencia, el canon de valoración obliga a que la hipótesis acusatoria quede acreditada más allá de toda duda razonable, situación que no se producirá cuando la prueba de cargo no tenga un caudal informativo de calidad y contenido suficiente y cuando se hayan aportado hipótesis de descargo que resulten atendibles o razonables y que, por ello, debiliten la solidez de la tesis acusatoria.

Pues bien, no puede olvidarse que la forma de abordar el análisis del juicio probatorio no puede hacerse aislando cada prueba para determinar si individualmente tiene o no suficiente información incriminatoria. Por el contrario, tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala venimos insistiendo en esta clase de impugnaciones el análisis debe realizarse atendiendo al conjunto probatorio, sin que sea admisible fragmentar o disgregar esa valoración, ni considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado. No cabe desagregar los distintos medios de prueba ni la línea argumental de la resolución impugnada, sino que se exige una valoración de conjunto, porque sólo desde ese enfoque se puede apreciar la suficiencia del caudal probatorio y si la valoración se ajusta a parámetros de racionalidad.

Esa apreciación conjunta tiene si cabe mayor relevancia cuando se trata de prueba indiciaria, ya que una de las notas características de esta clase de prueba es que se precisan indicios plurales y en una misma dirección, de forma que los distintos indicios se refuercen entre sí y se vean corroborados por otros elementos de prueba objetivos para llegar a una razonable convicción.

Desde esa perspectiva, entendemos que el Tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente y la ha apreciado razonablemente. A la vista de las pruebas que se acaban de relacionar y ponderar, nada cabe objetar al criterio de valoración probatoria de la sentencia de instancia.

En relación con el delito de prevaricación administrativa se ha acreditado que participó, como miembro del Consejo de Gobierno y en su condición de Consejero de Innovación Ciencia y Empresa, en la aprobación de las modificaciones presupuestarias y en las de los Proyectos de Presupuestos que fueron sometidas a aquel órgano durante su mandato, teniendo conocimiento del uso ilegal de las transferencias de financiación y de las consecuencias que producía el uso de ese instrumento presupuestario en orden a la eliminación del control previo de la Intervención, de todo punto exigible por tratarse de subvenciones.

En efecto, como Consejero de Innovación durante 5 años y como Presidente del IFA /IDEA durante ese mismo periodo, estuvo en el centro neurálgico donde se pagaban las ayudas sociolaborales y tuvo conocimiento directo e intervino en la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias y de los anteproyectos de ley de presupuestos, así como de las presupuestos del IFA /IDEA.

Fue conocedor de los desfases presupuestarios que año a año se generaban en el ente por consecuencia de los pagos de los compromisos asumidos por la Dirección General de Empleo y de los que se dejaba constancia en las cuentas anuales del ente y en el informe de auditoría de la firma PRICE WATER HOUSE COOPERS.

Fue conocedor del sistema ilegal de financiación y concesión de ayudas por los informes de control financiero, por el Informe adicional de cumplimiento de 2003, por el Informe Definitivo de 2004, por los Informes de cumplimiento de 2006, 2007 y 2008, por un Informe de los auditores de la Cámara de Cuentas y por las Memorias que se incorporaban para la aprobación de los Plantes Anuales de Control Financiero Permanente de 2005 a 2007.

Y en su condición de Presidente del IFA/IDEA y de su Consejo Rector, participó en la aprobación de los convenios particulares que fueron sometidos a aquel órgano, a través de los cuales el IFA/IDEA asumió el compromiso de proceder al pago de las ayudas y subvenciones comprometidas por la Dirección General de Trabajo, actuando al efecto como mera caja pagadora.

En relación con el delito de malversación de caudales públicos, fue conocedor de la forma concreta de gestión de las ayudas y tuvo conocimiento de graves ilegalidades en su concesión y gestión, y nada hizo al respecto.

Ese conocimiento ha sido acreditado porque fue la persona que firmó las alegaciones al Informe de cumplimiento del IFA de 2003 al que venimos aludiendo reiteradamente en esta sentencia.

Con su conducta contribuyó a que este ilegal proceder continuara y a que se produjera la disposición ilícita de los fondos públicos.

No es asumible la tesis de la defensa fundada en un desconocimiento de los distintos instrumentos del sistema ilegal de ayudas que nos ocupa. Hay todo un conjunto de datos indiciarios y de pruebas directas (examinadas en los párrafos precedentes de esta resolución) que permiten afirmar que el Sr. Benjamín no solo tuvo conocimiento del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora (mera caja pagadora según la terminología empleada en sentencia), sino que intervino en su ejecución y desarrollo, en su doble condición de miembro del Consejo de Gobierno y de miembro del Consejo Rector del IFA/IDEA, posibilitando con su conducta la ilegal disposición de los fondos públicos.

En consecuencia, su culpabilidad ha quedado probada más allá de toda duda razonable, razón por la que estimamos que no ha habido la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se invoca en el motivo, que se desestima.

XXII RECURSO DE DON Virgilio

Siguiendo el mismo orden expositivo que en recursos anteriores daremos contestación, en primer lugar, a los motivos por infracción de ley y, posteriormente, a los motivos en que se denuncia la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

120. Motivo por infracción de ley: Inexistencia de resolución a los efectos previstos en el tipo del delito de prevaricación.

En el sexto motivo de este recurso se alega que los hechos imputados al Sr. Virgilio no pueden ser constitutivos de delito de prevaricación.

En el discurso impugnativo se distingue, a través de su lectura de la sentencia, un primer grupo de resoluciones en el que la actuación prevaricadora sería indudable para el tribunal de instancia, constituido por las resoluciones que concedieron las ayudas y otro segundo grupo de "segundo nivel", constituido por las distintas decisiones adoptadas en la tramitación y aprobación de los proyectos de ley de presupuestos, de las modificaciones presupuestarias, el Convenio y los Convenios Particulares. Sostiene la defensa que en ninguno de estos casos puede hablarse de resolución a efectos del delito de prevaricación, salvo que se realice una interpretación extensiva del concepto jurídico "resolución" ya que no cumplen con ninguno de los tres presupuestos que exige la jurisprudencia: Que sean decisorios, que se adopten sobre el fondo del asunto y que tengan carácter ejecutivo.

El motivo hace un cuidadoso estudio de los antecedentes de la STS 163/2019, de 26 de marzo, citada en la sentencia impugnada como fundamento de su decisión y concluye que se trata de un caso radicalmente distinto al aquí enjuiciado y que la doctrina que se cita en la sentencia no ha sido analizada en su integridad, de ahí que su pronunciamiento no sea extensible o aplicable al presente caso.

Y, por último, centrándose en la concreta intervención del Sr. Benjamín, como Viceconsejero de Innovación Ciencia y Empresa, señala que su participación en los hechos se limitó a su intervención en la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se dispuso elevar los anteproyectos de ley de presupuestos y las propuestas de modificaciones presupuestarias durante los ejercicios 2006, 2007 y 2008. Con cita del artículo 33 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, afirma que lo allí acordado no tenía carácter resolutorio, no se resolvía sobre el fondo del asunto, no tenía carácter ejecutivo y carecía de relevancia o eficacia alguna, razón por la que su conducta no cumple con las exigencias típicas del artículo 404 del Código Penal.

Todas estas alegaciones ya han recibido respuesta y han sido desestimadas en el fundamento jurídico vigésimo sexto, que reiteramos.

121. Motivo por infracción de ley: Inexistencia del elemento típico "resolución arbitraria" en el delito de prevaricación.

En el séptimo motivo de este recurso se afirma que las resoluciones en las que intervino el impugnante no fueron arbitrarias y, por tanto, no puede servir de fundamento a una condena por delito de prevaricación administrativa.

El argumento defensivo se inicia recordando que el Sr. Virgilio ha sido condenado por su intervención en la Comisión General de Viceconsejeros y por su actuación en el Consejo Rector de IDEA. Pues bien, se alega, en relación con esto último, que las autorizaciones concedidas para la firma del Convenio Marco o de los Convenios Particulares no muestran una desviación grosera y clara de la legalidad que permita apreciar el plus de antijuridicidad que reclama el tipo penal de referencia. Los convenios se firmaron en el marco de un encargo de ejecución, en el que tiene pleno encaje lo dispuesto en los Convenios. Por más que la transferencia de financiación fuera utilizada indebidamente por la Consejería de empleo se dice que es plausible interpretar que los Convenios, con base en la referencia al Convenio Marco de 2001, fueron la arquitectura jurídica de un encargo de ejecución.

En el fundamento jurídico trigésimo ya hemos hecho un análisis general del elemento de arbitrariedad que reclama el tipo de prevaricación. Y hemos dicho que la arbitrariedad supone que la resolución prevaricadora sea clamorosamente contraria a derecho y esa contrariedad, en este caso, se evidencia por la intencionalidad perseguida por los autores, que no era otra que eludir el procedimiento establecido, tanto en la elaboración de los proyectos de ley y de las modificaciones presupuestarias, como en la concesión y control de las subvenciones sociolaborales.

Dado que el motivo al que ahora damos respuesta ha sido articulado a través del artículo 849.1 de la LECrim, el juicio de tipicidad a que nos obliga la impugnación casacional debe partir necesariamente del relato de hechos probados. Pues bien, en los hechos probados de la sentencia se declara de forma reiterada que su intervención, en el proceso de aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos de ley de presupuestos de las distintas anualidades se hizo para que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos presupuestados "sin sujeción a la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales".

Los hechos probados de la sentencia incorporan los datos fácticos que permiten afirmar esa intencionalidad, derivada del conocimiento que tuvo de la incorrección del criterio de presupuestación, así como de la finalidad pretendida, a todas luces ilegal.

No vamos a referir una vez más el relato fáctico, pero ese relato describe con todo detalle cómo el Sr. Virgilio intervino desde el inicio en la implantación del nuevo sistema de concesión de las ayudas sociolaborales, utilizando una partida presupuestaria que posibilitaba la absoluta falta de control e interviniendo posteriormente en los procesos de elaboración y aprobación de las modificaciones presupuestarias y proyectos de ley de presupuestos que se sucedieron a lo largo de los años.

El juicio histórico, por tanto, recoge con suficiencia los datos fácticos que permiten afirmar la arbitrariedad de las resoluciones dictadas y lo que en realidad se cuestiona, de forma implícita, no es tanto la subsunción de los hechos probados en el tipo del artículo 404 CP, como la valoración de la prueba, planteamiento que excede del ámbito de conocimiento del motivo de casación del artículo 849.1 de la LECrim. Se prescinde en el recurso de los hechos que la sentencia ha tomado en consideración para concluir que las resoluciones dictadas eran palmariamente contrarias a la legalidad, pero no se puede prescindir de los hechos y tratar de analizar la conducta al margen de lo que la sentencia proclama como acreditado.

Por las razones que acabamos de exponer el motivo no puede tener favorable acogida lo que no impide destacar que el recurso ha formulado esta misma queja en su cauce impugnativo natural, al censurar la sentencia por vulneración del principio de presunción de inocencia, lo que nos permitirá dar cumplida contestación.

El motivo se desestima.

122. Motivo por Infracción de ley: Atipicidad de los hechos calificados como malversación.

En el octavo motivo de este recurso se cuestiona el juicio de subsunción del delito de malversación de caudales públicos por considerar que la resolución impugnada no identifica el hecho que individualiza ese delito frente al delito de prevaricación. Se alega que las mismas resoluciones que han servido de soporte a la prevaricación lo son para la malversación y se dice que la sentencia no ha justificado convenientemente la concurrencia de los elementos típicos del delito mencionado.

En el fundamento jurídico 47º se le imputa la autoría del delito de malversación "por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31 L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

La sentencia, además de justificar la concurrencia de los elementos típicos en el fundamento jurídico 45º.4 (páginas 1706-1741) construye el juicio de autoría por entender que su conducta consistió en un comportamiento omisivo continuado, cometido por dolo eventual.

Esa subsunción normativa tiene su soporte en el factum de la sentencia. En efecto, el Sr. Virgilio, que en el periodo 200-2004 fue Viceconsejero de Justicia y posteriormente de Innovación y que también fue Vicepresidente del IFA /IDEA intervino en la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias durante el periodo 2000-2009 y los distintos anteproyectos de ley de presupuestos y respecto de todas esas resoluciones se declara que se pusieron a disposición del Director General de Trabajo las cantidades en cada caso presupuestadas, a pesar de

que " no tenía competencia para la concesión de subvenciones para que dispusiera de las mismas sin sujeción a fiscalización de la intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, específicamente el propio de las subvenciones excepcionales".

Asimismo, en los hechos referentes a la aprobación de los proyectos de presupuestos de 2005 a 2009 se señala que el Sr. Virgilio, junto con otros, "no modificó en ningún extremo el proceder de los años anteriores, con conocimiento de los incumplimientos de la gestión presupuestaria".

Por último, en el hecho probado vigésimo tercero se declara probado que, junto con el resto de acusados condenados por delito de malversación, no sólo dictaron las resoluciones (bien concediendo las subvenciones, bien aprobando los proyectos normativos que habilitaron los fondos para pago de las mismas), sino que también conocían las irregularidades que se estaban produciendo en la gestión de los fondos y posibilitaron por omisión que se siguiera reproduciendo el procedimiento ilícito.

La sentencia lo proclama en los siguientes términos:

" VIGESIMOTERCERO.- Estos hechos no sólo eran conocidos por los acusados Severiano, Mariano, Domingo, Borja y Amadeo, -por el desempeño de sus cargos en la Consejería de Empleo en los periodos ya reseñados-, sino también eran conocidos por los demás acusados, Cesareo, Presidente de la Junta desde el mes de abril de 2009, y destinatario antes, como Consejero de Economía y Hacienda, de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Marcelina, Consejera de Economía y Hacienda, y antes como Viceconsejera, receptora de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Benjamín, Consejero de Innovación, y destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA, Virgilio, Viceconsejero de Innovación, y concededor del informe adicional al de cumplimiento de 2003 de la agencia IDEA, y Esteban, como Director General de la Agencia IDEA, y destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia. Todos ellos tuvieron conocimiento del uso del procedimiento descrito, de las conclusiones de la Intervención Andaluza, a partir de la comunicación del informe adicional de ayudas de 2003, -que se incluye como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del entonces IFA, del año 2003, y que lleva por título "Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social", firmado en el año 2005, y cuyas conclusiones fueron repitiéndose, en mayor o menor medida, en los sucesivos informes de la Intervención de las cuentas anuales de IDEA de los ejercicios siguientes, así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L, que ya han sido descritas, y que posibilitaron y permitieron que, año tras año, - conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados-, se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito".

Por lo tanto y respondiendo al argumento impugnativo, el hecho diferencial que determina la autoría del delito de malversación en el caso del Virgilio es su comportamiento omisivo. Al margen de las resoluciones en que intervino, que posibilitaron la habilitación presupuestaria de fondos, no adoptó acción alguna tendente a modificar la situación existente, a pesar de que podía y de que tenía conocimiento suficiente de las irregularidades que se estaban produciendo en la gestión de los fondos. No apreciamos, en consecuencia, incorrección en el juicio de subsunción realizado en relación al delito de malversación de caudales públicos.

Despejada esta cuestión, en el motivo se alude también a la contradicción existente entre ese pronunciamiento y la exclusión de la concesión de las ayudas del objeto de enjuiciamiento y se añade que, excluidas las acciones individuales, la simple puesta a disposición del Director General de Trabajo de fondos sin ulterior disposición de los mismos, no colmaría las exigencias típicas de un delito consumado de malversación de caudales públicos.

Tampoco este alegato puede tener favorable acogida.

En el fundamento jurídico tercero de esta sentencia ya hemos razonado extensamente que, aun habiendo quedado excluidas de enjuiciamiento la concesión de las ayudas individuales, lo que aquí se ha enjuiciado, conforme a las pretensiones acusatorias, es la actuación de las autoridades que adoptaron resoluciones que hicieron posible la concesión de esas ayudas, que no sólo son constitutivas de prevaricación sino también, no en todos los casos, de malversación de caudales públicos.

El problema de deslinde entre el objeto del llamado procedimiento principal y los objetos de las distintas piezas no es que en el principal deba excluirse el enjuiciamiento del delito de malversación, sino la posibilidad de doble enjuiciamiento de algunos acusados por unos mismos hechos, cuestión a la que también se ha dado respuesta, de lo que se desprende sin grandes dificultades que, siendo factible el enjuiciamiento por delito de malversación, no puede hablarse de mera puesta a disposición de los fondos, ya que los hechos probados describen la disposición de esos fondos en cuantía cercana a los 700 millones de euros y la conducta por la que ha sido condenado es la modalidad pasiva (consentimiento a la sustracción), que se produjo en grado de consumación.

El motivo se desestima.

123. Motivo por infracción de ley: Inexistencia de ánimo de lucro y de facultad de disposición en relación con el delito de malversación.

En el noveno y último motivo de este recurso se alega que el Sr. Virgilio no tenía capacidad de disposición sobre los fondos públicos, ni formal ni material, y que no se ha acreditado la concurrencia de ánimo de lucro en su conducta que, por lo mismo, sería atípica.

La cuestión de si el Sr. Virgilio, como otras autoridades que intervinieron en los procesos de presupuestación, tenía capacidad de decisión o control sobre los fondos de los que se dispuso ilegalmente ha sido contestada en el fundamento jurídico trigésimo quinto que damos por reproducido. Únicamente vamos a citar uno de los párrafos más relevantes:

"La concesión y pago de las ayudas por los responsables de la Consejería de Empleo requería de la decisión previa de aprobación de las partidas presupuestarias correspondientes por los miembros del Consejo de Gobierno y de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía. Todos ellos tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de los fondos públicos y todos ellos, conociendo las ilegalidades en su concesión y pago, contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción. Es impensable el pago sin la previa presupuestación y es también impensable la actuación del Director General de Trabajo, que fue quien pagaba las subvenciones, sin la previa autorización de los demás responsables políticos identificados en la sentencia. La acción típica no se limita a los actos materiales de aprobación y pago de las ayudas y demás subvenciones sino que se extiende a la previa autorización presupuestaria que los hizo posibles. Se trata en ambos casos de conductas activas que conforman la acción típica".

La concurrencia del elemento típico del ánimo de lucro también ha sido abordada en el fundamento jurídico cuadragésimo primero, que reiteramos. En ese apartado de la sentencia hemos dicho que "las empresas que se vieron beneficiadas por las ayudas sociolaborales obtuvieron un beneficio económico de ahí que concurra ese elemento típico en los hechos declarados probados ya que, como hemos expuesto, el ánimo de lucro concurre aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero".

El motivo, en consecuencia, se desestima.

124. Motivo por infracción de ley, relativo a la indebida aplicación del concurso medial.

124.1 En el tercer motivo de este recurso se denuncia, por infracción de ley, la indebida aplicación del artículo 77 CP, que ha servido para establecer la relación medial entre del delito de prevaricación y el de malversación.

Se afirma que el reclamante intervino como Viceconsejero de Empleo en las modificaciones presupuestarias aprobadas a partir de 2004 y que tales modificaciones no presuponian la ausencia de fiscalización previa de las ayudas concedidas ni que éstas no se dedicaran al fin público, ya que buena parte de dichas ayudas se siguen pagando a pesar de haber sido financiadas a través del instrumento de las transferencias de financiación. En el motivo se aduce que la sentencia ha recorrido un camino inverso al legalmente exigible para la construcción de la relación de concurso medial, por cuanto presupone el desvío de fondos públicos y afirma la existencia de prevaricación por la utilización de las transferencias de financiación.

La sentencia, se dice, aplica para esta construcción la denominada "prohibición del regreso" al imputar un hecho delictivo a una persona que no ha actuado en connivencia con el autor del delito (Director General) sin haberse solidarizado con su plan delictivo. Según la teoría de prohibición del regreso, cuando el tercero realiza una conducta con distanciamiento temporal a la ejecución del tipo penal y además tiene sentido por sí misma al integrarse en funciones propias de su competencia, sin que presente por sí connotaciones o significaciones delictivas, ha de entenderse que, aunque con ella se favorezca causalmente la ejecución de la acción delictiva del autor, no cabe subsumirla en el marco de la participación delictiva".

Continúa la argumentación señalando que difícilmente se puede afirmar la comisión del delito de prevaricación, si se atiende a la desconexión temporal y competencial con el inicio de la acción ilícita y se argumenta, también, que se atribuye al recurrente una posición de garante respecto de la buena gestión de los fondos públicos sin tener en cuenta que, conforme a las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia, no es ilógico que, después de tener conocimiento de un informe provisional de cumplimiento donde se hacía referencia a las ilegalidades de las modificaciones presupuestarias, no se interesara por el informe definitivo. En el motivo se argumenta que el Sr. Virgilio tenía total desconocimiento de que se pudiera estar cometiendo un delito de malversación, máxime si se tiene en cuenta de que en este procedimiento (al estar excluido el enjuiciamiento de las ayudas singulares) no se ha analizado si el dinero presupuestado iba o no a destinarse al fin público.

124.2 Para dar respuesta a esta alegación debemos recordar que la sentencia de instancia (FJ 49º, página 1790) considera que los delitos de prevaricación y malversación están en relación de concurso medial ya que, de acuerdo con los hechos probados, "las actuaciones arbitrarias sirvieron como instrumento que hizo posible la comisión del delito de malversación por parte de alguno de los acusados, es decir, disponiendo y/o permitiendo que el Director General de Trabajo dispusiera de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados y, en otros casos, asumiendo dicha eventualidad".

Entendemos que el motivo no cuestiona realmente la existencia de una relación concursal entre los delitos de prevaricación y malversación, sino que, más bien, apartándose de su enunciado, reprocha la condena por ambos ilícitos penales.

Por un lado, mencionando la teoría de la prohibición de regreso, que sirve de argumento para afirmar que no es posible sostener que el Sr. Virgilio participara de forma consciente y voluntaria en la comisión del delito de prevaricación, habida cuenta de la desconexión temporal y competencial entre el inicio de la supuesta acción delictiva y sus autores.

Por otro lado, se conjetura en la sentencia la comisión de un delito de malversación en la modalidad de comisión por omisión para el que le atribuye la posición de garante, pero no concreta los elementos de prueba que acrediten el conocimiento de la sustracción por tercero de los caudales públicos, insistiendo en que no se puede extraer ese conocimiento del llamado informe adicional, máxime cuando no se han analizado las bases de la malversación, al no haber sido objeto de debate las ayudas concretas, su finalidad pública o su cuantificación.

El motivo está destinado al fracaso porque se prescinde intencionadamente del relato de hechos probados.

El Sr. Virgilio ha sido condenado por su participación directa y material en concepto de autor por el delito continuado de prevaricación que, no debe olvidarse, se desarrolló durante casi una década. En el factum se describen los numerosos actos prevaricadores en los que intervino el acusado desde que accedió a la Viceconsejería en el año 2004, que para una mejor comprensión hemos individualizado en el apartado dedicado a la coautoría delictiva dentro de las cuestiones comunes de los recursos.

Por las mismas razones, el acusado no ha sido condenado como autor del delito de malversación en la modalidad de comisión por omisión, como sugiere esta defensa, sino como autor material por su intervención directa en la gestión y distribución fraudulenta de los fondos públicos, sin que sea posible introducir cuestiones de índole probatoria relativas a la finalidad pública de las ayudas o la cuantificación de los caudales malversados en un motivo por infracción de preceptos penales sustantivos. En orden a la autoría del delito, nos remitimos al apartado sobre infracción de ley dentro de las cuestiones comunes de los recursos.

Por último, no se infringe el art. 77 del Código Penal por la condena por ambos delitos en concurso medial, por las razones que expusimos en el apartado relativo a la relación concursal entre ambos delitos dentro de las cuestiones comunes de los recursos, al que nos remitimos expresamente para evitar repeticiones innecesarias (FJ 43º).

La invocada indebida aplicación del art. 77 en relación con los arts. 404, 432 y 74, todos ellos del CP. Ya se adelantó, con la STS 498/2019, de 23-10, que, como sucede en el presente supuesto, la Sala II admite la existencia de un concurso medial entre los delitos continuados de prevaricación y malversación, también que los comportamientos prevaricadores no abrazan la depredación de caudales públicos propia de la malversación por lo que resulta imposible sostener un concurso de normas, y que resulta acertado afirmar el concurso medial entre los dos delitos continuados: «La protección de bienes jurídicos tan sustancialmente distintos como la legalidad en el funcionamiento de la Administración y su patrimonio, ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala a destacar que la prevaricación y la malversación de fondos públicos tienen su propio y autónomo contenido, además de una específica y diferenciada estructura, lo que conduce normalmente a que los comportamientos que afecten a ambos tipos penales sean perfectamente separables y compatibles, rigiéndose por el concurso de delitos y no por el concurso de normas (STS 857/03, de 13-6 ó 629/13, de 19-7, entre otras).

El Sr. Virgilio no solo permitió que determinadas personas se apropiaran del patrimonio público y se enriquecieran de manera injustificada o indebida, sino que se sirvió para ello de mecanismos de actuación que descansaban en su capacidad decisoria, burlando los sistemas de control y eludiendo las reglas de contratación administrativa legalmente fijadas para la prevención de los abusos y para una proyección pública de neutralidad administrativa.

Por consiguiente, el concurso medial, también llamado ideal impropio, que doctrina y jurisprudencia reputan como modalidad o subforma del concurso real (v. SSTS 604/2014, de 30-9; 539/2015, de 1-10 y 507/2020, de 14-10, entre otras), en concreto, en el delito de prevaricación para cometer otro de malversación, está admitido por la Sala II (v. también STS 670/2013, de 19-7). El requisito de la necesidad medial es apuntado por la STS 507/2020, que, por un lado, cita la s. 297/2007, de 13-4, para decir que «la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, eso es, se ha de analizar si de la específica situación fáctica del delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro» y, por otro, con las SSTS 326/98, de 2-3; 123/2003, de 3-2; 297/2007, de 134, recuerda que «para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulta que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos precedentes, pues el precepto atiende la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no al orden teleológico individual».

Los actos prevaricadores, ya analizados, fueron el medio para lograr la disposición de los fondos públicos. Sin ellos, no podría haber tenido lugar la malversación de caudales en la forma en que se produjo. Al decir de la STS 277/2015, de 3-6, «Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: a la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones

administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11-3 ó STS 394/2014, de 7-5)».

En nuestro caso el juicio histórico de la sentencia describe la relación medial a que nos venimos refiriendo en el siguiente párrafo:

Mediante el procedimiento expuesto, este caudal de fondos públicos fue el que permitió nutrir a la Dirección General de Trabajo y de la Seguridad Social, de las cantidades de las que dispuso para atender los compromisos asumidos frente a terceros: (...) Sin el mecanismo ya descrito, hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través de IFA/IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya sólo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, acreditado éste, se hubieran aplicado los fondos al mismo. Y ello, pese a que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, carecía de competencia para la concesión de subvenciones hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010 (...) así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L, que ya han sido descritas, y que posibilitaron y permitieron que, año tras año, -conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los periodos ya reseñados, se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito».

El motivo, en consecuencia, se desestima.

125. Motivos por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El recurso dedica los motivos, cuarto y quinto, a censurar el juicio probatorio de la sentencia por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por considerar la ausencia de prueba de cargo suficiente y su irracional valoración.

Daremos respuesta conjunta a ambos motivos, dada su inescindible relación, y en nuestra exposición seguiremos el orden argumentativo del recurso, justificando la relevancia probatoria de cada una de las pruebas de cargo a que alude la sentencia impugnada, ya que en el recurso se cuestiona el valor de cada prueba.

125.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

(i) Fue Viceconsejero de Justicia y Administración Pública, desde el año 2000 hasta el 19/03/2005, fecha en la que pasó a ocupar el cargo de Viceconsejero de Innovación hasta el 01/04/2010, ocupando durante este último periodo el cargo de vicepresidente de la Agencia IDEA.

En el ejercicio de su cargo asistió y participó en la adopción de acuerdos de la Comisión General de Viceconsejeros (Prueba de cargo 1).

Se contraviene en que esta prueba carece de valor probatorio de cargo alguno.

No es así. Acredita dos hechos de notable trascendencia. De un lado, que, como Viceconsejero de Justicia y Administración Pública, primero, y de Innovación, después, formó parte de la Comisión General de Viceconsejeros, en la que se acordó elevar al Gobierno de la Junta de las distintas modificaciones presupuestarias y Anteproyectos de ley de Presupuestos, a través de las cuales se utilizaron desde un primer momento y hasta su cese las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L. Y, de otro, que participó en las distintas sesiones en las que se acordó elevar al Consejo de Gobierno los informes de Plan Anual de Control Financiero Permanente, en los que se advirtió, entre otras irregularidades, del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a aquella partida presupuestaria.

Asimismo, acredita que, como Viceconsejero de Innovación, es decir, de la Consejería de la que dependía la Agencia IDEA, ostentó la vicepresidencia de la agencia IDEA y de su Consejo Rector y, por tanto, ejerció las competencias anudadas a tal cargo.

No es preciso reiterar las competencias ya que a esta cuestión nos hemos referido ampliamente en el fundamento jurídico vigésimo sexto, al que nos remitimos.

(ii) El tribunal de instancia atribuye el valor de prueba de cargo documental al documento denominado INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE ASUNTOS DEL CONSEJO DE GOBIERNO Y DE LA COMISIÓN GENERAL DE VICECONSEJEROS (14 DE JUNIO DE 2.000) de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, en el que se establecían las normas relativas a la tramitación de los asuntos sometidos a tal Comisión (Prueba de cargo 2).

En concreto, el documento disponía que:

"La Comisión puede adoptar en relación con los asuntos a ella sometidos las siguientes decisiones: a) Informar favorablemente para elevación al Consejo de Gobierno en 'INDICE VERDE', aquellos asuntos suficientemente debatidos, con expedientes completos, pendientes únicamente de su aprobación por el Consejo de Gobierno.

b) Elevar a Consejo de Gobierno en 'INDICE ROJO' aquellos asuntos, en los que, habiendo acuerdo básico, existan propuestas alternativas puntuales, así como los asuntos de singular trascendencia y los anteproyectos de ley".

Resulta de relevancia insistir en que los Planes de Control Financiero y los Anteproyectos de Presupuestos debían incluirse en el Índice Rojo, mientras que las modificaciones presupuestarias eran incluidas el Índice Verde, lo que, en todo caso, exigía que fuesen suficientemente debatidas.

Como dijimos respecto de otros condenados, la conclusión es lógica. No solo por las competencias atribuidas a la Comisión General del Viceconsejeros y el tenor de las directrices contenidas en la Instrucción, a que se refiere el párrafo precedente ("suficientemente debatidas"), sino porque, de otro modo, la decisión última de elevar al Consejo de Gobierno las modificaciones de presupuestos sería adoptada solo por un sector de tal Comisión (según el recurrente, el Viceconsejero de Economía y Hacienda y el Consejero a cuyos presupuestos afectaría la modificación), así como por los funcionarios que hubiesen intervenido en su previa elaboración y tramitación.

Otra de las alegaciones exculpatorias se refiere a que, sin perjuicio del contenido de las Instrucciones citadas, lo cierto es que aquellas modificaciones presupuestarias, por incluirse en el Índice Verde, no se debatían en la Comisión General de Viceconsejeros, pues venían suficientemente discutidas desde el punto de vista técnico presupuestario (sic). En apoyo de su alegación afirma, además, que, en todo caso, su conocimiento al respecto era nulo dada su formación (Licenciado en Filosofía y Letras, por la Universidad de Granada).

Resulta difícil admitir que no fuera consciente de la ilegalidad y consecuencias que suponían el uso de las transferencias de financiación, ya que se trata de un instrumento presupuestario común que debía ser conocido por todos los que tenían alguna responsabilidad en los procesos de elaboración de la normativa presupuestaria. Pero incluso admitiendo como hipótesis la posibilidad de que durante los 5 años que fue Viceconsejero de Justicia y Administración Pública pudiera pasar desapercibido el nuevo criterio de presupuestación utilizado para el pago de las ayudas sociolaborales, lo que resulta irracional es admitir que a partir del 19 de marzo de 2005, en que accedió al cargo de Vicepresidente de IDEA, no tomara conocimiento de que IDEA iba a hacer frente a los compromisos de pago asumidos por la Dirección General de Trabajo con las partidas presupuestarias aprobadas y de las irregularidades que los distintos informes venían advirtiendo durante todo este tiempo.

(iii) La relevancia del sistema de presupuestación fue objeto de una especial atención en la Comisión General de Viceconsejeros ya que en el seno de dicho órgano se discutió hasta en tres ocasiones (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) un proyecto de Decreto, elaborado en el año 2000 por la Consejería de Empleo, por el que se establecía el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza (Prueba de cargo 3).

Es razonable suponer que por su discusión reiterada y su rechazo los que participaron en aquellas reuniones conocían su contenido y sus implicaciones.

Su Preámbulo afirmaba lo siguiente:

"Con esta disposición se pretende articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas ayudas a favor de ciudadanos que pierdan su puesto de trabajo por cualquier proceso de los previstos en la legislación vigente, excepción hecha de la extinción voluntaria, y que imputándose a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, se cuente con fondos en cada ejercicio presupuestario".

Conviene recordar que el primero de los Proyectos de Decreto fue objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía, respecto del que, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones que pusieron de manifiesto la inadecuación del Decreto para el fin al que se había ideado.

En concreto, recomendó que se acompañase la memoria económica y funcional, para así determinar cuál era la aplicación presupuestaria afectada; recomendó que la norma reguladora de la concesión fuese una orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas y, en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), como entidad colaboradora, recomendó que se estableciese así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública.

Y consta que el Virgilio asistió a la sesión del 17 de enero de 2001 en la que se acordó retirar el proyecto del orden del día. En el acta de dicha sesión se alude a que se hicieron observaciones, según se recoge en su texto que es del siguiente tenor literal:

"PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE AYUDAS SOCIALES A TRABAJADORES AFECTADOS POR PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA.

Expone el contenido del proyecto de Decreto el Viceconsejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, realizándose las siguientes observaciones:

Artículo 2.b).- Debería matizarse la referencia a 'pérdidas importantes'.

Artículo 3.3. e).- Debería ser apartado a).

Artículo 6.1 y 6.7.- Deberían suprimirse y aplicar con carácter general la normativa. Debe limitarse el ámbito de actuación y la vigencia de las medidas".

Frente a estas evidencias en el motivo se argumenta que no es lógico afirmar que recordase el contenido de tal Proyecto de Decreto cuando accedió al cargo de Viceconsejero de Innovación en el año 2005, es decir, cuatro años después de que aquel hubiese sido excluido de los distintos órdenes del día. Sin embargo, conviene poner de relieve que el proyecto de Decreto tenía relación con una de las cuestiones que había sido identificada como eje fundamental del programa de gobierno del presidente, Sr. Florentino.

Relacionado con esta cuestión, el acusado don Florentino, entonces Presidente de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sostuvo a lo largo de todo el procedimiento que las citadas ayudas formaban parte de los Acuerdos de Concertación Social, que "eran el eje de cumplimiento del programa de gobierno" (habido en Andalucía entre los años 1997 y 2004) y también que el coacusado don Demetrio (entonces Consejero de Presidencia) afirmó que la concesión de tales ayudas eran una consecuencia y decisión del programa político.

Estas eran las circunstancias sociales y políticas imperantes al tiempo en el que aquel Proyecto de Decreto se llevó a las distintas sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros.

Por tanto, en el caso concreto, no es irracional afirmar que el Sr. Virgilio pudiese recordar el contenido del Proyecto de Decreto, que fue tres veces retirado del orden del día, en tres sesiones distintas de la Comisión General de Viceconsejeros, en la medida en que perseguía regular un instrumento que permitiese hacer efectivo el "eje de cumplimiento del programa de Gobierno".

(iv) Participó en la aprobación de distintas modificaciones presupuestarias por su asistencia al Comisión General de Viceconsejeros. La sentencia de instancia identifica hasta 9 modificaciones presupuestarias en las pruebas de cargo 4 a 11, reiterando que la finalidad de todas ellas, al implantar un nuevo sistema de presupuestación, fue eludir los controles propios de la normativa de subvenciones, según se razonó en otros pasajes de la sentencia impugnada. Las modificaciones a que alude la sentencia en su fundamento jurídico trigésimo tercero son las siguientes:

a) La modificación presupuestaria aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de fecha 28 de julio de 2000 (Prueba de cargo 4).

El Tribunal de instancia destaca que el reclamante era Viceconsejero de Justicia y Administraciones Públicas, cuando asistió la Comisión General de Viceconsejeros del 26 de julio de 2000, por la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria, por importe de 904 millones de pesetas, que, en esa ocasión, tuvo por objeto reducir la partida 481.00.22E (recuérdese que era la apropiada para la concesión de subvenciones excepcionales) y el correspondiente aumento de la partida 440 del programa 22E, "Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales".

A tal efecto, cita el extracto que, para el Consejo de Gobierno, se remitió, junto con la modificación presupuestaria de 28 de julio de 2000; extracto que fue el que, asimismo, se utilizó en la Comisión General de Viceconsejeros. En el mismo se afirma que:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 298 de 11 de julio, transferencia de créditos entre capítulos II y IV por importe de 965.000.000 ptas.

La modificación propuesta tiene por objeto dotar al capítulo IV, aplicación 440.01, con el crédito suficiente para desarrollar el Convenio Marco de colaboración con el Instituto de Fomento de Andalucía en el que se contemplan una serie de actuaciones en materia de fomento y mantenimiento del empleo, así como la reestructuración de empresas".

Como dijimos al analizar el mismo documento, en relación con otros condenados, el documento es suficientemente expresivo. En él, se mencionan las transferencias de financiación, el Convenio Marco de colaboración entre el IFA y la Consejería de Empleo, la finalidad perseguida a través de las transferencias de financiación y la necesidad de incrementar una partida presupuestaria, no vinculada a esa finalidad. Solo con el contenido de ese extracto es difícil sostener que no fuese conocedor de los hechos por los que ha sido condenado. En esas pocas líneas, se dibuja el mecanismo subvencional ilegal que nos atañe.

Por ello, debemos insistir en que las modificaciones presupuestarias no pudieron ser desconocidas por su parte, dada la trascendencia de su objeto. En este sentido, reiteramos que, en la modificación de fecha 18 de abril de 2000, se emplearon, por vez primera, las señaladas transferencias de financiación para incrementar la partida 440 del programa 22E; y, en fecha 28 de julio de 2000, ese objeto fue expresamente descrito en el extracto antes señalado.

b) Las modificaciones presupuestarias de 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001 (Prueba de cargo 5).

Intervino en las sesiones de la Comisión General de Viceconsejeros, en su calidad de Viceconsejero de Justicia y Administración pública, de 12 de septiembre de 2001 y 7 de noviembre de 2001, por las que se acordó elevar al Consejo de Gobierno aquellas modificaciones presupuestarias.

Debe observarse que a la fecha en que estas modificación fueron objeto de análisis y aprobación por la Comisión General de Viceconsejeros ya se había sido debatido en ese mismo órgano el Proyecto de Decreto regulador de las ayudas al que antes hemos hecho referencia (en concreto, en las sesiones de los días 13 de

diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001, según hemos expuesto en los párrafos precedentes), por lo que no es irrazonable suponer que conocía los pormenores del criterio de presupuestación que se estaba utilizando, es decir, de su ilegalidad.

c) Intervino en la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 9 de octubre de 2002, que acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación presupuestaria, que fue aprobada el 15 de octubre de 2002. Mediante la misma se incrementó la aplicación presupuestaria 440, del programa 31L "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" (Prueba de cargo 6).

El contenido del extracto del expediente elaborado para el Consejo de Gobierno era del siguiente tenor:

"La Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico solicita en escrito 7469 de 11 de marzo de 2002, modificación presupuestaria por importe de 3.386.017 €. La modificación de referencia consiste en una transferencia de créditos en la Sección 13.00, Servicio 01, del Capítulo IV al IV y del Programa presupuestario 3.2.D al 3.1.L 'Administración de las Relaciones Laborales', cuya finalidad es impulsar las demandas surgidas como consecuencia de acuerdos sociales alcanzados en negociaciones de expedientes de regulación de empleo, como consecuencia de adaptación de plantillas contemplados en los planes de viabilidad y reestructuración de empresas en crisis".

En ese extracto también consta que el destino de los fondos era "Al IFA en materia de relaciones laborales".

d) Estuvo presente en la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 22 de diciembre de 2002, que acordó elevar al Consejo de Gobierno la modificación de 28 de diciembre de 2004 que incrementaba el programa 32H "Servicio Andaluz de Empleo", por importe de 2.994.876 euros (Prueba de cargo 7).

La singularidad de esta modificación presupuestaria es que se incrementó el programa 32H "Servicio Andaluz de Empleo", para conceder subvenciones, pese a que los fines de aquel programa eran ajenos a la concesión de ayudas o subvenciones, lo que conllevaba de forma notoria el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía que dispone que "Los créditos para gastos se destinaran exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la ley del presupuesto o por las modificaciones aprobadas conforme a esta ley".

e) Hubo también otras modificaciones presupuestarias que se aprobaron en el periodo comprendido entre 2005 y 2008, identificadas como pruebas de cargo 8 a 11. Nos referimos a las modificaciones de 07/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007 y 17/12/2008.

Se alega que no cabe atribuirle un conocimiento específico de su contenido en relación con las modificaciones anteriores a su nombramiento como vicepresidente de IDEA.

Frente a esa alegación resulta necesario señalar que la intervención de la Comisión General de Viceconsejeros no era un mero acto de trámite, pues en ocasiones se rechazaron modificaciones porque la clasificación de los créditos no era adecuada, por cuestiones de competencia o por otras razones, de acuerdo con la declaración prestada por Don Adolfo en el acto del plenario (pág. 598 de la sentencia de instancia) y de acuerdo con la normativa aplicable (artículos 46, 47 y 48 de la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía). Por tanto, cabe inferir que las modificaciones presupuestarias eran suficientemente debatidas en la Comisión General de Viceconsejeros y, cuando se advertía de su irregularidad, podían ser rechazadas.

Y en relación con las posteriores a dicho nombramiento se aduce que la Sala tomó en consideración una declaración sumarial, no ratificada en el juicio oral, de la que, lo único que puede destacarse es desconocimiento de la materia. En esa declaración dijo que las modificaciones se utilizaban para pasar dinero de una Secretaría General a otro y de esa manifestación no puede inferirse, como indebidamente hace la sentencia que la única razón posible para una modificación presupuestaria fuera el déficit o necesidad de fondos.

En el motivo no se cuestiona tanto la ilegalidad de utilizar como prueba una declaración sumarial como la interpretación que se hace de su contenido. En todo caso, el conocimiento de la ilegalidad del uso de las transferencias de financiación no se deduce de la literalidad de esa declaración que se utiliza como elemento de refuerzo, sino del conjunto de la valoración conjunta de los elementos de prueba que venimos examinando.

(v) También intervino en la tramitación y aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos de los años 2006 a 2008 (Prueba de cargo 14).

En el recuso se insiste en que es descabellado pensar que el Sr. Virgilio, sin conocimientos técnico-presupuestarios específicos simplemente por formar parte de la Comisión General de Viceconsejeros conociera a fondo el contenido e implicaciones de esta partida presupuestaria, que era una más de las miles de partidas que componían el presupuesto y que formaba parte del anexo al anteproyecto de ley que contaba con una extensión de más de 1.600 folios.

Sin embargo, las leyes de acompañamiento de cada año establecían de forma palmaria que las transferencias de financiación no se podían utilizar para el pago de subvenciones y que sólo tenían como finalidad de cobertura de necesidades de capital o de equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas públicas, en relación con su actividad propia, y no para hacer frente a operaciones de tesorería como las aquí enjuiciadas. No vamos a reiterar el amplio abanico de normas que se referían a esta cuestión y sobre las que hemos argumentado extensamente en los fundamentos jurídicos sexto a noveno, que damos por reproducidos. Y también es obligado hacer referencia a que cuando intervino en estas aprobaciones tuvo conocimiento directo de los Informes de Cuentas

Anuales de la Agencia IDEA y de sus Informes de Auditoría, en los que se puso de manifiesto la existencia de compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo con cargo a los fondos de la Agencia IDEA generadores de desfase contables (déficits) en su contabilidad.

En todo caso debemos insistir que se trata de un dato más que abunda en la idea del conocimiento de la ilegalidad del proceso seguido para financiar a IDEA. Como en muchos otros recursos, la vía impugnativa pretende aislar cada indicio y descontextualizarlo para relativizar su fuerza probatoria, pero en un proceso de muchos años y con fuentes de información diferentes el conocimiento de los hechos debe establecerse mediante la valoración conjunta e integrada de toda la información que suministran los diferentes indicios y pruebas aportadas al proceso.

(vi) Desde que el 19/03/2005 accedió al cargo de Viceconsejero de Innovación y, por esa condición, de Vicepresidente de IDEA tuvo conocimiento, como miembro del Consejo Rector, de la suscripción de diversos convenios particulares al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001, y de la situación financiera de la Agencia IDEA, pues asistió a las sesiones en las que se informó de sus cuentas anuales y del resultado de los Informes Anuales de Auditoría (Prueba de cargo 15).

En relación con tales convenios, dado su contenido y la necesidad de que fuesen informados en el Consejo Rector (e incluso aprobados en algunos supuestos), el Sr. Virgilio tomó conocimiento de que, a través de ellos, se concedían ayudas y subvenciones sociolaborales por parte de la Dirección General de Trabajo que debían ser satisfechas por la Agencia IDEA que, a tal efecto, actuaba como caja pagadora. Asimismo, destaca que, pese a tal conocimiento, intervino en la aprobación de aquellos convenios que requirieron ser aprobados por el Consejo Rector.

Y, en lo relativo a las cuentas anuales y los informes de auditoría, a través de ellos, el Sr. Virgilio tuvo un conocimiento exacto de la situación financiera de la Agencia IDEA y, en particular, tanto de su situación de déficit contable derivado de los compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo, como de que a través de las transferencias de financiación se hacía frente al pago de los mismos.

La sentencia impugnada se remite, en cuanto al contenido de tales informes, "a los términos expresados para otros acusados", lo que nos lleva a hacer una breve referencia del contenido de dichos informes a los que nos hemos referido en otros motivos en que se hacía referencia a esta cuestión.

a) El Informe de Auditoría de cumplimiento sobre IDEA, correspondiente al ejercicio 2005, en el que se afirma que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pago de determinadas subvenciones excepcionales (...). Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.

De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras.

De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

La Sala destaca de tal fragmento que, de acuerdo con el mismo, "la financiación de IDEA para hacer estos pagos no debía realizarse mediante transferencia de financiación, y que tampoco cabía la utilización de IDEA como entidad colaboradora".

b) El Informe definitivo de cumplimiento de 2006, que se expresa en términos semejantes al de 2005.

c) El Informe definitivo de cuentas anuales de IDEA, del ejercicio 2006, (remitido el 3 de octubre de 2008 a la Agencia IDEA) que dispone que:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado".

Y, en el Anexo del citado informe se afirma, bajo la rúbrica "Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51.31L", que:

"La aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y seguridad social.

Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios 2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas

excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación.

El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

d) El Informe definitivo de cumplimiento 2007, remitido el 31 de octubre de 2008, que afirma que:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre.

Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. (...).

En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales.

La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía .

Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone (...) podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

e) El Informe de auditoría de cuentas de IDEA, realizado por la firma PRICEWATERHOUSECOOPERS, correspondiente al ejercicio del año 2006, en el que se declara la existencia de una salvedad por incertidumbre "derivada de las dotaciones pendientes de recibir de la Consejería de Empleo por importe de 58.000.000 € al cierre del ejercicio, como consecuencia de los Convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de esa Consejería" (Prueba de cargo 16).

En relación con este informe se destaca el hecho de que el Sr. Virgilio asistiera a la reunión del Consejo Rector de la Agencia IDEA, de fecha 11 de junio de 2007, en la que se debatió sobre la salvedad por incertidumbre expuesta.

En definitiva, el contenido de tales informes, como hemos expuesto, revela que, también en su condición de Viceconsejero de la Agencia IDEA y miembro de su Consejo Rector, tuvo un conocimiento preciso, tal y como afirma el tribunal a quo de "la existencia del Convenio Marco de julio de 2001, en virtud del cual, se suscribieron los convenios particulares; (de) que las transferencias de financiación al IFA-IDEA, eran para el pago por ésta de las subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo; (...) (y) de que la Consejería de Empleo no contaba con dinero suficiente para transferir a IDEA, y atender todos los compromisos de pago derivados de los convenios particulares firmados entre la Agencia y la Dirección General de Trabajo".

Como alegaciones de descargo relativas a las pruebas de cargo relacionadas con su condición de Vicepresidente de IDEA y miembro de su Consejo Rector, se sostiene: (i) que los informes de Auditoría y las Cuentas anuales siempre fueron "blancos" (pues así lo afirmó uno de los peritos intervinientes en el juicio oral -Sr. Luis-); (ii) Que no es razonable afirmar que tuviese conocimiento del Convenio Marco de 17 de julio de 2001; y (iii) Que no es correcto afirmar al existencia de déficit alguno en las cuentas de la Agencia IDEA del año 2006, pues la incertidumbre detectada tan solo afirmaba que la "Agencia IDEA tenía firmados convenios en los que se le encargaba pagar por más cuantía que la recibida por parte de su mandante, esto es, por parte de la Dirección General de Trabajo".

Frente a este argumentario y con independencia de la valoración efectuada por el perito designado por esta defensa, es obligado referir que los Informes de Auditoría y los Informes de Cuentas Anuales fueron examinados por el tribunal de enjuiciamiento, en el ejercicio de su función jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el art., 741 LECRIM, junto con el resto de la prueba, con expresa consignación de su contenido que, asimismo, nosotros hemos, en parte, reproducido.

En ellos, se evidencia la existencia de los déficits expuestos y, en particular, de la utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora (caja pagadora) para el pago de las ayudas y subvenciones concedidas por la Consejería de Empleo, pese a no tener competencias al efecto; el ilegal uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la Agencia; la celebración de convenios particulares al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001; y la generación de déficits en las cuentas de la Agencia, derivada de la asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria, entre otros conceptos.

(vii) Como miembro de la Comisión General de Viceconsejeros, también tuvo conocimiento de las Memorias de los trabajos realizados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, que acompañaban a los Planes Anuales de Control Financiero Permanente de Empresas y Entidades Públicas (Prueba de cargo 13).

Así, asistió a la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros, de fecha 3 de mayo de 2007, en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno el Programa Anual de Control Financiero Permanente del año 2007, por lo que tuvo conocimiento de la Memoria de los trabajos realizados por la Intervención correspondiente al año 2006, que se acompañó al señalado acuerdo.

En el apartado relativo a las conclusiones de la Memoria, se afirmó que:

"(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa. Esta y otras circunstancias tales como problemas de confirmación de saldos o tramitación compartida de subvenciones, suponen incumplimientos que no pueden ser imputados a las empresas, sino a las consejerías".

En el Informe afirmaba, en síntesis, que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación, que afectan a resultados o en la clasificación de su Activo y Pasivo, y deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas, que dificultaban o hacían inviable la aplicación del régimen de reintegros, al que se refiere el art. 18 de la Ley 15/2001.

Como alegación de descargo el motivo alude a que en los informes correspondientes a los años 2005 a 2009 nada se dice acerca de que se hubiesen advertido las mismas irregularidades detectadas en el Informe Adicional al de Cumplimiento del año 2003, notificado en el año 2005. A ello, añade que las eventuales irregularidades advertidas se imputaban a la Consejería de Empleo, "o lo que es lo mismo: que esa tramitación indebida (no ilegalidad) nada tenía que ver con IDEA" (sic).

Frente a ese argumento conviene incidir en que la resolución recurrida vincula el conocimiento de la ilegalidad del sistema advertido en las Memorias que acompañaban a los Informes de Plan de Control Financiero Permanente al hecho de que el impugnante era miembro de la Comisión General de Viceconsejeros y, por tanto, que, en tal condición, los examinó y acordó su elevación al Consejo de Gobierno.

Recordemos que, como hemos expuesto y a título de ejemplo, en la Memoria de los trabajos realizados en el año 2006 se afirmó, en el apartado relativo a las Conclusiones, que:

"(...) de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa".

Esta sola frase es suficientemente expresiva. En apenas unas palabras la Intervención General de la Junta de Andalucía denuncia el uso indebido de las transferencias de financiación, al haberse utilizado para financiar subvenciones excepcionales.

Además, tal denuncia no puede entenderse de forma aislada con la afirmación, también contenida en aquella Memoria, de que la Agencia IDEA presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación, que afectan a resultados o en la clasificación de su Activo y Pasivo, pues ello implicaba, precisamente, que se estaban utilizando las transferencias de financiación para dotar ilegalmente de fondos a la Agencia IDEA.

(viii) En su declaración ante el Juez de instrucción, de fecha 11 de febrero de 2016, reconoció haber tenido conocimiento del Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2003 y pese a ello siguió aprobando los convenios y participando en la tramitación de los presupuestos y modificaciones presupuestarias mediante los que se hacían llegar fondos a la Consejería de Empleo utilizando, de forma fraudulenta, las transferencias de financiación (Prueba de cargo 12).

La Audiencia Provincial, en concreto, destacó el siguiente fragmento de su declaración:

"Ministerio Fiscal: Si nos vamos al 2005, creo haberle entendido que le dieron cuenta, pero que le dijeron que no se tiene que preocupar porque no afectaba a la Agencia IDEA.

D. Virgilio: Efectivamente.

Ministerio Fiscal: Sino que afectaba a la Consejería de Empleo.

D. Virgilio: Efectivamente".

Resulta de enorme relevancia enfatizar una vez más que el Informe Adicional al de Cumplimiento del ejercicio 2003 de la Agencia IDEA, formulado en el año 2005 por la Intervención General de la Junta de Andalucía, fue notificado en la Agencia IDEA el día 25 de julio de 2005, y en él se concluía, después de describir las numerosas irregularidades advertidas en los expedientes examinados, que:

"la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados" (Conclusión 5, del señalado Informe).

El conocimiento de ese informe es el sustento probatorio fundamental para afirmar que fue concedor directo de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento y que con su conducta

contribuyó a la ilegal disposición de los fondos. (En el Fundamento Jurídico 63.2º, apartado ix, se transcriben las observaciones y conclusiones del citado informe)

Se refuta esta evidencia probatoria alegando que no era destinatario del Informe y que la declaración sumarial valorada por el tribunal de instancia ha sido cercenada. En esta dirección se alega que en el juicio dijo lo mismo que en la declaración sumarial, es decir, que tuvo conocimiento del Informe con motivo del presente procedimiento y no al tiempo de los hechos y que a la vuelta de vacaciones de 2005 le dieron cuenta de la recepción del informe y le dijeron que " iba dirigido a Empleo y no requería que IDEA hiciera nada".

Admitiendo la objeción planteada en cuanto al contenido de la declaración prestada en el acto del juicio lo cierto es que, en todo caso, se trata de una prueba sujeta en su valoración al principio de inmediación cuyo valor convictivo debe efectuarse en función de su propio contenido pero también del contexto al que alude.

Por más que se haya afirmado que el Informe se conoció con motivo del presente procedimiento y no en su momento, no resulta razonable admitir que, habiendo sido comunicado a IDEA y dado su contenido, en el que se advertía del incumplimiento total del procedimiento de concesión de subvenciones, el segundo máximo responsable de la agencia despachara el asunto asumiendo como suficiente que el Informe no incorporaba advertencia alguna para IDEA, sino para la Consejería de Empleo.

El Informe Adicional hacía referencia a las patentes ilegalidades en la tramitación de los expedientes de la Consejería de Empleo, eludiendo cualquier tipo de procedimiento y la necesaria fiscalización. Y también se hacía constar que IFA intervenía de forma improcedente como entidad colaboradora, que se asumían compromisos sin cobertura presupuestaria, que se utilizaban transferencias de financiación para el pago de subvenciones y que se producían desfases presupuestarios, que se reiteraron en los sucesivos informes de cuantías anuales y de cumplimiento de los años posteriores.

Además se hacía referencia a que los expedientes no eran fiscalizados por la Intervención, que no se remitían al IFA/IDEA que era quien materializaba los pagos y en cuyo ámbito tampoco eran fiscalizados, que no reunían los requisitos mínimos de la normativa de subvenciones y que no se publicaban ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía ni en el Boletín Oficial de la comunidad autónoma.

El hecho de que el Informe no efectuara advertencia alguna a IDEA no es razón para sostener su falta de relevancia para el ente público. Daba cuenta de ilegalidades notorias que afectaban a la actuación de dicho ente y que debían haber sido objeto de corrección. En efecto, no podía actuar como entidad colaboradora, todo el proceso, incluido la participación de IDEA, era radicalmente contrario a las previsiones de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía y, además, se autorizaban pagos superiores a la cobertura presupuestaria, con incumplimiento también de la normativa presupuestaria.

Baste citar otro fragmento de dicho informe:

"El contenido de la actuación encargada al IFA podría corresponder, de hecho, a la de una Entidad Colaboradora. La figura de la entidad colaboradora se recoge en el título VIII de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 106). Su tramitación corresponde básicamente a la de toda subvención reglada; fiscalización previa con aportación de las solicitudes de la subvención y demás documentación exigida por la Orden de convocatoria, declaración responsable de no concurrencia, acreditación de personalidad del solicitante, proyecto de resolución, convenio suscrito entre la entidad concedente y la entidad colaboradora; para el pago, propuesta de documento contable de pago a favor de los beneficiarios figurando la entidad colaboradora como sustituto legal, resoluciones de concesión del órgano concedente y acreditación de estar al corriente por obligaciones tributarias y ante la Seguridad Social; justificación previa o posterior al pago de las cantidades pagadas a los beneficiarios por la Entidad Colaboradora.

Como se ve, esta figura contempla la adopción de la resolución por el órgano concedente y la ayuda para su pago de la Entidad Colaboradora. Aparece ésta en el documento de pago OP como sustituto legal de los beneficiarios. En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales.

(...) El objeto consiste en la realización por el Instituto de pagos a terceros por mandato directo de órganos de la Junta de Andalucía. El expediente de gasto adecuado para financiar estas actuaciones podría ser el de ENTIDAD COLABORADORA, pero tal figura no cabe para el supuesto de subvenciones y ayudas excepcionales, no regladas.

(...) VI. DESFASE PRESUPUESTARIO

(...) Con base en datos suministrados por el IFA, el importe de gasto carente de respaldo presupuestario tomando como referencia los créditos aprobados y comprometidos (fase AD) asciende a 38.317.849€. (...).

VI.3 Aspectos jurídicos.

La regulación normativa es clara. No pueden comprometerse gastos superando los créditos habilitados para ello. El IFA ha contraído por encargo de la Consejería de Empleo obligaciones de pago con terceros por compromisos que superan el límite de los créditos aprobados, y generando así obligaciones para la Junta de Andalucía sin cobertura presupuestaria. Se ven afectadas así las normas reglamentarias y legales que se relacionan a continuación.

Legislación general.

- Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía Artículo 38.2 : "Los créditos autorizados en los estados de gastos del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía tienen carácter limitativo y vinculante, de acuerdo con su clasificación orgánica, por programas y económica a nivel de artículo. Por tanto, no podrán adquirirse compromisos de gasto por cuantía superior a su importe, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que infrinjan esta norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar' (...)".

Otro argumento de descargo es que las distintas irregularidades advertidas se refieren a expedientes que se tramitaron con anterioridad a la fecha en que él accedió al cargo de Viceconsejero de Innovación, motivo por el que nada se le puede reprochar.

Tampoco esta alegación puede tener favorable acogida. A pesar de que los expedientes examinados eran anteriores a su nombramiento como Viceconsejero y a pesar de la información sobre las graves irregularidades, se concediendo las ayudas por el mismo sistema ilegal.

125.2 Prueba del elemento subjetivo de los tipos aplicados.

En el motivo quinto del recurso, con apoyo en los argumentos de descargo a que hemos hecho referencia anteriormente, se considera que no hay prueba alguna de los elementos subjetivos exigidos en los tipos de prevaricación y malversación.

Se sostiene que la hipótesis fáctica de la sentencia es tan abierta que en su seno cabe también la tesis de la defensa relativa al total desconocimiento de la ilegalidad, tanto del proceso de presupuestación como de la concesión y gestión de las ayudas sociolaborales. Al respecto se alega que las sesiones en que se discutían los proyectos normativos no eran muy largas (4 horas) y en ese tiempo no era posible profundizar en aspectos como los aquí analizados, que esos proyectos contaban con el informe favorable de la Intervención, que intervino en estos procesos después de que llevaran implantados 4 años y que el contenido que predica la sentencia del Informe Adicional de 2003 es incompatible con el que podría deducir un espectador imparcial. Su contenido no se corresponde con el que la sentencia de instancia ha establecido.

No nos identificamos con la tesis de la defensa. La información que se deriva de las pruebas de cargo permite afirmar el conocimiento de las ilegalidades. Las inferencias probatorias establecidas en la sentencia impugnada no son abiertas porque todas las pruebas aludidas confluyen en el hecho de que el Sr. Virgilio conoció las ilegalidades. La hipótesis alternativa no es admisible. A pesar de las distintas alertas y pese al contenido de los documentos que llegaban a IDEA de distintas instancias que advertían de graves irregularidades, se siguieron firmando convenios y efectuando pagos.

Conviene hacer dos precisiones: De un lado, que no es admisible una lectura sesgada del informe de 2003. El cuerpo de dicho Informe se refería no a simples irregularidades formales sino a gravísimas ilegalidades que daban lugar como conclusión a que se prescindió totalmente del procedimiento establecido y de todo control, razón por la que años después se está procediendo a la declaración de nulidad de los expedientes y a su revisión de oficio. De otro lado, el Informe en cuestión alertaba de que no se acreditaba el interés público para la concesión de las ayudas, ni había solicitud, ni se acreditaba posteriormente el destino de las ayudas, entre otras ilegalidades. Por lo tanto, el Informe permitió conocer que se dispuso de los fondos públicos al margen de todo interés público.

125.3 Consideraciones finales

Hemos dicho en anteriores fundamentos que el control del juicio probatorio que procede, cuando se invoca la lesión de la presunción de inocencia, consiste, al margen del análisis de legalidad en la producción, práctica y aportación de las pruebas, en verificar la existencia de prueba de cargo, su suficiencia y la racionalidad de su valoración.

En cuanto a la suficiencia, el canon de valoración obliga a que la hipótesis acusatoria quede acreditada más allá de toda duda razonable, situación que no se producirá cuando la prueba de cargo no tenga un caudal informativo de calidad y contenido suficiente y cuando se hayan aportado hipótesis de descargo que resulten atendibles o razonables y que, por ello, debiliten la solidez de la tesis acusatoria.

Pues bien, no puede olvidarse que la forma de abordar el análisis del juicio probatorio no puede hacerse aislando cada prueba para determinar si individualmente tiene o no suficiente información incriminatoria. Por el contrario, tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala venimos insistiendo en esta clase de impugnaciones el análisis debe realizarse atendiendo al conjunto probatorio, sin que sea admisible fragmentar o disgregar esa valoración, ni considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado. No cabe desagregar los distintos medios de prueba ni la línea argumental de la resolución impugnada, sino que se exige una valoración de conjunto, porque sólo desde ese enfoque se puede apreciar la suficiencia del caudal probatorio y si la valoración se ajusta a parámetros de racionalidad.

Esa apreciación conjunta tiene si cabe mayor relevancia cuando se trata de prueba indiciaria, ya que una de las notas características de esta clase de prueba es que se precisan indicios plurales y en una misma dirección, de forma que los distintos indicios se refuercen entre sí y se vean corroborados por otros elementos de prueba objetivos para llegar a una razonable convicción.

Desde esa perspectiva, entendemos que el Tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente y la ha apreciado razonablemente. A la vista de las pruebas que se acaban de relacionar y ponderar, nada cabe objetar al criterio de valoración probatoria de la sentencia de instancia. La afirmación de que el Sr. Virgilio conocía que, en las modificaciones presupuestarias expuestas y en los Anteproyectos de Presupuestos correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, se hizo un uso ilegal de las transferencias de financiación, pues con ellas se dotó de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L, y que intervino en su desarrollo y aplicación contribuyendo a la efectiva concesión de cantidades dinerarias en forma de supuestas ayudas o subvenciones al margen de la normativa, es la única plausible y razonable.

Desde el año 2002 fue Viceconsejero de la Junta de Andalucía, primero de Justicia y Administración Pública y desde marzo de 2005 de Innovación, hasta abril de 2010. Compaginó también su cargo en Innovación con la vicepresidencia de IDEA. En el primer periodo y como miembro de la Comisión General de Viceconsejeros en el año intervino en el rechazo de un Proyecto de Decreto para regular el pago de las ayudas sociolaborales, que se discutió en la Comisión General hasta en tres ocasiones. Pero también intervino y tuvo noticia de la aprobación del Decreto el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, relativo al Reglamento General de Subvenciones, que prohibía el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y de las distintas leyes de acompañamiento de presupuestos en que se establecía con claridad la finalidad de dichas transferencias. Como Viceconsejero y miembro de la Comisión General de Viceconsejeros intervino en numerosos proyectos normativos que aludían a esta cuestión y tuvo que manejar las distintas normas aprobadas vigentes, desde la Ley General de la Hacienda Pública hasta las distintas normas aprobadas por la Consejería de Hacienda, que de forma reiterada advertían de la finalidad de las transferencias de financiación y de la normativa aplicable a las subvenciones. A pesar de todo ello, esas normas fueron desconocidas.

También como Viceconsejero participó en los grupos de trabajo de alto nivel que analizaban, para cada anteproyecto de ley de presupuestos, entre otras cuestiones, la ejecución y desviaciones del presupuesto del ejercicio y como vicepresidente de IDEA y miembro de su Consejo Rector tuvo acceso a los distintos informes (de cuentas anuales y de cumplimiento) en los que se daba cuenta de las ilegalidades que se producían en la gestión y pago de las ayudas, tales como la indebida intervención de la agencia como entidad colaboradora, la ausencia de expedientes, el pago de ayudas por encima de la cobertura presupuestaria o la contabilización indebida de las transferencias de financiación como gastos de explotación.

Y, por último, en IDEA se recibió el trascendental informe de cumplimiento de 2003, que incorporaba el informe provisional en el que se relataban todas las ilegalidades que han dado lugar a la ilegal disposición de fondos, al margen de cualquier control y procedimiento, según han confirmado los peritos de la IGAE, que ratificaron su informe en el juicio oral. A partir de su contenido nada cabe objetar a que el tribunal de instancia, valorando la declaración del Sr. Virgilio, no haya dado crédito a que le comunicaran la existencia del informe pero que no le diera importancia y ni accediera a su contenido simplemente porque no contenía instrucción alguna en relación con la agencia. Ya hemos argumentado que las ilegalidades sobre las que informaba eran de suma gravedad y afectaban de modo directo a IDEA en la medida en que ejecutaba un procedimiento de pago de subvenciones al margen de toda legalidad.

Por todo lo expuesto, la condena que se impugna en este motivo por los delitos de prevaricación y malversación ha sido establecida mediante la valoración razonable de prueba de cargo suficiente, por lo que no apreciamos la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia.

El motivo se desestima.

XXIII RECURSO DE DON Borja

Siguiendo el mismo orden expositivo que en recursos anteriores daremos contestación, en primer lugar, a los motivos por infracción de ley y, posteriormente, a los motivos en que se denuncia la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

126. Motivo por infracción de precepto constitucional: Vulneración del principio acusatorio.

En el apartado quinto de este recurso, por la vía casacional del artículo 852 de la LECrim se denuncia la vulneración del principio acusatorio así como del derecho a un proceso con todas las garantías por entender que la condena que se recurre en casación se ha pronunciado respecto de hechos que no fueron objeto de acusación ni de enjuiciamiento.

Este motivo ha sido objeto de respuesta en el fundamento jurídico tercero al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

127. Motivo por quebrantamiento de forma (artículo 851.1 de la LECrim) por falta de claridad de la sentencia, contradicción en los hechos y uso de términos que predeterminan el fallo.

El tercer motivo incluye una amalgama de argumentos jurídicos que resulta muy difícil de resumir e incluso de seguir su hilo conductor. Trataremos de resumir los argumentos centrales, reiterando lo ya dicho en los fundamentos jurídicos 63º y 64º, sobre el ámbito casacional del artículo 851.1 de la LECrim cuando se invoca como defecto formal de la sentencia su falta de claridad o la contradicción de su relato fáctico.

Anticipamos que las quejas que se formulan en este apartado del recurso no se corresponden con el ámbito propio del cauce casacional que se utiliza.

127.1 En su apartado primero se censura la sentencia por ser intrínsecamente contradictoria en relación con el delito de malversación y deduce esa contradicción del hecho de que la Magistrada instructora exigiera a los acusados fianza por la totalidad de las ayudas concedidas y, sin embargo, no hiciera lo propio con los beneficiarios de las ayudas. Si hubo malversación las cantidades deberían haber sido reintegradas y se debería haber exigido ese reintegro a los beneficiarios. También resulta contradictorio que no se haya perseguido como cooperadores necesarios a las compañías aseguradoras que sirvieron de vehículo necesario para efectuar los pagos e incluso que el perjudicado, la Junta de Andalucía haya tenido posiciones contradictorias sobre la reclamación de perjuicios, ya que en primer lugar sólo reclamó indemnización por los llamados "intrusos" y posteriormente por la totalidad de las ayudas.

El reproche no puede ser acogido favorablemente.

Lo que se denuncia no es una contradicción semántica en los hechos probados de la sentencia, que es a lo que debe limitarse este motivo de casación. Lo que se afirma como contradictorio es la actuación de la Juez de Instrucción en la exigencia de fianzas o el comportamiento procesal de la Junta de Andalucía, cuestiones que nada tienen que ver con el motivo de casación en el que se enmarcan esas quejas que, en consecuencia, no pueden ser atendidas.

127.2 En el segundo apartado del recurso, en un extenso alegato se insiste una vez más en la incorrecta aplicación normativa realizada respecto del régimen aplicable a las ayudas sociolaborales.

El motivo abunda en la idea de que desde el inicio de la instrucción se han confundido las ayudas reguladas en las órdenes de 05/10/1994 y 05/04/1995 y, a partir de ese error, en el informe de los peritos de la Intervención General del Estado se sostiene que las ayudas no se ajustaban a la Orden de 1994 cuando tal Orden no se refería a las ayudas objeto de investigación, sino la Orden de 1995. Los peritos consideraron que existía un sistema propio de ayudas de la Junta de Andalucía sin tener siquiera en cuenta la Orden de 1995.

La conclusión que se expone en el motivo es que el informe pericial de la IGAE no puede servir de soporte a la condena que ahora se impugna y tampoco para afirmar, como equivocadamente hace la sentencia, que el procedimiento de concesión de las ayudas fue opaco por falta de publicidad, ya que la publicación de la Orden cumplía con la exigencia de publicidad.

Por último, en el apartado tercero se denuncia la existencia de errores conceptuales sobre la validez jurídica de las transferencias de financiación como instrumento presupuestario para pago de las ayudas sociolaborales y la validez de control financiero como procedimiento de fiscalización y control.

Como puede advertirse a partir del contenido de este motivo su hilo conductor no hace referencia a un vicio formal de la sentencia, singularmente de su relato histórico, sino a una discrepancia con los criterios normativos de la resolución combatida relativos al régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales, cuestión que se reitera en todos los motivos de este recurso y que hemos abordado en anteriores fundamentos jurídicos, a los que nos remitimos. Pero esa queja nada tiene que ver con el cauce casacional que se utiliza para su formalización.

Debemos suponer, porque el motivo no lo precisa, que se censura de algún modo la falta de claridad de la sentencia y hemos de recordar que, según constante doctrina de esta Sala, la falta de claridad es un vicio interno del relato fáctico de la sentencia que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impidan conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS 483/2013, 536/2016, de 17 de junio, 9/2017, de 18 de enero y 578/2018, de 21 de noviembre). A nada de esto alude el motivo.

127.3 En cuanto a la predeterminación del fallo parece deducirse del motivo que un error inicial en la apreciación del marco normativo aplicable a las ayudas sociolaborales ha ido arrastrándose desde el inicio y ha condicionado el fallo de la sentencia. Al margen de que esa alegación es inconsistente, porque la determinación del marco normativo no ha sido producto de un error sino de un estudio reflexivo, singularizado y preciso de toda la normativa, el argumento impugnativo nada tiene que ver con el motivo casacional.

También atendiendo a un criterio constante de este tribunal y como recuerda, entre otras, la STS 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la LECrim prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales. O en palabras de la STS 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico. Para que haya predeterminación del fallo es necesario que en el relato fáctico se hayan utilizado expresiones técnicas en sentido jurídico. La doctrina de esta Sala incluye las siguientes: a) expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común; c) expresiones que tengan valor causal respecto al fallo; d) y que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

La queja, en consecuencia, se desestima.

128. Motivo por infracción de ley: Ausencia de antijuridicidad de la conducta en base al régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales.

En este apartado se alega el tribunal de instancia ha errado en la determinación del marco jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales a que se refiere este procedimiento. La equivocación de la sentencia de instancia ha conducido a asumir también de forma errónea los argumentos del Ministerio Fiscal y la tesis sostenida por los peritos de la IGAE, obviando cualquier otro argumento defensivo. El error que aquí se denuncia lesiona el principio " iura novit curia" y el principio " da mihi facta, dabo tibi ius".

Este primer motivo de este recurso se divide en seis apartados.

(i) En el apartado A se hace una extensa relación de las normas aplicables en la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la competencia para la concesión y ejecución de las ayudas sociolaborales y en el segundo apartado (B), complementario del anterior, se sostiene que las ayudas concedidas por la Consejería de Empleo no estaban sujetas a la legislación sobre subvenciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía sino a lo dispuesto en las órdenes del Ministerio de Trabajo de 05/10/1994 y de 05/04/1995, haciendo depender de la aplicación de estas normas la atipicidad de la conducta enjuiciada.

Esta cuestión ya ha sido extensamente contestada en el fundamento jurídico quinto, al que nos remitimos, reiterando que la citada Comunidad Autónoma era titular de la competencia de fomento que le permitía la concesión de estas ayudas con cargo a sus presupuestos y también la competencia para su regulación, por lo que las ayudas en cuestión se regían por la normativa autonómica sobre subvenciones.

(ii) En el apartado C se censura las conclusiones de la sentencia en lo tocante al régimen jurídico aplicable a las transferencias de financiación, de las que se afirma que no sólo eran instrumento para cubrir el déficit de explotación de la empresa pública, y se sostiene que el control financiero permanente aplicables a las mismas era un instrumento de fiscalización adecuado y suficiente.

Sobre estas cuestiones también nos hemos pronunciado en los fundamentos jurídicos sexto a noveno, rechazando ambos planteamientos.

(iii) En el apartado D se sostiene que las ayudas concedidas a empresas que la sentencia considera ajenas a la materia sociolaboral fueron concedidas al amparo del Decreto 24/2001, de 13 de febrero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las PYMES. En el recurso se detallan las ayudas concedidas con esa cobertura normativa.

De una forma un tanto desordenada, se vuelve a reiterar el marco normativo aplicable a las ayudas y que el procedimiento que se siguió para su pago, a través del Convenio Marco de 17/07/200, fue el mismo que seguía el Ministerio de Trabajo y se censura que la sentencia afirme la opacidad del procedimiento seguido cuando era público y notorio, ya que lo conocían todos los cargos de la administración autonómica, trabajadores, empresas que solicitaban las ayudas, sindicatos, abogados especializados en la materia y jueces de lo social, etc.

(iv) En el apartado E la defensa arguye que los hechos no son constitutivos de delito porque su actuación era legal y la falta de antijuridicidad excluye la comisión del delito.

Como bien puede comprenderse este planteamiento parte de una premisa que no compartimos y que conduce inevitablemente a su rechazo, la legalidad del procedimiento seguido para la concesión de las ayudas.

(v) Y, por último, en el apartado D se censura la sentencia en relación con la condena por el delito de malversación.

Con cita de la STS 914/2012, de 29 de noviembre, en la que se establece la inexistencia del delito en caso de la retención de fondos públicos para atender gastos no presupuestados, sin someterlos a fiscalización administrativa, vinculando la tipicidad a la exigencia de dar a los caudales público un uso ajeno a la función pública. Se afirma que la sentencia de instancia sigue un criterio contrario y no tiene justificación que si todas las ayudas fueron constitutivas de malversación no se haya traído al procedimiento a las 6.500 personas que resultaron beneficiadas y que no se reclama en el proceso su restitución. Por el contrario, la Junta de Andalucía sigue concediendo las ayudas lo que es exponente de la incoherencia y contradicción en que incurre la sentencia.

Esta objeción también ha sido analizada en el capítulo VII de la sentencia (Fundamentos Jurídicos 31º a 42) que damos por reproducidos.

Por lo expuesto el motivo se desestima.

129. Motivo por infracción de ley (artículo 849.2 LECrim): Error en la valoración de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

El segundo motivo refiere una serie de errores palmarios en el relato fáctico de la sentencia que se entienden acreditados con suficiencia por el contenido de determinados documentos.

A continuación analizaremos cada una de las alegaciones formuladas en este motivo, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 67º.2a cerca del estrecho campo de revisión que autoriza el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 de la LECrim.

129.1 El primer error facti al que se alude es la afirmación de que las ayudas concedidas eran un sistema complementario al establecido en la Orden del Ministerio de Trabajo de 05/10/1994. Se afirma que tales ayudas se regulaban por la Orden de 05/04/1995 y la Junta de Andalucía no creó un nuevo tipo de ayuda, sino que concedió las que ya existían en la legislación estatal.

Se considera acreditado ese error por el informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía a la discrepancia formula por don Mariano al informe de fiscalización de la Intervención Delegada respecto de la ayuda concedida a la empresa HIJOS DE ANDRÉS MOLINA SA (PPRI\TOMO - 49, PDF 3, Folios 18.769 y ss.), En dicho informe se declara que la Junta de Andalucía no tenía competencia para la concesión de subvenciones en materia laboral y que las ayudas se regían por la citada Orden de 05/04/1995. Se argumenta que la sentencia confunde la forma con el fondo y el que con posterioridad se pretendiera regular la concesión de las ayudas no cambia el hecho de que éstas no eran competencia autonómica y que el cambio de procedimiento de concesión, amparado en las competencias de auto organización de la Comunidad Autónoma, no alteraba su naturaleza.

Frente a lo expuesto, el documento citado no es acreditativo del error denunciado en la medida en que el informe exterioriza una opinión, de las muchas que se han vertido en el juicio sobre el régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales y está en contradicción con otras pruebas que se han practicado en relación con esta cuestión.

Según la doctrina de esta Sala, el documento acreditativo del error invocado no debe estar en contradicción con otros documentos o pruebas ya que en tal caso nos situaríamos en un problema de valoración probatoria, que excede del limitado ámbito de este motivo de casación.

Por otra parte, la cuestión central de este proceso, por lo demás común a todos los casos de prevaricación administrativa, ha sido la de determinar si la actuación de los acusados fue o no conforme a derecho y eso es lo que explica que en los hechos probados de la sentencia se haya realizado una puntal mención de la normativa existente antes de que se concedieran las ayudas objeto de litigio para contextualizar los hechos. Pero esa mención es en buena medida irrelevante porque la determinación del régimen jurídico aplicable a las ayudas es una cuestión de orden estrictamente normativo y no fáctico y la sentencia dedica un buen número de sus extensos fundamentos jurídicos a determinar el régimen jurídico aplicable.

Por lo tanto, ni el documento acredita el supuesto error fáctico que se proclama ni la determinación del régimen jurídico aplicable a las ayudas es una cuestión de orden fáctico que resulte acreditada por uno de los muchos informes que han sido examinados por el tribunal de instancia.

Se desestima la queja.

129.2 Como segundo error fáctico se dice que el proyecto de decreto realizado por la Consejería de Empleo en año 2000 fue una transposición de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1995 y que de su contenido se deduce que dicha Consejería tenía competencia para la regulación del procedimiento a seguir en la concesión de las ayudas previstas en las Órdenes del Ministerio de Trabajo de 1994 y 1995.

Frente a semejante planteamiento debe indicarse que el proyecto de Decreto no acredita por sí mismo el régimen jurídico aplicable ni las competencias relativas a la concesión de ayudas sociolaborales. La afirmación de que el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía carecía de competencia, que ciertamente se hace en el relato fáctico de la sentencia, deriva de la interpretación de la normativa entonces vigente.

La queja se desestima.

129.3 Se invoca como tercer error que las Órdenes de 01/04/2011 y 13/03/2012, a las que se alude en el hecho probado vigésimo primero, corroboran que las ayudas sociolaborales se regían por la normativa estatal a la que antes se ha hecho mención y no por la normativa sobre subvenciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El dato fáctico que se cuestiona no hace sino referir la aprobación de las órdenes aludidas pero las conclusiones o inferencias que pueden deducirse de la aprobación de esas normas sobre el régimen jurídico anterior son cuestiones de orden jurídico y no fáctico. Lo que se cuestiona, una vez más es la interpretación jurídica que la sentencia hace del régimen jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales y dicho régimen no se deriva de la publicación de una norma posterior o de la formulación de proyectos de una orden o de un decreto sino del análisis jurídico de la normativa aplicable.

Por tanto, el recurso pretende introducir incorrectamente por la vía del artículo 849.2 de la LECrim aspectos problemáticos cuyo único encaje casacional es la infracción de ley y por ese cauce ya han sido debidamente contestados.

La queja se desestima.

129.4 En el cuarto apartado del motivo se censura el hecho probado vigésimo segundo en el que se detallan las cantidades aprobadas en los distintos proyectos de presupuestos para atender las ayudas sociolaborales y en el que se declara que tales ayudas se concedieron sin publicar unas bases reguladoras, sin registrarse en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía, sin convocatoria pública. Además, se eleva a la categoría lo que fue una excepción, la existencia de personas que cobraron ayudas sin ser trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial.

El reclamante estima, de acuerdo con su particular criterio sobre el régimen jurídico aplicable, que no se precisaba más publicidad que la propia orden por la que se regulaban las ayudas y que algunas conclusiones fácticas de la sentencia son discutibles pero lo cierto es que ninguna de las afirmaciones de la sentencia a las que se alude resultan contradichas por documento alguno.

Las cantidades presupuestadas son las que se señalan en la sentencia, las ayudas no tuvieron la publicidad que se indica y hubo ayudas que se concedieron a personas sin cumplir con los presupuestos establecidos para su concesión y no se identifica documento alguno literosuficiente que acredite el error de estas afirmaciones.

La queja se rechaza.

129.5 En el quinto apartado se denuncian los errores valorativos de la pericial jurídica de la Intervención General del Estado.

La corrección o no de un informe y las conclusiones que de él se deriven son cuestiones de valoración probatoria ajenas al cauce casacional elegido en el que no es posible reevaluar la prueba sino combatir errores del juicio histórico que se deduzcan directamente de documentos obrantes en autos. Además, no se identifica documento alguno que sirva de contraste para afirmar el error del juicio histórico y se pretende una reevaluación de la prueba lo que excede de los estrechos límites del motivo de casación previsto en el artículo 849.2 de la LECrim.

La queja se desestima.

129.6 En el sexto apartado se insiste una vez más en la vigencia y aplicación de la Orden de 05/04/1995 y se estima que la mención que a ella se hace en el hecho probado cuarto es incorrecta.

Ya hemos señalado la mención a estas normas es meramente contextual, con el objeto de precisar cuál era el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales en la Administración del Estado. Ese dato no tiene mayor recorrido en cuanto se limita a precisar la existencia de esas normas. Pero, además de todo ello, se trata de un dato que carece de relevancia alguna para modificar el fallo de la sentencia ya que la ilegalidad de las resoluciones que han sido calificadas como prevaricadoras no deriva del régimen normativo existente con anterioridad a la concesión de las ayudas sociolaborales sino del régimen normativo existente al momento de su concesión.

A partir de esta queja inicial, que carece de relevancia alguna en el pronunciamiento de la sentencia, el motivo se extiende en la crítica a la argumentación jurídica de la sentencia en relación con extremos como la falta de publicidad, la determinación de quien era beneficiario de las ayudas, la falta de conocimiento de la concesión de las ayudas por el Consejo Rector del IFA y otras cuestiones, todas ellas vinculadas con argumentaciones jurídicas o fácticas ajenas a este motivo de impugnación.

No se señala documento alguno acreditativo de un error fáctico y ni siquiera se invoca ese error, ya que lo que se censura son algunos de los argumentos jurídicos que la sentencia de instancia desgana en su extensa fundamentación.

La queja se rechaza.

129.7 Los siguientes apartados del motivo (7º a 11º) tienen un planteamiento similar. A partir de la afirmación de que las ayudas sociolaborales venían reguladas por la Orden de 1995 del Ministerio de Trabajo y Seguridad. Se insiste en que las conclusiones fácticas que se incluyen en la fundamentación jurídica son erróneas.

La premisa de la que parte ese razonamiento no es atendible. Según hemos razonado extensamente las ayudas sociolaborales se regían por la normativa sobre subvenciones de la Junta de Andalucía por lo que todo el andamiaje argumental de estos apartados cabe por su base.

Por otro lado, la censura no va dirigida al juicio histórico. No se denuncia error en los hechos probados sino en la fundamentación jurídica de la sentencia. En efecto, los distintos apartados del motivo casacional no cuestionan hechos sino argumentos jurídicos e inferencias probatorias que el tribunal de instancia ha deducido tanto de las distintas normas aplicables como de la valoración conjunta de la prueba y que en modo alguno quedan desvirtuadas por documentos concretos. Además, no se mencionan documentos concretos acreditativos de un error fáctico.

Por tanto, ni se cuestionan los hechos esenciales que se contienen en el juicio histórico ni se menciona un concreto documento acreditativo de un error en ese juicio histórico, razón por la que la queja no puede ser atendida. Lo que se pretende a través de estos apartados del motivo es cuestionar la valoración de la prueba e incluso los razonamientos jurídicos de la sentencia y ambas pretensiones exceden del estrecho ámbito del motivo casacional establecido en el artículo 849.2 de la LECrim.

El motivo, en consecuencia, se desestima en su totalidad.

130. Motivos por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el cuarto motivo se censura la sentencia de instancia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, conforme a lo que autorizan los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim y para dar respuesta a este reproche seguiremos el mismo orden expositivo que en motivos anteriores en los que se ha formulado la misma queja.

130.1 Legitimación para formalizar y mantener el recurso.

El Sr. Borja ha sido condenado como autor de un delito de prevaricación continuado en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de la cuantía .

Se da la circunstancia de que al tiempo de la formulación del recurso de casación ha quedado acreditado su fallecimiento, si bien sus sucesores han comparecido ante esta Sala manteniendo el recurso.

Para situaciones como la que aquí acontece hemos que "el fallecimiento del recurrente, aunque se trate de la parte pasiva del proceso penal con lo que eso comporta (art. 115 LECrim) no aboca al decaimiento de su recurso. Puede ser sostenido por sus herederos: argumento ex art. 854 LECrim . (...) Por lo demás se ha procedido en la

forma que ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC) para esa sucesión procesal que se ha producido mediante la comparecencia en forma de los herederos". (STS 286/2020, de 4 de junio).

Por tanto, el recurso mantiene su vigencia y los sucesores del Sr. Borja están legitimados como parte activa. 130.2 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

En el motivo al que ahora damos respuesta en realidad no se refuta de forma directa la valoración de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal de instancia, sino que se exponen diversas alegaciones exculpatorias que, a juicio de la defensa, obligan a la revocación de la condena.

Por esa razón y en la medida en que no se censura el juicio probatorio, sino el juicio de tipicidad el motivo está abocado al fracaso.

No obstante, para dar cumplida respuesta al motivo y, al igual que hemos procedido en otros recursos, haremos una relación de las pruebas de cargo tomadas en cuenta por el tribunal de enjuiciamiento, contestaremos a las objeciones planteadas y realizaremos, por último, una valoración final al objeto de determinar si la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia tiene fundamento.

La sentencia de instancia, una vez valorada de forma conjunta la prueba aportada por la acusación, ha concluido que el Sr. Borja "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Disponiendo de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Las pruebas que soportan esa afirmación han sido las siguientes:

(i) El Sr. Borja fue Director General de Trabajo y Seguridad Social desde el 6 de octubre de 1999, hasta el 29 de abril de 2008, coincidiendo en el tiempo con distintos condenados que ostentaron otros cargos en la Consejería de Empleo en la que estaba integrada aquella Dirección General. Y como consecuencia de ese cargo fue también durante el mismo periodo vocal del Consejo Rector de IFA /IDEA. La prueba documental así lo acredita.

Sus competencias venían determinadas por la Ley 9/2007, de 22 de octubre y por la Ley que precedió a ésta, así como por los Decretos reguladores de la estructura orgánica de la Consejería de Empleo (Decreto 244/2000, de 31 de mayo, Decreto 102/2003, de 15 de abril, Decreto 203/2004, de 11 de mayo y Decreto 118/2008, de 29 de abril). Sus competencias en el Consejo Rector del IFA se establecían en el Decreto 122/1987, de 6 de mayo.

Por razón de su cargo asistía a los consejos de dirección de la Consejería de Empleo y como vocal del Consejo Rector del IFA asistió a un número muy significativo de reuniones de dicho Consejo (Prueba de cargo 1).

En relación con sus atribuciones competenciales debe recordarse que la disposición de los fondos era una competencia atribuida al titular de la Consejería de Empleo, de modo que para que, como Director General de Trabajo, pudiese disponer de los mismos era necesaria una delegación de competencias por el titular de la Consejería; delegación expresa que no se produjo hasta la Orden de 3 marzo de 2010, es decir, no se produjo mientras ostentó el cargo.

(ii) Participó en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de los años 2000 y 2001. (Prueba de cargo 2)

Sobre esta cuestión ya hemos dicho que en esas modificaciones presupuestarias se introdujo indebidamente el uso de las transferencias de financiación y en las modificaciones de 18/04/2000 y 28/07/2000 lo que se hizo fue reducir la partida 481, que era la utilizada para el pago de subvenciones e incrementar la partida 440.01 para realizar las transferencias de financiación.

(iii) Para poder utilizar la aplicación presupuestaria de las transferencias de financiación firmó las propuestas de documentos contables AD de dichas transferencias y firmó las propuestas para llevar a cabo dichas transferencias. También firmó las Memorias justificativas de las órdenes de pago de las transferencias efectuadas de 2001 a 2003. (Prueba de cargo 3).

Estas dos pruebas evidencian que el fallecido, no solamente intervino en la fase de instauración de las transferencias de financiación, sino que participó de forma directa del indebido uso de las mismas con el objeto de llevar a cabo pagos con cargo a tal programa presupuestario 22E (posteriormente, 31L).

(iv) Firmó el Convenio Marco de 19/07/2001 por el que se encomendaba al IFA la gestión del pago de las ayudas y numerosos convenios particulares que lo desarrollaban (Prueba de cargo 4, numerada incorrectamente como 3).

En la mayor parte de los convenios se hacía constar expresamente como cláusula separada que la documentación acreditativa de la ayuda obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y que era conforme con la misma (Prueba de cargo 8, con numeración incorrecta).

En su declaración sumarial afirmó lo siguientes sobre esta cuestión:

... "que las explicaciones que le dieron al declarante tras la elaboración del Acuerdo Marco fueron muy concretas (...) a partir de ese momento todo se iba a realizar por convenios particulares con el IFA bajo el paraguas del Acuerdo Marco y que además la partida presupuestaria 31L se incorporaría al PAIF del entonces IFA que sería quien gestionaría todos los pagos mediante la firma de esos Convenios particulares. Que el PAIF tenía que ser

nuevamente aprobado por la Intervención General y por el Consejero de turno de la Consejería de Economía y Hacienda".

El tribunal de enjuiciamiento declaró que numerosos convenios de colaboración constan documentalmente acreditados en las actuaciones y, entre ellos, a título de ejemplo y por ser uno de los primeros que se suscribieron, el convenio de colaboración de 19 de julio de 2001, suscrito por Don Mariano como Presidente del IFA (en ese tiempo además era Viceconsejero de Empleo) y el Sr. Borja, en su condición de Director General de Trabajo, por el que se encomendaba al IFA la gestión del otorgamiento de ayudas a extrabajadores de la empresa HIAMSA, por un importe máximo de 170 millones de pesetas, todo ello con cargo a la partida presupuestaria 440 del programa 22E (PRI/tomo 21/Pdf 8344/página 28 y siguientes).

El hecho de que firmase en los convenios particulares, en su condición de Director General de Trabajo, no implica, sin embargo, que fuese él la persona que decidiese las empresas beneficiarias y la cuantía de las ayudas. Generalmente las decisiones las adoptaban quienes en cada momento ocuparon los cargos de Consejero de Empleo y Viceconsejero. Prueba de ello la encontramos en la gestión realizada el 10/01/2003 por el entonces Delegado Provincial de Empleo de la Provincia de Cádiz, don Domingo, quien tras recibir una carta con la petición de ayuda económica del alcalde de Chiclana, se la remitió al entonces Viceconsejero de Empleo y Presidente del IFA, Sr. Mariano, carta que éste remitió al recurrente, como Director General de Trabajo, para que "en base al Convenio suscrito con I.F.A., se le apruebe la subvención que solicita al igual que en otros casos similares" (Ppri, tomo 25, 9547-9574, página 21 del pdf).

Por otra parte, el hecho de que en los convenios se dijera que la documentación exigida para la concesión de la ayuda permanecía en la Dirección General no supone que tal documentación fuera la exigida y necesaria.

Los distintos técnicos de la Junta de Andalucía que trabajaron en la elaboración de informes reservados incorporados al procedimiento pusieron de manifiesto el desorden de la documentación, así como su insuficiencia y dispersión.

En el mismo sentido, doña Rocío, quién fue secretaria Sr. Borja, en el acto del plenario explicó que los expedientes se formaban "metiendo en un archivador AZ los papeles que le iba dando el director general de trabajo".

Y también la testigo doña Encarnación, personal externo contratado por la Dirección General de Trabajo con el objeto de "poner orden" -sic- en relación con el descontrol habido con la concesión de las ayudas, manifestó en su declaración sumarial de 02/02/2012, ratificada en el plenario que

"(...) le sorprendía la circunstancia de que no se diera importancia a la 'situación legal de los beneficiarios', y que no se pudiera verificar la 'legitimidad de derechos' de empresas, trabajadores beneficiarios (...). El descontrol era total. Que, si bien para las ayudas sociolaborales se contaba con la base de los datos de las propias aseguradoras, en lo relativo a las ayudas a empresa no había un listado a donde recurrir para saber lo comprometido, lo pagado hasta el momento, y lo pendiente. Lo anterior hacía imposible cualquier control de las empresas beneficiarias, de las cantidades pagadas y de las pendientes".

(v) Dio traslado y conocimiento al Consejo Rector del Convenio Marco y de los convenios particulares en la sesión del 23/07/2001 (Prueba de cargo 5)

(vi) Elaboró las Memorias justificativas de las distintas modificaciones presupuestarias. La sentencia describe a modo de ejemplo la correspondiente a la modificación de 26/06/2001 (Prueba de cargo 6).

El valor probatorio de tales pruebas de cargo es indiscutible, por cuanto demuestra que participaba en los trabajos relativos a la tramitación de las diferentes modificaciones presupuestarias, proponiendo al Secretario General Técnico el uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440 del programa 22E.

(vii) Como responsable de los programas presupuestarios 22E y 31L ponía de manifiesto las necesidades a cubrir a efectos de los borradores de los anteproyectos de presupuesto de la Consejería (Prueba de cargo 7).

Recordemos, en este punto, que, a partir del año 2002, ya no fue necesario acudir a las modificaciones presupuestarias, por cuanto en los Anteproyectos y Proyectos de Ley de Presupuestos se introdujo el uso de las transferencias de financiación en el programa 31L. La inclusión de las transferencias de financiación en los Anteproyectos de Presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004, constituyó una suerte de evolución del sistema de concesión de ayudas ilegales, pues hasta ese momento se habían estado usando las modificaciones presupuestarias.

(viii) Fue el directo responsable, a la vista de la documentación analizada, de que las ayudas sociolaborales se aprobaran sin sujeción a procedimiento alguno (Prueba de cargo 8- numerada incorrectamente como 6).

(ix) Generalizó la expedición de certificaciones ad hoc para que los beneficiarios de las ayudas prometidas las presentaran para su descuento o para la concesión de líneas de crédito con entidades bancarias, a las que el Director General comunicaba que se les había dado una subvención que se calificaba de "específica", "incondicional" o "irrevocable" (Prueba de cargo 9).

(x) Generó los déficits del IFA/IDEA al contraer anualmente obligaciones por encima de los créditos presupuestarios aprobados (Prueba de cargo 10).

(xi) Ordenó, dando órdenes directas a las compañías de seguros y mediadoras, destinar a otras pólizas las cantidades que le habían sido transferidas por IFA/IDEA, generaba un mayor déficit, en este caso oculto a la

contabilidad del ente, puesto que se detraían fondos de pólizas que para dicho ente ya habían sido abonadas total o parcialmente (Prueba de cargo 11)

Este déficit creciente era el que después se trataba de paliar con las transferencias presupuestarias, incluso, acudiendo a otros Programas del presupuesto de la Consejería de Empleo (lo que, a su vez, generaba un déficit presupuestario), lo que requería la actuación y concurso de los distintos cargos de la Administración.

(xii) Tuvo conocimiento del Informe Adicional de Cumplimiento del IFA de 2003, según reconoció en su declaración judicial (Prueba de cargo 12)

(xiii) La sentencia recoge literalmente su declaración judicial en la que describe cómo se gestó el nuevo sistema de concesión de subvenciones debido a los reparos que la Intervención Delegada puso en las ayudas a Cárnicas Molina, que se podían repetir en otras crisis empresariales coetáneas como las de Santana Motor, Astilleros Bahía de Cádiz o Faja Piritica de Huelva (Prueba de cargo 13).

Es cierto que el fallecido hizo uso de su derecho a no declarar durante el juicio. Sin embargo, sus declaraciones sumariales fueron válidamente introducidas en el plenario conforme a las previsiones del artículo 714 de la LECrim por lo que la Audiencia Provincial ha valorado como prueba de cargo las declaraciones prestadas en fase sumarial.

El tribunal de enjuiciamiento dio crédito a esas declaraciones justificando su criterio en que fueron más cercanas en el tiempo a los hechos, concretas y precisas (pues se refieren datos y fechas que concuerdan con la documental obrante en autos, tal y como sucede, por ejemplo, con sus manifestaciones en relación con la empresa BILORE -declaración de fecha 7 de marzo de 2012-) y, finalmente, porque se prestaron ante el Juez de instrucción y con respeto al derecho de defensa, en la medida en que estuvo presente su abogado. Además, firmó los soportes documentales donde se recogieron las declaraciones.

El criterio del tribunal es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Venimos reiterando, en congruencia con la doctrina del TEDH (Vid STEDH Caso Murray de 8.6.96 y Caso Condrom de 2.5.200 y STC 137/98, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio)", que no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por parte del tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión, o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado, habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial. La lícita y necesaria valoración del silencio del acusado como corroboración de lo que ya está acreditado es una situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas ya practicadas (STS 14 de noviembre de 2005).

Por otra parte, hemos proclamado de forma constante, en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que el silencio no puede entenderse como una retractación respecto de las declaraciones previas prestadas en fase sumarial y tampoco constituye un supuesto semejante a los casos en que el testigo que ha declarado en la instrucción no puede declarar en el juicio, supuestos en los que cabe la introducción de la declaración sumarial mediante lectura, conforme a los artículos 714 y 730 de la LECrim. Sin embargo, es admisible que también en el caso de silencio durante el juicio se pueda acudir a la aplicación del artículo 714 de la LECrim, para que el acusado tenga oportunidad de manifestarse sobre lo entonces declarado y valorar esa declaración como un medio de prueba más (STC 284/2006 de 9 de octubre y SSTS 830/2006 de 21 de julio; 1276/2006 de 20 de diciembre; 203/2007 de 13 de marzo; 3/2008 de 11 de enero; 25/2008 de 29 de enero; 642/2008 de 28 de octubre y 30/2009 de 20 de enero, entre otras).

Aplicando al caso la doctrina que se acaba de citar, la declaración a que nos venimos refiriendo ha sido especialmente destacada en la sentencia porque evidencia el origen del cambio de presupuestación y la finalidad que se persiguió al adoptar el nuevo criterio.

El Tribunal de instancia destaca el siguiente fragmento de la declaración prestada el 07/03/2012:

"5) ¿Cuál era el procedimiento para concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas que se utilizaba antes del Acuerdo Marco de 17 de julio de 2001 y cuáles eran las disposiciones legales que lo amparaban?

Manifiesta que no recuerda las disposiciones legales, pero recuerda que justo a la semana de entrar en la Dirección General, tuvo una primera reunión para solucionar la problemática de los trabajadores de Cárnicas Molina. Había un acuerdo tácito de que a estos extrabajadores había que ayudarles (...). El declarante coge la parte final de estas negociaciones, (...). Que los pagosempiezan a hacerse mediante una resolución de la misma Consejería, si bien el declarante no recuerda quien la dictaba en aquel momento, si el Consejero, el Viceconsejero o él mismo como Director General; los pagos se hacían por la Consejería de Trabajo con el visto de la Intervención Delegada que fiscalizaba todos los pagos que se hacían. Pero llega un momento en que en el último pago de este expediente dicha Intervención Delegada opuso reparo, a pesar de que previamente siempre había mostrado su conformidad.

6) Aparte del expediente de Cárnicas Molina ¿ocurrió en algún otro expediente algún hecho concreto, como en el expediente de Santana Motor, que motivara el cambio de sistema operativo o de trabajo existente hasta entonces?

Manifiesta que sí, que, en relación al expediente de Santana Motor, el mismo coincide con el momento de la finalización del pago de Cárnicas Molina. Que, en Santana Motor, al abandonarlo el grupo japonés, pasa a ser

una empresa perteneciente a la Junta de Andalucía en el 100 % de su capital social. En dicha sociedad, dado que los japoneses habían retirado parte de las licencias de la distribución y producción, había que hacer una reestructuración tremenda de personal, había que despedir a 600 personas y también había que reubicar a 400 personas en el parque de proveedores de la propia Santana. Por ello después de lo ocurrido en Cárnicas Molina, en la Consejería de Trabajo se tenía la preocupación que lo mismo que había ocurrido en Cárnicas Molina se extendiera a Santana Motor. Pero es que también estaba apuntando el tema de Astilleros, la Bahía de Cádiz e incluso la Faja Pirítica de Huelva. Por consiguiente, ante esta situación y lo que había ocurrido en Cárnicas Molina (...) le transmiten al declarante que había que dotarse de un sistema operativo con los propios medios de la Consejería de Empleo (ya que el IFA pertenecía por aquel entonces a dicha consejería), pues era una preocupación de la Junta de Andalucía, que conocía todos estos temas, el mantenimiento de la 'paz social' ".

... "que las explicaciones que le dieron al declarante tras la elaboración del Acuerdo Marco fueron muy concretas (...) a partir de ese momento todo se iba a realizar por convenios particulares con el IFA bajo el paraguas del Acuerdo Marco y que además la partida presupuestaria 31L se incorporaría al PAIF del entonces IFA que sería quien gestionaría todos los pagos mediante la firma de esos Convenios particulares. Que el PAIF tenía que ser nuevamente aprobado por la Intervención General y por el Consejero de turno de la Consejería de Economía y Hacienda".

(xiv) En su declaración judicial desmintió que el nuevo sistema de concesión de ayudas tuviera por finalidad agilizar el pago de las ayudas (Prueba de cargo 14).

En la declaración sumarial de 07/03/2012 dijo:

..."¿Por qué Vd., Calixto, y en definitiva la Consejería de Empleo y la propia Junta de Andalucía por aquello del mantenimiento de la 'paz social' extendieron e impulsaron la idea generalizada de que la Junta de Andalucía era la que iba a asumir el coste bien total o en su mayor parte de las prejubilaciones de los trabajadores despedidos colectivamente en las empresas, cuando ello es una obligación del propio empresario?

Que las ayudas a las prejubilaciones con carácter general era un criterio impuesto por la Junta de Andalucía. Que en uno de los apartados de la Memoria en las Fichas Presupuestarias estaban incluidas las ayudas a las prejubilaciones. Que estas ayudas para prejubilaciones venían pactadas previamente con las centrales sindicales. Que en aquellos momentos no vio mal dicho criterio. Que la Junta de Andalucía implantó el criterio con carácter general, y sin hacer distinciones, previa la concertación social. Que no había ningún criterio para conceder o no ayuda a las prejubilaciones, aunque la ayuda se entregaba después de arduas negociaciones. Siempre se veía los mimbres de la empresa, que capacidad tenía de avanzar en el futuro, si era mejor 'cortar un brazo que el cuerpo entero'".

(xv) La sentencia da por reproducidas las irregularidades advertidas en los expedientes analizados en el Informe Adicional de Cumplimiento de 2003 (Prueba de cargo 15).

Sobre este Informe conviene recordar su conclusión 5ª, que según los peritos que declararon en el juicio la muestra analizada (20) era extensible a todos los expedientes:

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

(xvi) En este capítulo de pruebas de cargo se incluye el Informe realizado por la firma PRICE WATER HOUSWE COOPERS en el que se analizaron 16 subvenciones con una cuantía global de 11.416.454 euros y en el que se recogen también numerosas irregularidades (Prueba de cargo 16, sin numeración).

La Sala destaca el siguiente fragmento que, por su relevancia al efecto, también reproducimos:

"En el período comprendido entre los años 2002 a 2008 la DGT y SS, siendo Director General D, Borja, concedió a las empresas objeto del presente informe 16 subvenciones por importe de 11.416.454 euros, de las que se han pagado 6.556.324 euros y está aún pendiente de pago 4.860.000 euros. (ver cuadros 1 a 5)

Las entidades objeto del presente informe tienen en común su vinculación entre ellas y con D. Santiago y a D. Cornelio. Estas entidades han estado íntimamente interrelacionadas compartiendo accionistas y órganos de administración (ver cuadro 6, 7 Y 8). En algunos casos, los pagos de subvenciones de varias de ellas han sido ingresados en la misma cuenta bancaria.

(...) Todas las sociedades objeto del presente informe tienen varias características comunes (Ver cuadro 9): Se constituyeron con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones.

Tienen escaso patrimonio propio (en muchos casos el mínimo legal).

Salvo Matadero de la Sierra Morena, S.A. y su filial Al Ballut, S.L., el resto de sociedades carecen de sustancia económica, más allá de las funciones de sociedades holding o de mera tenencia de valores.

Con la excepción de Matadero de la Sierra Morena, S.A. el resto de sociedades beneficiarias carecen de trabajadores.

No depositan cuentas en el Registro Mercantil o lo hacen con retraso.

En algunos casos, las entidades beneficiarias no reflejan en sus cuentas anuales las subvenciones recibidas.

Todas las subvenciones concedidas la DGT y SS a estas sociedades lo han sido bajo la modalidad de subvenciones excepcionales.

No consta que haya habido solicitud de subvención por parte de las beneficiarias, ni figura ningún documento de las mismas (memoria, proyectos, presupuestos etc.) Tampoco consta que haya habido procedimiento, actuación o evaluación, alguna previa a la concesión de las subvenciones.

Las resoluciones de concesión son muy escuetas. En varios casos, se limitan a un solo párrafo en donde se indica el importe, la partida presupuestaria y el concepto 'subvención específica e incondicionada'. Las subvenciones no concretan las condiciones que usualmente aplican a entidades beneficiarias: Mantenimiento de un cierto nivel de empleo, de fondos propios, de actividad, realización de inversiones etc.

En la mayoría de los casos las subvenciones se refieren al apoyo a Planes de viabilidad presentados por las entidades (que no constan expedientes) como solución de crisis empresariales con pérdida de empleo, o proyectos que generen empleo y refuercen el tejido industrial. Aunque salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar.

En la mayoría de los casos, están específicamente dirigidas a una zona con alto nivel de desempleo como es la Sierra Norte de Sevilla.

En algunos casos, especialmente en algunos Convenios con IDEA, se plantean dudas en lo que respecta a la entidad beneficiaria, ya que en el expositivo se dice que la entidad nominalmente beneficiaria actúa, o está facultada para actuar, en representación de una multiplicidad de empresas o de un sector.

En muchos casos, se han concedido varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos.

No figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones.

Todos los pagos a las entidades beneficiarias se han efectuado a través de Convenios con IDEA (IFA). En los propios Convenios, la DGT y SS expresa conformidad con la documentación presentada por la beneficiaria y autoriza directamente al pago".

(xvii) La sentencia hace referencia al Informe pericial de la IGAE en relación con la ausencia de análisis económicos para la concesión de las ayudas, y cita expresamente como ejemplo lo ocurrido con las ayudas concedidas a la mercantil RIO GRANDE (Prueba de cargo 17).

En este Informe se asevera:

"No consta en los expedientes examinados la existencia de ningún análisis económico que ponga de manifiesto si estas ayudas, en sí mismas, eran procedentes en atención a las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente a las obligaciones asumidas por la Junta".

El informe pericial de la IGAE, que fue debidamente ratificado en el acto del plenario por los peritos actuantes, quienes expusieron que las ayudas fueron concedidas, pese a que no constaba, en los expedientes examinados, ningún análisis económico realizado por la Consejería de Empleo sobre las eventuales circunstancias de los beneficiarios; en particular, en orden a determinar si la empresa tenía o no capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta, a través de tales ayudas. A ello, se añade que, una vez concedidas las ayudas, no existió ningún tipo de control relativo a su destino. (En el FJ 33.3º de esta sentencia se puede leer una extensa mención del contenido del Informe de los peritos de la IGAE).

En esta misma dirección debe destacarse la declaración prestada por don Borja, en el Juzgado de Instrucción, de fecha 7 de marzo de 2012, en la que afirmó lo siguiente:

"¿Se cercioró Vd. a través de la documentación económica de cada empresa, antes de concederle la ayuda sociolaboral, que la misma no podía hacer frente a tales prejubilaciones? Que normalmente se intentaba ver la situación de la empresa, pero por el criterio general anteriormente expuesto, no era un elemento a tener en cuenta".

Como exponente de esta situación la sentencia hace alusión otra vez a las manifestaciones del Sr. Borja en las que afirmó que

" en el caso de Río Grande, había una plantilla muy mayor, y que había que hacer una regulación para estas personas. Que a Río Grande se le concedió, porque lo solicitó. Que se podría haber visto a través de la información de la Agencia Tributaria la situación económica favorable de esta empresa, pero no se pidió, porque no se pedía con carácter general, ya que la idea generalizada era ayudar para las prejubilaciones".

La declaración, por tanto, corrobora las conclusiones de los peritos de la IGAE. Las ayudas se concedían sin el correspondiente análisis económico de las empresas beneficiarias.

(xviii) Fue el autor de los borradores del proyecto de Decreto para regular las ayudas sociolaborales, que se elevó en tres ocasiones a la Comisión General de Viceconsejeros y que finalmente no fue aprobado (Prueba de cargo 18 y 19).

El Proyecto de Decreto se realizó en la misma Consejería y tenía por título "Proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza".

En su Preámbulo se señala:

"Con esta disposición se pretende articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas ayudas a favor de ciudadanos que pierdan su puesto de trabajo por cualquier proceso de los previstos en la legislación vigente, excepción hecha de la extinción voluntaria, y que imputándose a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, se cuente con fondos en cada ejercicio presupuestario".

El Proyecto de Decreto fue objeto de informe por el Interventor General de la Junta de Andalucía, quien, en el ejercicio de sus competencias, realizó diversas observaciones, que pusieron de manifiesto la inadecuación del mismo para el fin al que se había ideado. En concreto, recomendó que se acompañase la memoria económica y funcional, para así determinar cuál era la aplicación presupuestaria afectada; recomendó que la norma reguladora de la concesión fuese una orden, dejando al Decreto el establecimiento de la línea de ayudas; y, en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento de Andalucía, como entidad colaboradora, recomendó que se estableciese así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública.

El Sr. Borja aludió a esta cuestión en su declaración sumarial afirmando:

"los borradores se le entregaron al Viceconsejero (...) que los llevaba a los Consejillos, y nunca tuvieron respuesta respecto a los mismos. Que el Viceconsejero le manifestó en una ocasión que los había expuesto en el Consejo y que los Viceconsejeros 'no terminaban de verlo'. En concreto el declarante hizo tres borradores de órdenes y dos borradores de decreto. No le dijeron nada más".

La relevancia de la participación del reclamante en la elaboración del Proyecto de Decreto radica en que, de acuerdo con el texto del Preámbulo que acabamos de citar, se evidencia que era conocedor de la inexistencia de un proceso reglado para la concesión de las ayudas que se estaban concediendo. Pues en caso contrario, no habría necesidad de promulgar Decreto alguno en el que asegurar los principios de objetividad, concurrencia y objetividad, es decir, no habría necesidad de regular un proceso para la concesión de tales ayudas.

(xix) Los fondos de la partida 31L se emplearon para fines distintos de los recogidos en las correspondientes fichas presupuestarias (Prueba de cargo 20)

- Convenio firmado el 26 de septiembre de 2003, por Don Severiano, como Consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180.304 euros para la realización de cursos on line, en el marco del programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería. En relación con este convenio, en fecha 2 de febrero de 2005, dirigió escrito al IFA autorizando un pago por importe de 90.152 euros.

- Protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de fecha 14 de abril de 2005, que supuso el abono, a la entidad CENFORPRE, de 491.424,43 euros, mediante la suscripción de póliza de rentas y de capital, en la que figuraba como beneficiario Andrés, todo ello, con ocasión de la financiación de una campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales.

- Convenio colectivo de 2006 que se materializó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPASA, S.A. y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276.222,24 euros. Todo ello, con el fin de financiar las subidas salariales de los trabajadores de aquellas empresas que pusieron fin a la "conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada".

- Múltiples convenios de colaboración celebrados entre la Dirección General de Trabajo y distintos ayuntamientos, con objetos diversos y por diversas cuantías, en los años 2002 a 2005. Entre ellos, cabe destacar los siguientes, a los que también se refiere el Informe de la IGAE:

- Financiación de campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales que supuso el abono a CENFORPRE de 491.424,43 euros - Financiación de las subidas salariales de trabajadores de FCC SA, FCC Medio Ambiente SA y CESPASA SA, como consecuencia de la suscripción de un convenio colectivo que puso a una situación de conflictividad laboral en 2006 por importe de 276.222,24 euros.

- Colaboración en la financiación de dieciséis muestras de artesanía en 16 municipios, 14 de ellos regidos por el PSOE. - Ayuda al Ayuntamiento de Guadalcanal por importe de 342.576,87 euros para financiar dos ferias y un encuentro regional. - Ayuda al Ayuntamiento de Camas por importe de 60.101,21 euros para un proyecto de

dinamización empresarial - Ayuda al Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera por importe de 24.000 euros para la celebración de una Feria de Muestras - Tres ayudas al Ayuntamiento de Coria del Rio por importe total de 462.171 euros para financiar dos ferias y un proyecto de viabilidad empresarial - Ayuda al Ayuntamiento de La Barca de la Florida de 18.000 euros para una feria de muestras - Ayuda al Ayuntamiento de La Puebla del Rio por importe de 78.130 euros para la implantación de un programa de prevención de riesgos laborales - Ayuda al Ayuntamiento de Santi Ponce por cuantía de 30.050,61 euros para una feria de artesanía

- Convenios de colaboración celebrados entre la Dirección General de Trabajo y la FUNDACIÓN SAN TELMO, a través de los cuales se concedieron ayudas por importe total, al menos, de 1.192.000 euros, para el pago de los respectivos "Curso de Alta Dirección de Instituciones" habidos en las ediciones de 2004, 2005 y 2006, y a 40 personas, en las de 2009 y 2010. Respecto de estos últimos convenios la Consejería de Empleo el 29 de diciembre de 2011 inició el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de las ayudas concedidas por apreciarse la "ausencia de trámites inequívocamente imprescindibles que constituyen el contenido mínimo e irreductible del procedimiento (...)".

(xx) Intervino junto con don Severiano y don Mariano, Consejero y Viceconsejero de Empleo respectivamente, en la decisión de sustraer del conocimiento del Consejo Gobierno las subvenciones por cuantía superior a 1.200.000 euros, a cuyo fin a partir de la reunión del Consejo Rector del IFA /IDEA DE 28/01/2003 la cuantía de las ayudas se calculó no por el importe concedido a la empresa sino por el importe singular que recibía cada trabajador.

130.3 Argumentos impugnativos.

Este extenso motivo inicia su andadura denunciando incongruencia omisiva porque la sentencia impugnada no ha valorado las pruebas de descargo aportadas por la defensa.

Sin embargo, no se identifican esas pruebas de modo que no podemos analizar si la queja tiene algún fundamento. Pero al analizar el desarrollo argumental del motivo advertimos que su arquitectura no se refiere a la valoración de la prueba sino a cuestiones jurídicas, ajenas al juicio probatorio.

Lo que en el recurso se identifican como pruebas de descargo, en realidad son argumentos jurídicos que pretenden situar el marco normativo de las ayudas sociolaborales en un escenario distinto al que establece la sentencia impugnada. El motivo, en realidad, no combate el juicio probatorio, sino el marco jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales, que es una cuestión ajena al ámbito de conocimiento del motivo de casación al que ahora damos respuesta.

Como hemos dicho, se alega que ha habido incongruencia omisiva. Ciertamente esa alegación está formalmente mal planteada dado que debería haberse utilizado a tal fin la vía casacional del artículo 851 de la LECrim y no la del artículo 852 pero, con independencia de ello, tampoco es admisible porque la sentencia de instancia dio cumplida respuesta desarrollando hasta doce argumentos diferentes para rechazar la tesis jurídica de la defensa.

Se argumenta que en el FJ. 45 el tribunal a quo no realiza un juicio de subsunción individualizado de cada uno de los condenados, sino genérico, circunstancia que, a su juicio, supone la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de infracción del deber de motivación.

Semejante alegación no puede ser acogida dado que la subsunción de los hechos en los tipos penales debe realizarse de forma general lo que no excluye que la concurrencia de concretos elementos típicos deba analizarse aisladamente en función de la prueba aportada respecto de cada acusado.

La sentencia ha realizado con suficiencia tanto el juicio de tipicidad como el juicio de valoración probatoria, por lo que nada cabe objetar a la sentencia sobre este particular.

En relación con el delito de prevaricación se insiste en que el marco jurídico aplicable a las ayudas sociolaborales no era la normativa de subvenciones aprobada por la Junta de Andalucía sino el establecido en las Órdenes del Ministerio de Trabajo de 05/04/1994 y 05/04/1995. De acuerdo con esta norma y con los Decretos de traspaso de competencias el Director General de Trabajo era competente para su concesión y el procedimiento de concesión estaba sujeto a criterios de discrecionalidad. A partir de estos argumentos se estima que no hubo prevaricación.

Se trata de alegaciones a las que ya hemos dado amplia respuesta en el fundamento jurídico quinto, que reiteramos.

En relación con el delito de malversación de caudales públicos se argumenta que (i) Las cantidades presupuestadas se destinaron a finalidades públicas por lo que no cabe tampoco subsumir los hechos en el delito de malversación de caudales públicos; (ii) Ningún instrumento jurídico ha paralizado el pago de las ayudas concedidas por lo que la sentencia contraviene el principio de legitimidad democrática, base de nuestra organización política. El Parlamento ha aprobado el uso de las transferencias de financiación y el pago de las ayudas y cómo los parlamentarios no pueden prevaricar, tampoco las autoridades administrativas que ejecutan la decisión legislativa; (iii) Se insiste en la legalidad del uso de las transferencias de financiación y (iv) Se estima vulnerado el principio de igualdad en la medida en que se sanciona en Andalucía lo que es perfectamente válido a nivel estatal;

Estos argumentos reproducen alegaciones a las que también hemos dado amplia respuesta en los fundamentos jurídicos en los que hemos analizado en extensión el juicio de tipicidad del delito de malversación.

En ambos casos los reproches se alejan del contenido necesario de este motivo de casación, en el que únicamente puede censurarse el juicio probatorio de la sentencia.

El motivo se desestima.

130.4 Consideraciones finales.

Aun cuando la argumentación del motivo debe rechazarse por las razones que acabamos de exponer, resulta obligado, como en otros recursos y atendiendo a la voluntad impugnativa, determinar si la prueba aportada por la acusación se caracteriza por su suficiencia y por la racionalidad de su valoración.

El Sr. Borja fue el principal protagonista de la puesta en funcionamiento y ejecución del programa de ayudas sociolaborales, por lo que puede concluirse, como señala la sentencia impugnada, que "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados, disponiendo de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Las pruebas aportadas por la acusación acreditan con suficiencia esas inferencias.

- Fue desde el 6 de octubre de 1999 hasta el 29 de abril de 2008, Director General de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General integrada en la Consejería de Empleo;

- Intervino directamente en la génesis del nuevo sistema de presupuestación que tuvo su origen en los reparos que ponía la Intervención Delegada a los anticipos que realizó el IFA. Así lo reconoció en su declaración mencionando los problemas con la Intervención habidos en las ayudas concedidas a Cárnicas Molina y los previsibles problemas que se podían producir con otras empresas como SANTANA MOTOR, FAJA PIRÍTICA DE HUELVA o ASTILLEROS;

- Intervino en la génesis del proyecto de Decreto del año 2000 que pretendía dar un marco regulatorio a las ayudas sociolaborales;

- Firmó los documentos contables expedidos para ejecutar los pagos;

- Firmó el Convenio Marco de 2001 así como numerosos Convenios particulares que sirvieron formalmente para dar cobertura a los pagos; Intervino en la elaboración de las Memorias acompañadas a las modificaciones presupuestarias y a los anteproyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, proponiendo y admitiendo el uso de las transferencias de financiación a pesar de que éstas no podían utilizarse para el pago de subvenciones;

- Generalizó la generación de certificados que indicaban la concesión en firme de la subvención para que el beneficiario pudiera anticipar su cobro mediante descuento bancario, generando con ello un déficit oculto en el IFA/IDEA; - Una vez implantado el sistema, la concesión de las ayudas se llevó a cabo al margen de todo procedimiento mínimamente estructurado y así consta por distintas declaraciones testificales así como por el Informe pericial de la IGAE;

- Reconoció haber tenido noticia del Informe Adicional de Cumplimiento del IFA de 2003 donde se hacía relación de las gravísimas deficiencias en la tramitación de los expedientes, así como el Informe realizado por la firma PRICE WATER HOUSWE COOPERS, por una cuantía global de 11.416.454 euros, sobre 16 expedientes de subvenciones que él concedió, y en el que también se hacía relación de las muy graves deficiencias advertidas; las partidas presupuestarias se utilizaron también para fines ajenos a los establecidos en las correspondientes fichas presupuestarias, en cantidades millonarias.

Este conjunto de pruebas, cuyo contenido ha sido descrito en los párrafos anteriores, acredita con suficiencia el pleno conocimiento, tanto de la ilegalidad del sistema de presupuestación implantado, como de la ilegalidad del procedimiento seguido en la concesión y pago de las ayudas laborales. No sólo eso. Firmó los convenios que daban cobertura formal a los pagos, ordenaba los pagos y era la persona que gestionó las subvenciones al margen de todo control e incumpliendo de modo total y absoluto los presupuestos legales y garantías establecidas en la ley.

Por lo tanto, la culpabilidad del Sr. Borja ha sido establecida a partir de prueba de cargo suficiente y rectamente valorada.

El motivo se desestima.

XXIV RECURSO DE DON Amadeo

El orden de respuesta de los distintos motivos de este recurso será el mismo que el seguido en los demás recursos. En primer lugar, daremos contestación a el motivo resuelto en el trámite de cuestiones previas (5º), después a los motivos por infracción de ley (2º, 3º y 4º) y, por último a los motivos por vulneración de derechos fundamentales (1º y 6º).

131 Motivo por vulneración de derecho constitucional: Lesión del principio acusatorio.

En el quinto motivo, invocando el artículo 852 de la LECrim, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la vulneración del principio acusatorio y el derecho a un proceso con todas las garantías por cuanto la concesión y pago de las concretas ayudas concedidas quedaron expresamente excluidas del procedimiento y, pese a ello, en la sentencia de instancia se ha establecido como base fáctica de la condena por malversación de caudales públicos la utilización de las partidas presupuestarias en fines ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias y en otros fines diversos.

Esta queja ya ha sido analizada y desestimada en el fundamento jurídico tercero al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

132. Motivos por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 432 del Código Penal .

En el segundo motivo de este recurso se alega que los hechos probados de la sentencia de instancia no determinan que el Sr. Márquez dispusiera de los fondos públicos vinculados al programa 31 con fines ajenos al fin público al que estaban destinados, es decir, que sustrajera o consintiera la sustracción con ánimo de lucro de los caudales públicos.

El motivo desarrolla la tesis de que la subsunción jurídica realizada en la sentencia de instancia es errónea al considerar sin más que la sola existencia de presuntas irregularidades en el procedimiento utilizado para allegar fondos al ente instrumental por parte de la Consejería de empleo, en la presupuestación o en el propio procedimiento de concesión de ayudas, conlleve la consecuencia inmediata y necesaria de la sustracción o desvío de la finalidad pública de dichas ayudas, lo cual ni es cierto, ni se ha probado, ni sobre todo, consta así determinado en los hechos probados de la Sentencia.

Con cita de la Exposición Razonada del Magistrado Instructor del Tribunal Supremo de 24/06/2015, se alega que el hecho de que se incumpliera el procedimiento de concesión no significa que todas las ayudas concedidas fueran improcedentes desde un punto de vista jurídico-material y que para sostener semejante afirmación habría de acudirse a cada subvención concreta y que el hecho de que las ayudas hayan sido concedidas no significa per se que hayan sido pagadas y en este caso no hay prueba ni de lo uno ni de lo otro.

Se reitera que las ayudas individuales fueron excluidas del enjuiciamiento y que, al ser el delito de malversación un delito de resultado, para condenar por ese delito se precisa concretar el destino efectivo dado a los fondos públicos. Incluso respecto de aquellas subvenciones a que se refiere el hecho probado vigésimo segundo (empleo de fondos a fines distintos de los consignados en las fichas presupuestarias) lo que determina la relevancia penal no es el desvío respecto de lo consignado en las fichas sino el desvío de la finalidad pública y así se evidencia de la absolución del don Patricio, pronunciamiento que evidencia una contradicción insalvable de la sentencia sobre este particular. No es óbice a esta afirmación el hecho de que otras personas no hayan podido beneficiarse de estas ayudas, por supuesta falta de publicidad en la concesión, ya que esta deficiencia no altera la finalidad pública a que se destinaron esas ayudas. No consta el necesario ánimo de lucro que debía presidir la conducta de los acusados, ya que no se identifican las personas o colectivos supuestamente beneficiados por los hechos calificados como malversación.

Pues bien, todas y cada una de las alegaciones que se contienen en este motivo casacional han sido contestadas extensamente en los fundamentos jurídicos 32º a 41º, en los que hemos dado cumplida justificación de la concurrencia de los elementos típicos del delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP lo que nos exime de reiterar nuestras explicaciones.

Los dos motivos se desestiman.

133. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal .

En el tercer motivo del recurso se formulan dos objeciones frente a la condena por el delito de prevaricación.

133.1 Se alega, al igual que en muchos otros recursos, en relación con la intervención en la elaboración de los proyectos de presupuestos de las anualidades en que fue Director General, que se trata de intervenciones sin contenido decisorio, en cuanto la elaboración de los presupuestos era competencia de la Consejería de Hacienda, a través de la Dirección General de Presupuestos y, dentro de su Dirección General, del Secretario General Técnico. Lo mismo cabe decir de las modificaciones presupuestarias que contaban, además, con el aval de la Intervención General.

Para dar respuesta a esta queja resulta necesario identificar las resoluciones que se atribuyen al Sr. Amadeo, ya que sobre este particular la sentencia dista de ser clara.

En efecto, en el fundamento jurídico cuadragésimo quinto, en el que se realiza el examen de la calificación jurídica, el tribunal de instancia menciona

como resoluciones penalmente típicas las del Consejo de Gobierno, Viceconsejeros, Consejeros de Empleo e Innovación, Director General de Presupuestos y también el Convenio Marco y los Convenios Particulares, pero guarda silencio sobre las resoluciones dictadas por los Secretarios Generales Técnico y por los Directores Generales de Trabajo.

En el caso del Sr. Amadeo, cuyo recurso encontró respuesta en el fundamento jurídico vigésimo noveno, se hace una relación extensa de los hechos que la Sala estima probados, si bien, como en el caso de todos los condenados, la sentencia de instancia utiliza una técnica incorrecta a la hora de describir los hechos, ya que en la fundamentación jurídica se declaran probados hechos que luego no se recogen en el relato fáctico.

Por lo tanto, para identificar las resoluciones dictadas ha de acudirse al relato fáctico y para comprender el juicio de subsunción normativa ha de acudirse a la fundamentación jurídica, en este caso, no la contenida en el fundamento jurídico destinado a la calificación general de los hechos (45º), sino a la contenida en el fundamento vigésimo noveno.

El relato fáctico y en relación con el delito de prevaricación individualiza su actuación en los siguientes hechos:

(i) Intervino, en su condición de Director General de Trabajo, en la elaboración, tramitación y aprobación del anteproyecto de presupuestos del año 2009, sin cambiar el proceder de los años anteriores .

(ii) Como miembro de un órgano gestor de la Consejería de Empleo propuso dos modificaciones presupuestarias aprobadas el 28/12/2008 y otra en 2009, aprobada el 01/12/2009. Se declara en el relato fáctico que el expediente de las modificaciones presupuestarias se iniciaba con una memoria del Director General de Trabajo (HP 4º B).

(iii) Sustituyó el sistema de convenios particulares y dictó resoluciones de órdenes de pago de IDEA de las subvenciones concedidas por su Dirección General, recogiendo en el cuerpo de la resolución que el expediente obraba en dicho centro directivo, ordenándose el pago por el Director General de IDEA. Estos expedientes no fueron sometidos a fiscalización previa, ni se recogieron en la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma andaluza. Aun cuando la documentación tramitada para estas ayudas tuviese mayor formalidad, se seguían produciendo los incumplimientos y deficiencias ya descritos en la concesión de estas ayudas.

La intervención del Director General como impulsor de las propuestas de modificación presupuestaria, a sabiendas de la ilegalidad del criterio seguido y de la finalidad ilícita que se perseguía con ello, así como el dictado de resoluciones de concesión y pago de subvenciones son resoluciones administrativas que cumplen las exigencias típicas del delito previsto en el artículo 404 CP. En los fundamentos jurídicos dedicados al análisis de la tipicidad del delito de prevaricación ya nos hemos pronunciado sobre la caracterización jurídico-penal de esta clase de resoluciones.

133.2 La segunda objeción se centra en la subsunción típica de los hechos en el delito de prevaricación administrativa. Se aduce que lo determinante para la afirmación del delito no es la existencia de irregularidades sino si se tuvo conocimiento de las mismas.

En la sentencia se destaca la relevancia del informe adicional al de cumplimiento de 2003 y el informe definitivo de 2004 pero, se dice, de tales informes que no tuvo conocimiento porque eran de fecha muy anterior a su nombramiento. Y también se alude a los expedientes de revisión de oficio, cuya tramitación fue posterior a su cese e incluso posteriores al inicio de las presentes actuaciones. Se señala que después de 2003 la Intervención de la Junta de Andalucía no realizó ningún nuevo informe y, en relación con las ayudas singulares se reitera que no han sido objeto de enjuiciamiento y que tanto la resolución de concesión como los convenios particulares articulados para su pago forman parte indisoluble de los expedientes de cada ayuda, por lo que la inadecuada presupuestación no puede ser elemento de cargo suficiente para imputar el delito de prevaricación.

Hemos reiterar, una vez más, que en los motivos de casación por infracción de ley, articulados al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, el análisis que nos corresponde sobre la subsunción normativa debe partir necesariamente de los hechos probados, que han de ser respetados de forma escrupulosa. En la medida en que no se atiende a ese presupuesto el motivo está abocado al fracaso y por esa razón la objeción a la que ahora damos respuesta no puede tener favorable acogida, ya que la sentencia afirma de forma redundante que todas las resoluciones dictadas tanto en el proceso de aprobación de los proyectos de ley como de las modificaciones presupuestarias se hicieron con conocimiento de los incumplimientos de la gestión presupuestaria y con la finalidad de evitar la fiscalización previa y de no tramitar los expedientes administrativos correspondientes de las subvenciones excepcionales. La existencia o no de conocimiento no es una cuestión relativa al juicio de tipicidad sino a la valoración probatoria y, por lo tanto, desborda los límites de este motivo de casación.

El motivo se desestima.

134. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del subtipo agravado del artículo 432.2 del Código Penal .

En el motivo cuarto se cuestiona la absoluta indeterminación de los hechos en orden a la aplicación del subtipo agravado, censura que se reitera en el motivo cuarto del recurso.

Con cita de algunos precedentes de esta Sala se sostiene que la agravante prevista en el artículo 432, apartado segundo del Código Penal, precisa acreditar la cuantía o valor de lo malversado y el daño o entorpecimiento producido al servicio público (STS 56/2020, de 18 de febrero).

A este respecto esta defensa argumenta que "en los hechos probados, en el factum o resultancia fáctica de la sentencia no se contienen, describen o incorporan los elementos precisos para que el juicio de subsunción efectuado no se resienta. Así y con respecto al importe o cuantía de la cantidad supuestamente malversada, ya hemos abordado en anterior motivo como la Sentencia de instancia no determina en modo alguno el importe de los fondos sustraídos y ello por cuanto el destino de las ayudas no ha sido objeto de enjuiciamiento , haciéndose referencia por ello únicamente al montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y 31L de los que se dispuso en el periodo temporal 2000-2009 para las ayudas y que fueron transferidos mediante transferencias de financiación a IFA/IDEA".

Si a ello se une el que no ha sido objeto de enjuiciamiento ni ha habido prueba alguna sobre el destino concreto de los fondos y las personas beneficiarias resulta imposible determinar el montante sustraído.

En relación con las cantidades dispuestas a un fin distinto del fijado en las fichas presupuestarias, se alega que el Sr. Amadeo no intervino en ninguna de tales operaciones, salvo la referente a la Fundación San Telmo, realizada en 2009, de la que no consta tampoco su cuantía o valor. Se añade, por último, que el factum no incorpora de forma expresa ninguna alusión específica al efecto o incidencia que la actividad malversadora pudiera haber

ocasionado en el servicio público, extremo que ni siquiera es precisado con suficiencia en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Este alegato ha sido contestado y desestimado en el fundamento jurídico cuadragésimo segundoal que nos remitimos para evitar reiteraciones.

El motivo se desestima.

135. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del principio de presunción de inocencia.

En el primer motivo del recurso, que se formaliza una doble queja por la vía casacional del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia demostrativa de cargo de su participación en los hechos por los que fue condenado y a ese efecto se refuta de forma individualizada cada una de las pruebas de cargo tenidas en cuenta por la el tribunal a quo para dictar sentencia condenatoria.

Seguiremos en nuestra respuesta el mismo esquema argumental que en los demás motivos que tienen el mismo objeto. Primero haremos una relación de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el tribunal de enjuiciamiento, después daremos respuesta a los argumentos impugnativos articulados en el motivo y, por último y a modo de resumen, argumentaremos lo procedente sobre la suficiencia de la prueba y sobre el discurso valorativo de la sentencia de instancia.

135.1 Pruebas de cargo valoradas en la sentencia impugnada.

Las pruebas de cargo tomadas en consideración por el tribunal de enjuiciamiento para llegar a su pronunciamiento de culpabilidad han sido las siguientes:

(i) Como hechos probados iniciales, que establecen el contexto en el que actuó el Sr. Amadeo, la sentencia impugnada identifica el cargo desempeñado y las funciones inherentes al mismo, toda vez que las ilegalidades analizadas en la sentencia se sitúan en el núcleo de las competencias propias de ese cargo.

La prueba documental acredita que fue nombrado Director General de Trabajo el 29/04/2008, cesando el 06/04/2010.

Sus competencias venían determinadas por le Ley 9/2007, de 22 de octubre y por la Ley que precedió a ésta, así como por los Decretos reguladores de la estructura orgánica de la Consejería de Empleo (Decreto 244/2000, de 31 de mayo, Decreto 102/2003, de 15 de abril, Decreto 203/2004, de 11 de mayo y Decreto 118/2008, de 29 de abril). Sus competencias en el Consejo Rector del IFA se establecían en el Decreto 122/1987, de 6 de mayo.

Por razón de su cargo asistía a los consejos de dirección de la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 1).

En los Consejos se trataba de la existencia de los conflictos que precedían a la concesión de las ayudas, así como de la necesidad de abordarlos, por parte de la Consejería de Empleo, pues así lo afirmó en el acto del plenario don Patricio, quien fue Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, desde el 14 de mayo de 2000 al 2 de mayo de 2004; Secretario General Técnico de la Consejería de Innovación, desde el 2 de mayo de 2004 al 1 de abril de 2010; y Director de Administración y Finanzas de la Agencia IDEA, desde el 1 de abril de 2010 hasta el mes de mayo de 2012).

(ii) Como Director General de Trabajo, firmó las propuestas de los documentos contables AD necesarios para utilizar la aplicación presupuestaria 440, "Transferencias de financiación a IFA", del programa 31L y las propuestas de acuerdo de transferencia al efecto. A título de ejemplo, la sentencia recurrida destaca diversas propuestas de documentos contables AD (hasta 6) y otras propuestas de acuerdo de transferencias (2) suscritas por el recurrente, todas ellas correspondientes al año 2009.

La relevancia de la prueba radica en que el Sr. Amadeo mantuvo el uso de las transferencias de financiación para la concesión de ayudas concretas, a pesar de que aquel instrumento presupuestario no era el adecuado para la concesión de subvenciones excepcionales y de que en la tramitación de las ayudas se habían omitido los requisitos legales al efecto.

(iii) Nada más tomar posesión de su cargo se encontró con los problemas que había dejado su antecesor, entre ellos, la falta de control, el total desconocimiento de las ayudas comprometidas, las reclamaciones de trabajadores y sindicatos ante la suspensión de los pagos por las aseguradoras, el incumplimiento de los plazos para el pago de las primas por parte de la Junta de Andalucía y las reclamaciones de los despachos profesionales por las minutas giradas por servicios prestados con anterioridad (Prueba de cargo 3).

(iv) Se valoró la declaración de la testigo Sra. Encarnacion, contratada para poner orden en todo este asunto, quien elaboró distintos informes que proporcionaron al acusado un conocimiento aproximado de los compromisos ya asumidos. También conoció las ayudas concedidas a dos empresas radicadas en la zona de Sierra Norte de Sevilla y cuyo propietario era el antiguo conductor personal de su antecesor, Felicísimo, ordenando la apertura de una información previa el 30/03/2009 (Prueba de cargo 4).

(v) Merced a la información que le proporcionó la mencionada testigo tuvo conocimiento de múltiples ayudas comprometidas y no pagadas. Le informó que la cuantía de la deuda era superior a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio (Prueba de cargo 5).

(vi) También por la misma fuente tuvo conocimiento de la existencia de pagos cruzados, así como de la inclusión como beneficiarios en pólizas de renta colectiva derivados de los expedientes de regulación de empleo de persona totalmente ajenas a la actividad de la empresa (Prueba de cargo 6).

(vii) Continuó concediendo las ayudas utilizando el mismo sistema que su predecesor, firmando nuevos convenidos con el Director General de IDEA, don Laureano, y repitiendo las mismas irregularidades que se habían detectado en el informe relativo a HISTASAL y relatados en el Informe Adicional de Cumplimiento del IFA de 2003. Se cita, a título de ejemplo, la ayuda concedida a AGLOMERADOS MORELL (Prueba de cargo 7).

(viii) En la elaboración del presupuesto de 2009 siguió utilizando una indebida partida presupuestaria mediante transferencias de financiación (Prueba de cargo 8).

(ix) Durante su mandato se tramitaron tres modificaciones presupuestarias que incrementaron la consignación de las transferencias de financiación a la agente IDEA dentro del programa 31L (Prueba de cargo 9).

La importancia de esta prueba debe vincularse a la señalada en los párrafos precedentes.

(x) La sentencia destaca que a partir de la recepción del Informe encargado al despacho GARRIGUES la tramitación de las ayudas mejoró cambiando algunas prácticas. Así se apreció en los expedientes una mayor documentación, una mejor justificación de la finalidad de las ayudas concedidas, si bien, al menos formalmente, se mantuvo el mismo sistema, ayuno de control (Prueba de cargo 10)

(xi) Hizo uso de "los pagos cruzados" (Prueba de cargo 11).

La Sala menciona la existencia de una carta, de fecha 2 de octubre de 2008 que dirigió a la mediadora VITALIA, por la que ordenó que se realizase un pago a favor de la póliza de la mercantil DHUL, a cuyo efecto ordenó que se retirase parte de la cantidad que se iba a remitir a la entidad aseguradora FORTIA VIDA, para el pago de la póliza de FUNDACIONES CAETANO.

Dada la relevancia de la prueba que se ha dado a esta prueba, reproducimos el texto íntegro de la carta:

"Le ruego que de la transferencia de 1.980.610,58€ que se va a remitir a FORTIA VIDA, referente al pago de la Póliza FUNDACIONES CAETANO, S.A, referente al pago de la póliza Seguros con FORTIA VIDA C.I.F Nº G60806338, a la cuenta corriente nº 2013.0066.23.0200713503 con cargo ala Póliza nº RS 0044500000908 y de CD0044500000909 a 919 cuyo tomador es FUNDACIONES CAETANO S.A con CIF A-41080144, ruego:

Se sirvan transferir la cantidad TRESCIENTOS CINCUENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS Y CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (350.693,43€) a póliza de FORTIA VIDA (PERSONAL LIFE) a favor de COMERCIAL ALIMENTARIA DHUL S.A c/c 2013 0066 20 0200701820, de la cual salió según las indicaciones de la carta de 3 de octubre de 2005, copia de la cual adjunto".

El mismo día 2 de octubre de 2008 el Sr. Amadeo envió a la Agencia IDEA la orden de pago por importe de 1.980.000 euros, a fin de que la Agencia abonara tal cantidad a la aseguradora FORTIA VIDA, para el pago de las ayudas relativas al convenio de FUNDACIONES CAETANO, S.A.

(xii) En la sentencia se consigna que ya en el proyecto de presupuestos de 2010 se hizo una correcta clasificación de la partida destinada a las ayudas sociolaborales, prescindiendo de las transferencias de financiación (Prueba de cargo 12).

(xiii) En la misma dirección que lo destacado en la prueba de cargo 10 se advierte una mejora en la tramitación de las ayudas en cuanto se eliminó el sistema de convenios sustituyéndolo por resoluciones (Prueba de cargo 13).

(xiv) La preocupación por disminuir o hacer menos visible el déficit de IDEA se advierte en la aparición de la firma del Viceconsejero, Domingo, en las órdenes de pago que firmaba.

Se destaca en la sentencia que, junto a lo anterior, se estableció el criterio de enviar copia de los convenios al Viceconsejero de Innovación, don Virgilio, de lo que infiere el tribunal de instancia que la finalidad de estos dos presupuestos fue asegurar el control y conocimiento del volumen de gasto asumido por las ayudas del programa 31L y que fuera conocido por los dos responsables de la Consejería de Innovación que, eran, a su vez, presidente y vicepresidente de la agencia IDEA (Prueba de cargo 14)

(xv) Tuvo conocimiento del informe encargado al despacho GARRIGUES que fue él mismo encargó el 08/07/2009 (Prueba de cargo 15).

Constan documentalmente acreditadas las memorias justificativas de los contratos de los encargos, firmadas por el acusado, así como las facturas correspondientes (PPRI\TOMO - 323\ folios 117212 y ss.).

Este Informe vio la luz el 22/10/2009 y a él se refiere extensamente el hecho probado decimoséptimo de la sentencia de instancia. En el Informe se advierte la absoluta ilegalidad del procedimiento seguido en la concesión de las ayudas sociolaborales desde el año 2000.

Según consta documentalmente se establecen las siguientes conclusiones:

- Las ayudas deben calificarse como subvenciones excepcionales. - Su concesión debe ser motivada en cada caso. - Su otorgamiento por el Director General de Trabajo precisa de una delegación por parte del Consejero de Empleo. - Se ha eliminado el trámite esencial de fiscalización previa. - Se ha omitido el requisito de su publicación en el BOJA y de su inscripción en la Base de Datos de Subvenciones de la Junta de Andalucía. - En su concesión

se debe observar un procedimiento, singularmente se debe cumplir con la exigencia de que el beneficiario esté al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. - Aun cuando el concepto al que se destinen sean las nóminas de los trabajadores el beneficiario es la empresa.

(xvi) Tras conocer el anterior Informe siguió concediendo las ayudas hasta que mediante Orden de 03/03/2010 se llevó a cabo la delegación expresa por parte del Consejero, publicada en el BOJA el 06/04/2010.

A título de ejemplo se citan las ayudas concedidas a las empresas IDIEL PRESS S.L mediante resolución de 21/12/2009 y a los extrabajadores de ASTILLEROS, mediante resolución de 18/02/2010 (Prueba de cargo 16).

(xvii) A pesar del contenido del Informe GARRIGUES mantuvo la opacidad del sistema y no publicó las ayudas que concedió en el BOJA, ni las inscribió en la base de datos de subvenciones (Prueba de cargo 17).

(xviii) Se ha valorado como prueba de cargo (número 18) la declaración de los profesionales que realizaron los informes encargados a la firma PRICEWATER HOUSE COOPERS en abril de 2009, don Amador y don Lucas.

En concreto, Don Lucas declaró que la propuesta de trabajo fue remitida al Sr. Amadeo en abril de 2009 y que el informe tuvo por objeto el examen del contenido de distintos expedientes de concesión de ayudas y la formulación de recomendaciones de actuación.

Lo expuesto quedó corroborado en el acto del plenario, pues constan en las actuaciones los documentos remitidos a la atención del Sr. Amadeo sobre las propuestas de asesoramiento jurídico, de fecha 29 de abril de 2009; la aceptación y firma de las propuestas y las correspondientes facturas, de fecha 19 de octubre de 2009; y los abonos de las mismas por la Junta de Andalucía, de fecha 1 de julio de 2010.

En la sentencia impugnada se hace concreta alusión a que los títulos que se dieron a los dos informes no hacían referencia al verdadero objeto de los mismos, pues el primero de los informes llevaba por título "Análisis y estudio de viabilidad de empresas complementarias del sector turístico", cuando en realidad tenía por objeto el estudio de las subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo a las entidades MATADERO DE LA SIERRA MORENA SA, TIERRA VIRGEN DE ALIMENTACIÓN, SL y AL-BALLUT DEHESAS DE CALIDAD, SL; y el segundo de los informes llevaba por título "Análisis y estudio de viabilidad de empresas del sector alimentario y productos locales para el desarrollo a la exportación", cuando en realidad tenía por objeto el examen de las subvenciones concedidas las entidades MARCO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS SIGLO XXI y MAESTRAZGO DE SEVILLA. Este hecho evidencia la opacidad de todo cuanto afectase al sistema de concesión de ayudas ilegales.

En este punto, conviene recordar que en ambos informes se hizo constar el siguiente texto, que es destacado por el propio Tribunal de instancia, y que, por su claridad en orden a reflejar la ilegalidad de las ayudas concedidas a aquellas mercantiles y entidades, también nosotros reproducimos:

"En el período comprendido entre los años 2002 a 2008 la DGT y SS, siendo Director General D, Borja, concedió a las empresas objeto del presente informe 16 subvenciones por importe de 11.416.454 euros, de las que se han pagado 6.556.324 euros y está aún pendiente de pago 4.860.000 euros. (Ver cuadros 1 a 5).

Las entidades objeto del presente informe tienen en común su vinculación entre ellas y con D. Santiago y a D. Cornelio. Estas entidades han estado íntimamente interrelacionadas compartiendo accionistas y órganos de administración (ver cuadro 6, 7 y 8). En algunos casos, los pagos de subvenciones de varias de ellas han sido ingresados en la misma cuenta bancaria.

Hay otras entidades vinculadas a las que son objeto del presente informe, que también han recibido subvenciones de la DGT y SS en el referido período, en particular Capital Andaluz de Desarrollo Económico, S.L. y Restaurantes Andaluces de Calidad, S.L.

Todas las sociedades objeto del presente informe tienen varias características comunes (Ver cuadro 9):

Se constituyeron con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones.

Tienen escaso patrimonio propio (en muchos casos el mínimo legal).

Salvo Matadero de la Sierra Morena, S.A. y su filial Al Ballut, S.L., el resto de sociedades carecen de sustancia económica, más allá de las funciones de sociedades holding o de mera tenencia de valores.

Con la excepción de Matadero de la Sierra Morena, S.A. el resto de sociedades beneficiarias carecen de trabajadores.

No depositan cuentas en el Registro Mercantil o lo hacen con retraso.

En algunos casos, las entidades beneficiarias no reflejan en sus cuentas anuales las subvenciones recibidas.

Todas las subvenciones concedidas la DGT y SS a estas sociedades lo han sido bajo la modalidad de subvenciones excepcionales.

No consta que haya habido solicitud de subvención por parte de las beneficiarias, ni figura ningún documento de las mismas (memoria, proyectos, presupuestos etc.) Tampoco consta que haya habido procedimiento, actuación o evaluación, alguna previa a la concesión de las subvenciones.

Las resoluciones de concesión son muy escuetas. En la varios casos, se limitan a un solo párrafo en donde se indica el importe, la partida presupuestaria y el concepto 'subvención específica e incondicionada'. Las subvenciones no concretan las condiciones que usualmente aplican a entidades beneficiarias: Mantenimiento de un cierto nivel de empleo, de fondos propios, de actividad, realización de inversiones etc.

En la mayoría de los casos las subvenciones se refieren al apoyo a Planes de viabilidad presentados por las entidades (que no constan expedientes) como solución de crisis empresariales con pérdida de empleo, o proyectos que generen empleo y refuercen el tejido industrial. Aunque salvo excepciones, las subvenciones no establecen el proyecto o las acciones concretas que se pretende subvencionar.

En la mayoría de los casos, están específicamente dirigidas a una zona con alto nivel de desempleo como es la Sierra Norte de Sevilla.

En algunos casos, especialmente en algunos Convenios con IDEA, se plantean dudas en lo que respecta a la entidad beneficiaria, ya que en el expositivo se dice que la entidad nominalmente beneficiaria actúa, o está facultada para actuar, en representación de una multiplicidad de empresas o de un sector.

En muchos casos, se han concedido varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos.

No figura en los expedientes controles o comprobaciones del uso efectuado por las entidades de los importes recibidos por las subvenciones.

Todos los pagos a las entidades beneficiarias se han efectuado a través de Convenios con IDEA (IFA). En los propios Convenios, la DGT y SS expresa conformidad con la documentación presentada por la beneficiaria y autoriza directamente al pago.

Con carácter general, se ha facilitado por parte de la DGT y SS el 'descuento' del importe de las subvenciones en entidades bancarias, bien aceptando 'endosos' o 'garantizando irrevocablemente' frente a las referidas entidades el pago de las mismas.

Las resoluciones de concesión de subvenciones a estas empresas por la DGT y SS deben entenderse como de ayudas para la creación y el mantenimiento del empleo, tanto por la motivación de las mismas, por el órgano que las concede, y por la partida presupuestaria a la que se carga.

Las resoluciones gozan de la presunción de legalidad, validez y eficacia plena de los actos administrativos, y son vinculantes para la Administración, pero solo en cuanto se cumplan todos los requisitos previstos en el mismo para un resultado conforme con el ordenamiento jurídico y no contrario a él.

Todas estas subvenciones deben entenderse condicionadas al cumplimiento de las acciones o actuaciones que motivaron la concesión de la subvención y del fin de interés público que se persigue es decir la creación y el mantenimiento del empleo.

Lo anterior aplica igualmente a las subvenciones pendientes de pago como a las ya satisfechas, debiéndose, caso de no cumplirse por los beneficiarios con las condiciones o finalidades establecidas, no proceder al pago de la subvención o instar su reintegro según proceda.

Este podría ser el caso, por ejemplo, de las entidades que han recibido subvenciones de explotación, como apoyo a planes de viabilidad, y luego no han tenido déficit.

En los casos que existan subvenciones que no clarifican suficientemente su objeto deberá hacerse una interpretación sistemática e integradora de todo el contenido de la misma, de manera a determinar las acciones u actuaciones susceptibles de ser consideradas incluidas en su ámbito, así como las condiciones a las que están sometidas, todo ello en consonancia con el interés público de creación o mantenimiento del empleo que se persigue, pudiendo dictarse las resoluciones aclaratorias que sean necesarias.

La expresión 'incondicionada' que figura en las resoluciones tiene que interpretarse en el sentido de que no depende de trámite adicional alguno, y no en el sentido de que no crea obligaciones para los beneficiarios, ya que ello sería contrario al concepto mismo de subvención establecido por el ordenamiento jurídico.

Todas las entidades deberán acreditar además de manera suficiente que han cumplido con las obligaciones derivadas de todas las subvenciones anteriormente concedidas y abonadas, y que no hayan sido objeto de comprobación por la DGT y SS.

(...) La expresión irrevocable, debe entenderse referida únicamente a que el pago, cuando se produzca, se hará en esa cuenta corriente, por lo que no afecta a la comprobación del cumplimiento de la finalidad por parte de la beneficiaria, que deberá ser probada".

(xix) Los fondos del programa 31L se siguieron destinando a fines distintos de los reflejados en las correspondientes fichas presupuestarias.

La sentencia cita subvenciones de este tipo concedidas durante el tiempo en que ejerció su cargo las siguientes:

- Curso de Alta Dirección de Instituciones (40 personas en 2009 y 2010)

- Plan formativo a la Fundación San Telmo. Consta un pago por resolución de 17/08/2009, destacando la sentencia que el 29/12/2011 la Consejería de Empleo inició un procedimiento de revisión de oficio de las ayudas concedidas a esta institución por apreciar "la ausencia de trámites inequívocamente imprescindibles que constituyen el contenido mínimo e irreductible del procedimiento..."

135.2 Alegaciones de descargo.

(i) En el motivo se resta valor a las pruebas 1 y 2, referentes a la asistencia a los consejos de dirección de la Consejería o al hecho de que firmara las autorizaciones de pago (documentos AD) y se dice que la intervención

del Sr. Amadeo no fue determinante en el proceso de formación de la voluntad del órgano decisorio, constituyendo las autorizaciones un acto de mero trámite, sometida a innumerables controles y a la decisión de múltiples órganos técnicos y políticos.

Frente a tal planteamiento resulta necesario destacar que la concesión y pago de las ayudas precisaba de su irremplazable contribución, ya que eran formalmente concedidas por él hasta el punto que, como veremos, durante su periodo de gestión se cambió la cobertura formal de la concesión, ya que hasta su llegada se firmaban convenios y durante su mandato se sustituyó el sistema de convenios y se empezó a dictar resoluciones (Prueba de cargo 13).

Entendemos que la firma de los documentos de pago, de los convenios que les sirvieron de cobertura así como de las resoluciones que el Sr. Amadeo dictó a partir de un determinado momento concediendo las subvenciones son resoluciones a los efectos del artículo 404 del Código Penal.

En el motivo no se niega la firma de los documentos, sino que puedan ser considerados resoluciones a los efectos del artículo 404 del Código Penal, por carecer de valor decisorio, directo o indirecto. Es decir, se denuncia una cuestión de naturaleza sustantiva, que ha sido objeto de examen a lo largo de esta resolución en los razonamientos jurídicos precedentes a los que nos remitimos, en concreto, en los fundamentos décimo octavo y vigésimo segundo.

(ii) En relación con las pruebas 3 a 6 se argumenta que únicamente describen la difícil situación que se encontró el Sr. Amadeo al llegar a la Dirección General y que lo que se relata en este apartado no son más que conductas omisivas.

Ciertamente la sentencia describe en estos párrafos la complicada situación que se encontró, pero la sentencia destaca especialmente la declaración testifical de la Sra. Encarnacion precisamente porque la gravedad de lo que estaba sucediendo obligaba a adoptar decisiones para evitar que la situación continuara.

A este respecto conviene citar una vez más las manifestaciones de la testigo, prestada el 02/02/2012 y sometida a la contradicción del plenario:

"(...) le sorprendía la circunstancia de que no se diera importancia a la 'situación legal de los beneficiarios', y que no se pudiera verificar la 'legitimidad de derechos' de empresas, trabajadores beneficiarios (...). El descontrol era total. Que, si bien para las ayudas sociolaborales se contaba con la base de los datos de las propias aseguradoras, en lo relativo a las ayudas a empresa no había un listado a donde recurrir para saber lo comprometido, lo pagado hasta el momento, y lo pendiente. Lo anterior hacía imposible cualquier control de las empresas beneficiarias, de las cantidades pagadas y de las pendientes". ... "toda la tramitación administrativa ha sido un 'caos'. Le piden que pongan 'orden' en todo el tema de las ayudas. Esta Orden se la da Amadeo (el recurrente), ya que, a su vez, la había recibido del CONSEJERO y VICECONSEJERO. Querían saber si las cantidades que reclamaban las aseguradoras eran correctas. Que el Consejero y Viceconsejero (Mariano y Domingo) eran conscientes de la deuda y de la tramitación irregular de los expedientes. (...) Había expedientes de ayudas conformados por el convenio y una nota manuscrita, con los datos básicos, a veces incorrectos, de la empresa o colectivo beneficiaria de la ayuda".

Este testimonio evidencia que al tiempo en que tomó posesión del cargo fue consciente de que desde su Dirección General se estaban tramitando los expedientes para la concesión de las ayudas totalmente al margen de los requisitos legales exigidos al efecto.

(iii) Se cuestiona la relevancia probatoria de que, conociendo la situación, siguiera concediendo ayudas. A tal efecto, se argumenta que no tuvo conocimiento del informe sobre HYSTASAL (notificado en 2005) y que la sentencia no ha tomado en consideración la abundante prueba de descargo que acredita haber introducido importantes mejoras en el sistema a medida que fue conociendo la situación. En este particular destaca la declaración testifical de don Ruperto, Director de administración y finanzas de IDEA, y se alega que la forma de trabajo que introdujo fue continuada por su sucesor, Sr. Samuel, quien no ha sido acusado, precisamente por la mejora observada en los procedimientos.

No es cierto que la sentencia de instancia no haya destacado algunas mejoras advertidas, así como el esfuerzo para conocer la situación existente. La contratación de la Sra. Encarnacion, el encargo de distintos informes, el cambio de convenios por resoluciones en la aprobación de las ayudas y la mejora en la tramitación tienen su reconocimiento en los apartados 3, 4, 5, 6, 10, 13, 14, 15 y 18. Sin embargo, se siguieron concediendo las ayudas.

(iv) Se censura el valor de cargo dado a la prueba referida en el apartado 8º en cuanto ignora que el Sr. Amadeo tomó posesión en abril de 2008 y apenas pudo intervenir en la elaboración del presupuesto de 2009, pues en los primeros meses desconocía todo lo relativo al asunto enjuiciado. En efecto, accedió al cargo el 29/04/2008, dos meses antes de la fecha límite establecida por la ley para la presentación del proyecto de presupuesto de su consejería conforme al artículo 34 de la Ley 5/1983, 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En la medida en que estaba recién incorporado a la Dirección General de Trabajo debe reconocerse que es muy cuestionable que pudiera adoptar decisión alguna en relación con las transferencias de financiación.

(v) En el recurso se reprocha que se haya dado valor de prueba de cargo a las tres modificaciones presupuestarias, fechadas el 28/12/2008, que se aprobaron durante el tiempo en que ejerció el cargo porque, de un lado, no es cierto que firmara las Memorias que acompañaban a esos proyectos normativos, ya que lo hacía el Secretario General Técnico, Sr. Darío, según reconoce la propia sentencia en su folio 762, y porque las modificaciones presupuestarias contaron con todos los documentos e informes preceptivos y no existió omisión de trámite alguno. Fueron remitidas a la oficina de control presupuestario e integraron la Cuenta General que fue remitida al Parlamento.

Debe destacarse que la última de las modificaciones era finalista y fue objeto de fiscalización por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo (HP 15º).

(vi) Coincidimos en parte que la prueba señalada con el número 10 acredita, no el cumplimiento de la normativa de subvenciones, sino una mejora en la gestión de las ayudas, una vez que tomó posesión del cargo y tuvo conocimiento de la forma en que se estaban gestionando. También las pruebas con el ordinal 12 y 13 tienen la misma significación, lo que no obsta para que se hayan aportado otros elementos de prueba acreditativos de que, pese a conocer las ilegalidades, se siguieran concediendo las ayudas.

(vii) Se aduce, en relación con la prueba de cargo 14 que, como consecuencia de su gestión, se dejaron de producir los desfases presupuestarios que habían sido moneda común en los ejercicios anteriores, con vulneración de las normas presupuestarias. Lo que se infiere de la misma es la búsqueda de un mayor control en el volumen de gasto comprometido en las ayudas sociolaborales.

(viii) En lo referente a las pruebas de cargo 15 a 18 se alega que el conocimiento del Informe GARRIGUES no puede ser valorado como prueba de cargo en cuanto al delito de malversación y también que la afirmación de dicho informe sobre la falta de competencia para la concesión de subvenciones es una afirmación susceptible de controversia dado que la Letrada Jefe de la Cámara de Cuentas de Andalucía, reconocida jurista especializada, consideró en un Informe que obra en las actuaciones que el Convenio Marco de 2001 incorporaba una delegación.

Ninguno de tales alegatos puede tener favorable acogida. El Informe GARRIGUES refiere un conjunto de irregularidades en la tramitación de los expedientes de tal magnitud que debería haber dado lugar a la suspensión inmediata de la concesión de nuevas ayudas, por lo que el mantenimiento de las mismas constituye una conducta punible conforme a la previsión normativa del artículo 432 CP, entonces vigente, en su modalidad de comisión por omisión. Lo mismo cabe decir del Informe de la firma PRICE WATER HOUSE COOPERS, por más que en este informe se analizaran expedientes tramitados durante el periodo 2002 a 2008 (prueba de cargo 18).

Y en cuanto a la cuestión de la falta de competencia del Director General para la concesión de las ayudas, nos reiteramos en lo ya dicho y al contenido del Informe de los peritos de la IGAE, debiendo añadir, a mayor abundamiento, que el citado Convenio precisaba para su vigencia de una prórroga que nunca se produjo. La existencia de distintas interpretaciones posibles y alternativas a la sostenida por la autora del informe no implica que el Tribunal tenga que acogerla, cuando llega a la íntima e indubitada convicción de que una es la interpretación correcta, tal y como acontece en este caso en que la sentencia de instancia justifica fundadamente no sólo las razones por las que el Director General de Trabajo carecía de competencia para conceder subvenciones, sino también las razones por las que el Convenio Marco era un instrumento que se articuló para dar cobertura formal a un procedimiento absolutamente ilegal.

(ix) En relación con la prueba contenida en el ordinal número 11, se alega que, lejos de evidenciar un supuesto de pago cruzado, demuestra que pretendió restaurar una situación irregular efectuada por el anterior Director General de Trabajo, pues ordenó que se restituyese la anterior salida por la misma cantidad, desde la póliza de DHUL a la de FUNDACIONES CAETANO, que tuvo lugar 3 años antes y por indicación del anterior Director General de Trabajo, circunstancia que puede advertirse en el propio documento. Por ello, sostiene que se le atribuye la realización de un pago cruzado cuando, en realidad, se trató de un supuesto en el que se evidencia su voluntad de "arreglar las cosas" (sic), al restaurar aquel pago cruzado.

Ciertamente de esta actuación se deduce la voluntad de realizar un pago cruzado pero con la finalidad de compensar un previo pago cruzado realizado tres años antes.

(x) Por último y en relación con la prueba de cargo 19, en la que se relacionan dos ayudas concedidas por el declarante durante 2009 y 2010 y que han servido de soporte probatorio para declarar que, a pesar de conocer todo lo que ocurría siguió concediendo subvenciones, se alega que ese dato fáctico no ha sido objeto de prueba en la medida en que las ayudas concretas quedaron fuera de enjuiciamiento, según se estableció en la sentencia impugnada. Se argumenta que la cita de estos casos se realizada "a modo de ejemplo" pero se trata de una cita genérica e imprecisa que no tiene en cuenta las peculiaridades del caso.

Si bien es cierto que la concesión de las ayudas singulares quedó fuera de enjuiciamiento, cuestión analizada en profundidad en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, nada impide que al efecto de acreditar la disposición de fondos con incumplimiento absoluto de las exigencias legales se puedan valorar las distintas pruebas aportadas al proceso, singularmente el Informe Pericial realizado por los peritos de la Intervención General del Estado, que realizaron un análisis exhaustivo de un nutrido grupo de expedientes, que acredita con suficiencia a los efectos de este proceso y sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan declararse en las distintas

piezas separadas, la importancia de las cantidades malversadas así como el ilegal procedimiento seguido en la presupuestación, así como en la gestión y pago de las ayudas.

135.3 Consideraciones finales.

De cuanto se acaba de exponer la intervención del Sr. Amadeo presenta unos perfiles singulares. Accedió al cargo durante los últimos años en los que se utilizó el sistema de las transferencias de financiación y es cierto que realizó cambios y adoptó medidas para corregir la situación. Destaca el nombramiento de personal para conocer la situación y poner orden, caso de la contratación de doña Encarnación y el encargo de distintos informes como los realizados a las firmas GARRIGUES y PRICEWATER HOUSE COOPERS que sirvieron para obtener un mejor conocimiento de lo que sucedía, adoptándose algunas medidas tendentes a mejorar la tramitación, como, por ejemplo, la supresión de los convenios particulares por resoluciones individuales, que habían de ser notificadas a los Viceconsejeros de Empleo e Innovación, para un mejor control del volumen de gasto que se asumía.

Como recuerda la sentencia, durante su mandato se dictó la Instrucción 1/2009 de la Dirección General de Presupuesto recordó cómo habían de presupuestarse las ayudas y ya en el anteproyecto de Presupuestos de 2010 se dejó de utilizar las transferencias de financiación, en abril de 2011 se aprobaron las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales (con algunas modificaciones posteriores) y finalmente se procedió a una regulación del pago de las ayudas mediante el Decreto- Ley 4/2012, de 16 de octubre.

Sin embargo y a pesar de las gravísimas irregularidades se siguieron concediendo las ayudas. El informe de los peritos de la IGAE es suficientemente expresivo y detallado al respecto, por lo que nada obsta a que sus conclusiones hayan servido para acreditar los hechos que sirven de soporte a la condena. En los hechos probados se declara que durante 2008 se concedieron subvenciones por importe de 94.744.185,09 euros y en 2009 subvenciones por importe de 80.720.634 euros.

En efecto, la prueba aportada por la acusación acredita: Que estuvo al frente de la Dirección General de Trabajo, desde el 29 de abril de 2008 hasta el 6 de abril de 2010; que al tiempo en que tomó posesión de su cargo, en la Dirección General de Trabajo se venían concediendo subvenciones y ayudas a través del mecanismo ilegal de concesión de las mismas objeto del presente procedimiento; que tuvo conocimiento de tal circunstancia pese a lo cual la Dirección General de Trabajo continuó concediendo las ayudas a través del mismo sistema, con la intervención directa y necesaria del Sr. Amadeo hasta que cesó; que participó en la elaboración de diferentes modificaciones presupuestarias, tendentes a transferir fondos con los que asumir compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo y firmó documentos contables AD necesarios para utilizar la aplicación presupuestaria 440; que firmó órdenes de pago concretas y decidió, de forma injustificada y arbitraria, la disposición de las cantidades comprometidas en distintos convenios particulares.

Por lo tanto, su culpabilidad ha sido establecida a partir de prueba de cargo suficiente y valorada con arreglo a criterios de racionalidad a los que nada cabe objetar, sin que apreciemos la lesión del derecho a la presunción de inocencia que se denuncia, lo que conduce a la desestimación del motivo.

El motivo se desestima.

136. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de las penas.

136.1 Con carácter subsidiario a los motivos anteriores, en el sexto y último motivo de este recurso se alega que al Sr. Amadeo por el delito de malversación de caudales públicos se le ha impuesto una pena de 7 años y 1 día de prisión que es superior a la impuesta por los mismos hechos a otros condenados. Se alega que el tribunal de instancia ha utilizado como parámetro de individualización de la pena de malversación el número de años durante los que se produjo la intervención de cada acusado y al recurrente se le ha impuesto pena superior a otros condenados que lo han sido por la comisión del delito durante mayor número de años. Se le ha impuesto la misma pena que a los Sres. Severiano, Domingo y Benjamín, que intervinieron en más ejercicios presupuestarios y se le ha impuesto una pena mayor que a otros acusados que intervinieron en mayor número de ejercicios, tales como el Sr. Esteban (6 años y 6 meses) y el Sr. Cesareo, el Sr. Virgilio y la Sra. Marcelina (6 años y 1 día).

La respuesta a este motivo obliga a hacer dos referencias obligadas a nuestra doctrina tanto sobre el principio de igualdad en la aplicación de las penas como a la exigencia de motivación en la individualización de las penas.

En cuanto a lo primero la STS 507/2020, de 14 de octubre, condensa la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho a la igualdad en la aplicación de las penas. En esa sentencia hemos dicho con cita de otras sentencias anteriores (SSTS 636/2006 de 8 de junio, 483/2007 de 4 de junio, 26/07/2005, 09/07/1993 y 06/11/89), que "sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental. En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 que el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias justificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

Por último, el principio de igualdad no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15 de abril).

Y en relación con la motivación, que es lo que permite valorar si el tribunal ha hecho un uso razonado y razonable del margen de discrecionalidad que le permite la ley en la aplicación de las penas, venimos diciendo de forma constante que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y razonada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, conforme a los artículos 120.3 y 24 de la Constitución. Y esa respuesta motivada se extiende a la fijación de la pena (SSTS93/2012 de 16 febrero, 17/2017 de 20 enero, 826/2017 del 14 diciembre, 49/2018 de 30 enero).

El fundamento de esta exigencia estriba en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Partiendo de las anteriores consideraciones y proyectándolas al caso que centra nuestra atención, lo primero que debemos precisar es que no es cierto que el tribunal de instancia sólo se haya tomado como parámetro de individualización el número de ejercicios presupuestarios que abarca el delito continuado. La lectura del fundamento jurídico cuadragésimo noveno, dedicado a la determinación de las penas, evidencia que se han tenido en cuenta otros parámetros como los siguientes: El número de resoluciones, convenios y demás actos realizados, la intervención directa en la tramitación de expedientes, la relevancia de las decisiones adoptadas en la implantación y mantenimiento del sistema, la relevancia del papel desempeñado.

Como puede comprenderse, en la medida en que los elementos de valoración son diferentes la diferente respuesta penal puede estar justificada. Así, en comparación con el otro condenado que ejerció el mismo cargo y dispuso directamente de los fondos públicos se le ha impuesto penas de inhabilitación y prisión inferiores debido a la menor temporal en el ejercicio del cargo. Y en comparación con otros condenados a quienes se les ha impuesto penas inferiores, siendo cierto que intervinieron en más ejercicios presupuestarios, sin embargo no dispusieron directamente de la concesión y pago de las subvenciones. Por tanto, las circunstancias no son iguales, lo que justifica un tratamiento diferenciado que aparece suficientemente motivado. No hay, por tanto, lesión del invocado derecho o principio de igualdad, reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

136.2 No obstante lo anterior, si bien es cierto que desde la óptica del derecho a la igualdad y partiendo del delito fijado por el tribunal nada cabría objetar a la individualización de la pena, atendiendo a la voluntad impugnativa, advertimos que en el caso del Sr. Amadeo existe una diferencia notable en relación con otros condenados que debe dar lugar a una atenuación de la pena.

En la sentencia se hace referencia a una serie de datos, puestos también de relieve en el recurso, que permiten afirmar que, siendo cierto que se continuó con el sistema durante el tiempo en que el reclamante ejerció su cargo, también lo es que su margen de maniobra fue diferente al de resto de acusados y su actuación ante las ilegalidades también fue distinta, hasta el punto de que se deduce de lo actuado que sus iniciativas fueron uno de los factores que dieron lugar a que se pusiera fin al sistema implantado en el año 2009.

La sentencia destaca los siguientes datos:

(i) Sólo transcurrieron dos meses desde su nombramiento hasta el día señalado legalmente para concluir el presupuesto de la Consejería del ejercicio 2009 y entregarlo a la Consejería de Hacienda, por lo que difícilmente se puede afirmar que en ese escaso margen de tiempo pudiera haber tomado conocimiento de la situación e influir de forma eficaz ante los encargados de la elaboración del presupuesto dentro de su Consejería para excluir el uso de las transferencias de financiación.

No hay prueba de que conociera la ilegalidad de ese criterio de presupuestación antes de acceder al cargo o en el periodo de dos meses a que acabamos de aludir. Consta también que el presupuesto de 2010 (elaborado en 2009) se dejó de utilizar las transferencias de financiación.

(ii) Tuvo conocimiento a través de la Agencia Tributaria de las ayudas concedidas a dos empresas radicadas en la zona de Sierra Norte de Sevilla y cuyo propietario era el antiguo conductor personal de su antecesor, Felicísimo, ordenando la apertura de una información previa el 30/03/2009. Se desconoce qué información tuvo durante los primeros meses de ejercicio de su cargo, más allá del desorden generalizado que motivo la contratación de personal para arreglar la situación. En este contexto se enmarca la contratación de doña Encarnación, cuyo testimonio ha sido de especial relevancia en esta causa.

A través de la Sra. Encarnación tuvo conocimiento de múltiples ayudas comprometidas y no pagadas y le informó que la cuantía de la deuda era superior a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio. Y también tuvo noticia de la existencia de pagos cruzados, así como de la inclusión como beneficiarios en pólizas de renta colectiva derivados de los expedientes de regulación de empleo de personas totalmente ajenas a la actividad de la empresa.

Y si bien es cierto que pese a todo siguió concediendo ayudas, también lo es cierto que adoptó decisiones para conocer a fondo la situación y corregirla. En ese contexto se enmarca el encargo de cuatro informes a firmas especializadas.

(iii) La sentencia censura que se acudiera a asesores externos en vez de utilizar los servicios técnicos de la propia Consejería pero, siendo cierto el hecho, también lo es que en todo caso, se encargaron los informes a firmas independientes y que, además, actuaron con corrección al alertar de las irregularidades.

Los informes se encargaron durante 2008 y 2009 y en uno de ellos, entre otras ilegalidades se advertía de la falta de competencia del Director General para aprobar las subvenciones, salvo delegación expresa, y consta que esta delegación se produjo meses después de la emisión del citado informe mediante Orden de 3 marzo del 2010.

(iv) La sentencia destaca que a partir de la recepción del Informe encargado al despacho GARRIGUES la tramitación de las ayudas mejoró cambiando algunas prácticas. Así, se dejó de utilizar el sistema de convenios, se exigió el Vº Bª del Viceconsejero de Innovación para establecer un mayor control, se apreció una mayor documentación en los expedientes, así como una mejor justificación de la finalidad de las ayudas concedidas.

Estas circunstancias evidencian una menor entidad del injusto, que merece un menor reproche de culpabilidad, por lo que procede la apreciación de una atenuante analógica, conforme autoriza el artículo 21.7 del vigente Código Penal.

Existe una doctrina consolidada de esta Sala Segunda, por todas s. 508/2015, de 27 de julio, sobre el alcance y extensión de las circunstancias atenuantes "de análoga significación que las anteriores" (hoy 21.7 CP, a partir de la L.O. 5/2010), en el estado actual ha superado antiguos criterios excesivamente restrictivos hasta alcanzar una amplitud que tendría como límite que la circunstancia o la conducta alegada tenga el mismo fundamento que las expresamente previstas por el legislador sin que sea necesario que participe de su apariencia externa, formal o estructural, y dicho fundamento consiste en que exista una equivalencia de significado, lo cual quiere decir que los hechos o circunstancias aducidos se refieran a una menor intensidad del injusto, un menor grado de imputación del agente o la conveniencia político-criminal de una disminución de la pena, es decir lo relevante es que el fundamento tiene que ver con el análogo significado de las anteriores y no con la estructura de sus elementos. También hay que considerar dos límites para el reconocimiento de esta analogía a favor del reo: uno de ellos es que no es posible admitir las atenuantes típicas genéricas incompletas porque ello constituiría verdaderamente un fraude en relación con lo dictado por el legislador; y, en segundo lugar, si tenemos en cuenta que cuando no concurren circunstancias atenuantes la regla del artículo 66.6 CP (antes del 30/09/2004, 66.1 CP) determina a efectos de fijar la extensión de la pena la consideración de las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, habrá que tener presente la misma al menos cuando se trate de una disminución del injusto o de la culpabilidad del sujeto".

Así, la STS 131/2010, de 18 de enero, nos decía: "sabido es que la análoga significación a que se refiere el artículo 21.6º no supone identidad de elementos concurrentes, ni permite como queda dicho configurar atenuantes incompletas. Los términos de la comparación no son los morfológicos o estructurales, sino los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada, que puede responder a una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad o a consideraciones político-criminales enlazadas con la punibilidad. De modo que si esa misma ratio atenuatoria es apreciable en el caso concreto que se contempla será posible estimar la análoga significación a que se refiere el Texto Legal sin asentarla en la identidad parcial -de los elementos estructural o morfológicamente definitorios de la atenuante nominada (STS 18 de octubre de 1999). En análogo sentido las sentencias posteriores de 22 de febrero de 2006, 29 de noviembre de 2006, 9 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2008".

Más recientemente la STS la 922/2012, de 4 de diciembre, a la que han seguido otras, en su fundamento jurídico sexto expone: "como ha señalado esta Sala, por ejemplo STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica ha de atenderse a la existencia de una semejanza de sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal como circunstancia atenuante expresamente prevista por el Legislador, desdeñando meras similitudes formales y cuidando de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de, una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente. Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía:

- a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y característica de las cinco restantes (hoy 6) del art. 21 del Código penal;
- b) En segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;
- c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;
- d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico Protegido;
- e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante cómo efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Como límite a este criterio amplio se ha señalado por la doctrina jurisprudencial que la atenuante de análoga significación no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, aunque tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación".

Una de las atenuantes previstas en el artículo 21 CP es la reparación del daño. Su fundamento material se encuentra en la existencia un actus contrarius mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora.

En este caso no hubo reparación alguna pero la conducta desplegada por el Sr. Amadeo en el lapso de tiempo que ejerció el cargo evidencia que estuvo dirigida a conocer a fondo el problema que existía en su departamento y adoptar medidas para su corrección. Teniendo en cuenta que no intervino en la implantación del sistema es razonable suponer que tardara un tiempo en conocer a fondo su funcionamiento y su radical ilegalidad.

Es cierto que recibió información sobre el absoluto descontrol existente, lo que no significa que tuviera conocimiento desde el primer momento de la ilegalidad del proceso. Ese conocimiento parece que fue progresivo y si bien es cierto que debió poner fin a la situación, también lo es que, pese a no hacerlo, adoptó decisiones para corregirla.

Esas decisiones, a las que hemos hecho referencia con anterioridad, constituyen actos contrarios a la voluntad de cometer los ilícitos que justifican un menor contenido del injusto y un menor juicio de reproche, y justifican la apreciación de una atenuante analógica muy cualificada.

Como consecuencia de la misma entendemos procedente la rebaja de la pena en un grado.

Teniendo en cuenta que no consta su participación relevante ni en la aprobación de los presupuestos de 2009 ni en la realización de pagos cruzados, hechos que se han utilizado indebidamente en la sentencia para la fijación de la pena, estimamos que procede imponer las penas mínimas, conforme a la anterior calificación, que son las siguientes: TRES años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por tiempo de SIETE AÑOS Y SEIS MESES, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtenerlos durante dicho periodo.

XXV RECURSO DE DON Esteban

Siguiendo el mismo orden expositivo que en otros recursos primero daremos respuesta a los motivos por infracción de ley y continuaremos con los motivos en que se invoca la lesión de un derecho fundamental.

137. Motivo por infracción de ley: Ausencia de descripción en el relato fáctico de hechos que pudieran ser constitutivos de delito de prevaricación administrativa.

En el primer motivo de este recurso, aun cuando se justifica su fundamento en el artículo 852 de la LECrim, también se alude como vía casacional a la establecida en el artículo 849.1 de la LECrim, invocación esta última que entendemos la acertada ya que lo que, en definitiva, lo que se alega es que los hechos probados, en este caso por omisión, no son subsumibles en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP.

El motivo hace un detenido recorrido por el juicio histórico para afirmar que los hechos que se atribuyen al Sr. Esteban se encuentran en las páginas 53, 66, 67, 76, 77, 96 y 97 y ninguno de tales hechos declara que dictara resolución alguna, presupuesto inexcusable para afirmar la existencia del delito de prevaricación.

Los hechos que se le atribuyen son, según el recurso, los siguientes:

(i) Tras su llegada a la dirección del IFA continuó con el procedimiento establecido con anterioridad, de forma que la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo cursaba la orden de pago a la Agencia IDEA para que esta pagara las ayudas tramitadas y concedidas por aquella mediante la aceptación del Convenio por parte del Director General del IFA.

(ii) Entre enero de 2004 y junio de 2008 el Consejo rector del IFA fue informado de 53 Convenios enviados por la Dirección General de Trabajo y acatados por el IFA.

(iii) Fue notificado del Informe definitivo de Cumplimiento del IFA de 2003 con sus anexos, elaborado en julio de 2005 por la Intervención General de la Junta de Andalucía, por lo que conocía el procedimiento que se estaba siguiendo.

(iv) El Sr. Esteban formuló (que no aprobó) las Cuentas Anuales (no el PAIF ni el presupuesto) del ejercicio 2006 de IDEA y que las mismas cifraron un déficit de 58.097 miles de euros, situación recogida como incertidumbre en el Informe de junio 2007 elaborado por los auditores de cuentas de IDEA.

(v) Se declara que también firmó (no aprobó) las cuentas anuales de IDEA correspondientes a 2007, que reflejaban un déficit de 40.658 miles de euros.

En los párrafos finales del motivo se resume la censura casacional en los siguientes términos:

" la condena masiva y coral por delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal , lo ha sido por la participación de los condenados, de una u otra manera, en una u otra época, en los actos de preparación del anteproyecto de presupuestos de la Junta de Andalucía y en las modificaciones presupuestarias y tal y como se concluye de la lectura de los hechos probados y de la propia fundamentación jurídica, a D. Esteban no se le ha atribuido ni un solo acto de participación material en ni un solo acto de confección del anteproyecto de presupuestos, ni del PAIF ni de las modificaciones presupuestarias, quizás, por la más sencilla y obvia de todas las razones y es que, como en la propia sentencia se contiene y así lo resaltamos, no tenía la menor competencia atribuida para ello, pues estaba residenciada en otros órganos y personas. Por lo anterior, todos y cada uno de los hechos que a mi cliente se le atribuyen en la relación de hechos probados de la Sentencia, sin necesidad de realizar la menor crítica jurídica a la misma y con mantenimiento incólume de los hechos probados, no integran el tipo del artículo 404 del Código Penal por el que ha resultado condenado, razón por la cual el presente motivo habrá de prosperar, casarse la Sentencia y resolver su absolución".

El motivo no es viable. Para determinar qué hechos se declaran probados referidos al Sr. Esteban, dada la complejidad fáctica de la sentencia, no basta con referir los hechos en los que directamente se le menciona, sino que deben incluirse hechos que se le atribuyen de forma indirecta, en la medida que la sentencia utiliza el recurso sintáctico de describir hechos por referencia a otros anteriores.

Sirva de ejemplo la primera mención que se hace del Sr. Esteban y en la que se dice que "no cambió el proceder descrito anteriormente" una vez que fue nombrado presidente de IDEA. Lógicamente la locución que expresa el relato fáctico debe entenderse referida a los procedimientos utilizados con anterioridad a su nombramiento, que están descritos en el hecho probado inmediatamente precedente.

No vamos a hacer una relación de todos los hechos que se atribuyen al Sr. Esteban y que figuran en el juicio histórico, que damos aquí por reproducido, pero justo es reconocer que en su determinación la sentencia de instancia dista de ser clara. Además, presenta la deficiencia de no distinguir, en ocasiones, entre los hechos esenciales descritos en el tipo penal aplicado, imprescindibles para colmar las exigencias de tipicidad, y los hechos indiciarios, que son datos fácticos que también pueden constar en el relato fáctico (aunque no es imprescindible), y cuya funcionalidad es diferente, en cuanto sirven de soporte probatorio de los hechos típicos. Por tal motivo nos atendremos para determinar los hechos sobre los que pivota el juicio de subsunción únicamente a los referidos en el relato fáctico.

En relación con el delito de prevaricación el único hecho con relevancia típica protagonizado por el Sr. Esteban es la firma de los convenios particulares, hecho precisamente que se omite en el motivo.

De tales convenios ya hemos dicho que son resoluciones administrativas a efectos del artículo 404 CP en cuanto constituyen el acto administrativo ejecutivo mediante el cual se pagaron las ayudas, gestionadas y aprobadas al margen de lo establecido en la ley.

Pues bien, la sentencia declara que el firmó 53 convenios particulares aun cuando tal declaración no se realiza de forma explícita, como hubiera sido deseable, sino que se obtiene de distintos pasajes de la sentencia que deben ser objeto de una comprensión integrada.

El relato fáctico hace las siguientes afirmaciones:

(i) Entre enero de 2004 y junio de 2008, el Consejo Rector fue informado de 53 de convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social". (HP 6º.5)(ii) "En la mayor parte de los convenios particulares que se suscribieron a partir de la firma de este convenio marco, entre la DGTSS, -firmados por el acusado Borja, hasta su cese como Director General de Trabajo en el mes de abril de 2008, y el IFA-, firmados hasta el día 28 de enero de 2003, por su Presidente, y después por los sus sucesivos Directores Generales, se hacía constar siempre expresamente que la documentación acreditativa de la ayuda obraba en poder de la DGTSS, y que era conforme

con la misma, autorizando su pago" (HP 4º)(iv) "Tras la firma del Convenio Marco de julio de 2001, el Consejo Rector de IFA debió de intervenir en la materialización del pago de las ayudas, aprobando, en su caso, los pagos derivados de la firma de cada convenio particular suscrito con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social". (HP 6º, párrafo primero)".

Una interpretación integradora de estas declaraciones permite afirmar sin grandes esfuerzos de comprensión que el declarante, como Director General de IDEA, en el periodo comprendido entre el 17/06/2004 al 14/05/2008, firmó cerca de 53 convenios particulares. Esa es la imputación y aparece suficientemente precisada en el relato fáctico.

En consecuencia, el motivo se desestima.

138. Motivo por infracción de ley: Error en aplicación de la normativa estatal y autonómica que autoriza la actuación del IFA/IDEA como caja pagadora.

138.1 De forma subsidiaria a lo alegado en el anterior motivo y para el caso de que no fuere estimado, y con amparo en el artículo 849.1 de la LECrim, en el segundo motivo se denuncia error en la aplicación del derecho autonómico invocado para la integración del tipo del artículo 404 CP.

El eje central de este argumento impugnativo se sitúa en la afirmación de que todas las actuaciones realizadas por los integrantes de IFA/IDEA al pagar las ayudas sociolaborales encuentran una justificación razonable y admisible por cuanto el IFA/IDEA actuó exclusivamente como caja pagadora y lo hizo amparada por el artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública 5/1983, de 19 de julio, y por las memorias contenidas en las leyes de presupuestos y en las cuentas generales aprobadas por el Parlamento andaluz, así como por el resto de la normativa estatal y autonómica de aplicación.

El motivo presenta una contradicción argumental que merece ser destacada. Previene a esta Sala para que no se valoren como pruebas las distintas opiniones vertidas en juicio por los peritos a cerca del régimen normativo aplicable y, pese a ello, fundamenta su alegato en las opiniones de esos peritos que entiende le favorecen, atribuyendo a las mismas el peso propio de una prueba de cargo. Pero, dejando al margen esta cuestión, en el desarrollo del motivo los argumentos centrales son los siguientes:

(i) Atendiendo al criterio de presupuestación utilizado (transferencias de financiación), que por quien gestiona el presupuesto debe ser interpretado a la luz de la documentación que se acompaña a cada proyecto de ley de presupuestos (memorias de cada programa presupuestario y fichas de cumplimientos de objetivos), no ofrece duda que se aprobaron transferencias de financiación finalistas que tenían como objeto necesario la cobertura económica "de las necesidades comprometidas asumidas en los expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica de aquellas empresas con dificultades de mantenimiento de empleo".

A partir de la descripción presupuestaria y conforme al Convenio Marco de julio de 2001, no puede pensarse que cuando llegaba un convenio particular el rol de IFA/IDEA no fuera otro que pagar las ayudas aprobadas y comprometidas. Por tanto, para quien tenía como función materializar el pago, el contenido de su función era in cuestionable.

Como ya hemos anticipado, en apoyo de esta tesis se cita la opinión vertida en juicio por un nutrido grupo de expertos (don Braulio; don Segismundo; don Pablo; los profesores Marcial y Nicanor; el Jefe de la Cámara de Cuentas de la Junta de Andalucía; las alegaciones formuladas por la Consejería de Economía, Ciencia y Empleo; el Interventor General de la Junta de Andalucía; don Adolfo, Jefe de Servicio de la Dirección General de Presupuestos; don Felipe, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía; don Blas, Jefe de Caja y Contabilidad de IFA/IDEA; don Alvaro, Director de Administración y Finanzas de IFA/IDEA; don Ruperto, Director de Administración y Finanzas y don Sebastián, Secretario General de IFA /IDEA).

(ii) Se dice en el motivo que si bien la concesión de ayudas era una función ajena a las competencias del IFA/IDEA, conforme al artículo 3 de la Ley 3/1987, de 13 de abril, de creación de dicho Instituto, la actuación del IFA /IDEA como ente instrumental que presta servicios materiales a la Consejería de Andalucía encajaba en su ámbito competencial conforme al artículo 4K de sus Estatutos sociales.

A este respecto se indica que conforme al artículo 101 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, los órganos de la Junta de Andalucía podían delegar el ejercicio de sus competencias en otros órganos de rango inferior mediante resolución motivada, y a tenor del segundo apartado del citado precepto, también se podía realizar esa delegación en favor de agencias dependientes de la Junta siempre que el objeto de la delegación se correspondiera con los fines y objetivos asignados a dichas agencias. Esa previsión legal había de completarse con otra establecida en todas las leyes de presupuestos aprobadas durante el tiempo en que ejerció el cargo, según la cual las empresas de la Junta de Andalucía podían gestionar actuaciones de competencia de las distintas Consejerías u Organismos Autónomos de la Junta (vid. art. 22 6 de la Ley 17/2003, de 29 de diciembre, de Presupuestos del año 2003, que se reproduce en las leyes de presupuestos de los años subsiguientes).

A partir del contenido de estos textos normativos era impensable para cualquier lector considerar que el IFA/IDEA pudiera conceder las ayudas. Pero era perfectamente admisible su función como ente instrumental que

colaboraba en actividades de carácter técnico o de servicios de la competencia de la Consejería de Empleo, según autorizaba el artículo 105.1 de la Ley 9/2007 antes citada, y así se recogió en los Convenios Particulares que utilizan la expresión "encomienda" dentro de su articulado.

(iii) Se cierra la argumentación de este motivo señalando que el IFA/IDEA no podía actuar como entidad colaboradora ya que así lo impedía el artículo 12 de la Ley General de Subvenciones para el caso de subvenciones excepcionales, si bien señala que habría sido posible tal función conforme al artículo 28 de la citada ley siempre que se hubiera aprobado al efecto un Real Decreto, siguiendo las pautas y requisitos que el propio precepto señala.

Sin embargo, su actuación como caja pagadora venía autorizada como "encomienda administrativa", figura distinta a las encomiendas de gestión o encargo de ejecución, y que estaba prevista en el artículo 15 de la Ley 30/1995, incorporada a la normativa autonómica en el artículo 105 de la Ley 9/1997, de 22 de octubre.

(iv) Todo este extenso desarrollo argumental permite concluir a la defensa que la actuación del IFA/IDEA como caja pagadora tenía cobijo en una razonable interpretación de esas normas y que los pagos realizados venían impuestos por el principio de especialidad presupuestaria del artículo 38 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía), a la vista de las definiciones contenidas en las memorias de las leyes de presupuesto de la comunidad autónoma andaluza y en las memorias contenidas en la cuenta general que aprobaba el Parlamento de Andalucía, así como por el resto de normativa administrativa estatal y autonómica que ha sido anteriormente citada. Aun admitiendo otras interpretaciones de los textos legal a que se ha hecho referencia, las actuaciones llevadas a cabo por los miembros del IFA/IDEA no podrían ser calificadas de resoluciones manifiesta o groseramente ilegales.

138.2 El motivo no es viable.

La intervención del IFA /IDEA en el pago de las ayudas sociolaborales no puede dissociarse del ilegal sistema implantado, cuyo último eslabón era la intervención de la citada agencia, materializando los pagos mediante la previa firma de convenios particulares.

La actuación del Sr. Esteban no venía obligada por el principio de especialidad presupuestaria y por el contenido de las memorias de las Leyes de Presupuestos porque la clasificación del gasto realizada en dichas leyes no obligaba al pago de subvenciones excepcionales mediante fondos recibidos vía transferencias de financiación, máxime si quien realizaba esos pagos conocía, como es el caso del recurrente, que los pagos eran parte de un entramado directamente diseñado para eludir los controles de las subvenciones excepcionales.

Como se señala en la resolución impugnada "en la agencia se conocía que las ayudas las concedía la Consejería de Empleo, lo que no se decía ni en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos. En la agencia conocían que presupuestaban gastos ficticios para compensarlos con los ingresos procedentes de las transferencias de financiación, lo que obviamente tampoco se decía en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos".

Por otra parte, el IFA/IDEA no actuó mediante encargo de ejecución sino como entidad colaboradora.

Las advertencias que se hicieron sobre este extremo fueron muchas y eran conocidas por el Sr. Esteban y a ello nos referiremos en fundamento jurídico 140º. Pese a ello citaremos una de ellas por su singular claridad, el Informe de Auditoría de cumplimiento sobre IDEA, correspondiente al ejercicio 2005, en el que se hacen las siguientes consideraciones:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pago de determinadas subvenciones excepcionales (...). Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

Además, en este caso el IFA/IDEA no actuó a través de la figura del encargo de ejecución. Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado extensamente en el fundamento jurídico noveno (apartado iv), que reiteramos.

Todo encargo de ejecución precisa de la realización de operaciones técnicas complementarias que justifiquen el encargo y da lugar a una retribución al ente delegado y en este caso ni se llevaron a cabo esas operaciones técnicas ni se produjo la retribución de la agencia que, en tal caso, hubiera figurado contablemente como ingresos propios del ente.

A ello nos hemos referido en el fundamento jurídico noveno, citando una sentencia de 23/04/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuyo criterio compartimos, en la que se señala:

"En efecto, el Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social e IDEA, señala como objetivo la materialización singular de las ayudas sociales a la Asociación de extrabajadores de TIOXIDE EUROPE DE 14 DE ABRIL y que corresponden a 6 trabajadores, pero no implica el otorgamiento o reconocimiento de subvención alguna. Igualmente, consta, la encomienda de materialización singular de las ayudas sociales, sin que se identifiquen las ayudas otorgadas que se iban a materializar con dicho convenio, que supone el pago por vía indirecta por parte de la Dirección General de las cantidades, debido a que transfiere el dinero a IDEA con cargo a la partida 01.13.00.01.00.440.51.031L, para que éste realice el pago a la aseguradora. No se encuentra explicación alguna, en las resoluciones impugnadas ni en el expediente administrativo, de las razones de efectuar los pagos de forma indirecta, careciendo de todo sentido, salvo que se estuviera intentando eludir los controles administrativos a los pagos realizándolos a través de un ente instrumental".

Por último, ante el cúmulo de ilegalidades el Sr. Esteban pudo oponerse a firmar los convenios y dejar de contribuir al sistema ilegal implantado para el pago de las ayudas sociolaborales. Buena prueba de ello es la carta que remitió el 19/04/2007 al entonces Director General de Trabajo en la que se anunciaba la negativa a firmar convenios particulares si no se reducía el déficit de la agencia o, en otro caso, si no se producía una periodificación plurianual de los compromisos y dotaciones. Con mayor razón se debería haber opuesto al saber que la agencia no podía actuar como entidad colaboradora y al saber que las ayudas se estaban concediendo de forma absolutamente arbitraria y absolutamente al margen de las exigencias y controles establecidos en la normativa de subvenciones.

El texto de la carta es el siguiente:

"En tanto no se produzca una disminución del déficit presupuestario existente en relación a los convenios que se vienen firmando con esa dirección general, o alternativamente se consiga una periodificación plurianual de compromisos y dotaciones, que cuenta con el visto bueno de vuestra Secretaría general técnica, no se procederá a la firma de ningún nuevo convenio distinto de los acordados entre las partes hasta el día de hoy"

El motivo, en consecuencia, se desestima.

139. Motivo por infracción de ley: Ausencia de descripción en el relato fáctico de hechos que pudieran ser constitutivos de delito de malversación de caudales públicos.

En el cuarto motivo de este recurso, por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim, se afirma que los hechos probados no pueden subsumirse en el tipo penal de malversación.

Se aduce que se le ha condenado por la modalidad pasiva del tipo (consentir la sustracción de los caudales públicos), mediante dolo eventual, pero la única actuación realizada materializar una orden de pago que decidía, tramitaba y concedía la Dirección General de Trabajo. Dicha Dirección General era la titular de la partida presupuestaria 31 L, era la que enviaba los fondos a IFA /IDEA y era la que tramitaba los expedientes. El IFA /IDEA no tenía otra función que la de mera caja pagadora, función obligada conforme a la normativa presupuestaria a que se ha hecho referencia en el motivo anterior.

Se afirma que se produjeron irregularidades en la concesión de las subvenciones pero semejante afirmación carece de soporte probatorio, ya que las ayudas individuales no han sido objeto del presente procedimiento y no se ha practicado prueba alguna respecto a la tramitación de los distintos expedientes, ni se conoce la cifra exacta de los fondos malversados.

Por último, se destaca que su condena tiene su fundamento en el conocimiento del Informe de Cumplimiento del IFA del ejercicio 2003, firmado y notificado en 2005, pero del contenido del referido informe no se deduce que hubiese riesgo de menoscabo de los fondos públicos, ya que, de existir, el propio informe lo tenía que haber indicado, y no lo hizo, y la Intervención debería haber formulado la oportuna denuncia, de lo que surge la pregunta: ¿si la Intervención no advirtió ese riesgo, tenía que haberlo advertido el recurrente?.

En relación con el contenido del citado Informe se añade lo siguiente:

(i) ni una de las advertencias de posibles irregularidades administrativas estaban dirigidas a que el IFA/IDEA subsanase las mismas;

(ii) que esas irregularidades eran eso, administrativas, pero no delictivas;

(iii) no se traslucía que los fondos públicos de las ayudas sociolaborales y a empresas se estuvieran destinando a otros fines que no fueran públicos ni al enriquecimiento injusto de terceros;

(iv) en el tan repetido informe adicional nada se indicaba de que los fondos del programa presupuestario 31 L de la Consejería de Empleo se estuviese destinando a fines públicos distintos para los que fue aprobada dicha partida presupuestaria; y

(v) que a pesar de señalarse distintas irregularidades o la aplicación a otros fines públicos distintos de los inicialmente previstos la Intervención General autora del informe adicional no consideró posible ni apreció riesgo de menoscabo de fondos públicos y por ello consideró que no era necesario la emisión del informe de actuación, ni la formulación de denuncia porque no vio delito de malversación.

La conclusión que deduce su defensa de todo lo expuesto es que ni existió dolo directo ni dolo eventual en su actuación por el escaso conocimiento que tuvo del informe adicional de 2003. El Sr. Esteban no se pudo

representar o imaginar que con la firma de los convenios de ayudas sociolaborales o a empresas -que únicamente suponían la materialización de una orden de pago- estaba colaborando a una probable malversación de caudales públicos.

La pretensión está destinada al fracaso, porque se prescinde por completo del relato de hechos probados en el que se describe, de forma pormenorizada y exhaustiva, el procedimiento ilegal de concesión de las ayudas que se instauró a partir del ejercicio de 2000 y en el que intervino directa y materialmente el acusado como Director General de IFA/IDEA suscribiendo los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, pese a conocer que no se seguía procedimiento alguno, que los expedientes no eran fiscalizados ni en la Consejería de Empleo, ni en la entidad pública porque dichos expedientes quedaban depositados en la Consejería, que no contenían solicitud, memoria económica, requisitos o justificación de la finalidad pública de la ayuda, que el IFA actuaba indebidamente como entidad colaboradora y que se estaba generando un déficit presupuestario por asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria.

Concurren, pues, los elementos del delito de malversación que aparecen perfectamente delimitados en el relato de hechos probados, remitiéndonos al apartado relativo a la infracción de ley dentro de las cuestiones comunes de los recursos.

No hacía falta que la Intervención emitiera informe de actuación o que diera instrucciones concretas sobre la forma en que debía actuarse. Las irregularidades eran tan relevantes que el deber de no seguir contribuyendo a la gestión ilegal de los fondos era imperioso y debió actuarse en consecuencia.

Sobre el contenido de los informes, singularmente el Informe de cumplimiento de 2003, ya nos hemos pronunciado, por lo que es inadmisibles banalizar o tratar de minimizar su relevancia. En este caso no eran simples irregularidades administrativas, sino la disposición de fondos como si fueran propios, al margen de todo requisito legal y al margen de todo control.

En relación con la prueba de las malversaciones concretas realizadas, resulta obligada la remisión de los fundamentos jurídicos tercero y trigésimo noveno de esta sentencia, en donde hemos justificado la existencia de ese delito y su cuantía. Por otro lado, esta alegación está referida a cuestiones fácticas que exceden del ámbito propio de este motivo casacional. Los hechos probados, que han de ser escrupulosamente respetados, describen en su apartado vigésimo segundo las cantidades malversadas.

El motivo se desestima.

140. Motivo por infracción de ley: Falta de descripción de la acción típica malversadora en el relato de hechos probados y ausencia de elementos de tipicidad.

El motivo quinto de este recurso contiene dos tipos de argumentos impugnativos.

De un lado, se sostiene que los hechos probados no describen una acción que pueda ser subsumida en el tipo de malversación.

De otro lado, se argumenta que su participación no puede ser calificada de delictiva porque no tenía capacidad de disposición sobre los fondos públicos, no tenía una relación especial o de garantía con los fondos públicos, porque desconocía cómo se estaban tramitando los expedientes y carecía de relación con la autoridad que disponía de los fondos y porque se habla de irregularidades en la tramitación de los expedientes, sobre las que ninguna prueba se ha practicado. Se afirma que la aplicación de fondos a fines distintos de las ayudas sociolaborales se produjo fuera del periodo temporal en que ejerció el cargo y se cuestiona la existencia de dolo eventual en su comportamiento.

Precisando algo más, en relación con el primero de los alegatos la defensa centra su queja en la redacción del hecho probado vigésimo segundo, en el que describe irregularidades en la gestión de los fondos públicos, pero no que éstos no se dedicaran a una finalidad pública. La única participación fue la de que el IFA /IDEA actuara como caja pagadora, pero el Instituto carecía de potestad alguna para decidir el cómo, el dónde y el cuánto de los pagos a realizar ya que esta decisión correspondía a la Dirección General de Trabajo conforme a las autorizaciones presupuestarias aprobadas por el Parlamento

En relación con el segundo de los argumentos se afirma que no existió una relación especial con los fondos dispuestos, porque quien dispuso de los éstos (la Dirección General de Trabajo) era quien tenía la potestad jurídica de hacerlo y no puede afirmarse que alguien tenga los caudales a su cargo si no tiene capacidad de ordenar pagos en inversiones.

Y tampoco tenía una posición de garante frente a la actuación de la Dirección General, ya que ni tenía posición de control del gasto público de la Junta de Andalucía, ni tenía una posición jerárquica superior sobre el titular de los fondos del programa 31L. En todo caso, el relato fáctico no contiene declaración alguna sobre ese deber o posición de garantía.

En todo caso se realizaron los pagos atendiendo al destino público fijado por el Parlamento y no hubo ningún desvío de los fondos de su fin público legalmente establecido. Se destaca que respecto de las ayudas concedidas con fines ajenos a las crisis empresariales se produjeron en un periodo temporal distinto a aquél en el que ejerció la presidencia del IFA /IDEA y. en cualquier caso, todas las ayudas concedidas estuvieron orientadas a la consecución de fines públicos.

Por último, se señala que la modalidad pasiva del delito de malversación precisa es dolosa y precisa la conciencia de que el otro funcionario está sustrayendo y que, además, lo hace con ánimo de lucro y de la lectura de la sentencia, se dice, no se infiere que conociera que se estuviesen desviando fondos de su fin público o que se estuviese disponiendo de los fondos con destino al lucro ilícito de terceros. Ese conocimiento, según el recurso, no se puede deducir del contenido de los informes de control financiero del IFA/IDEA ni del Informe Adicional de 2003. Aun cuando de tales informes se pudiera deducir el uso incorrecto de las transferencias de financiación o la intervención indebida como entidad colaboradora o la asunción de compromisos por encima de las partidas presupuestarias aprobadas, tales deficiencias no suponían un riesgo de menoscabo de los fondos públicos ya que, en tal caso, se tendría que haber emitido informe de actuación por la Intervención General, conforme a lo previsto en el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero.

A partir de estos datos debe excluirse la existencia de dolo, incluida la modalidad de dolo eventual. No se puede razonablemente sostener que al firmar los convenios particulares que remitía la Dirección General de Trabajo se representara un riesgo de menoscabo de los fondos públicos o de lesión del patrimonio público.

En un motivo precedente ya hemos precisado, en relación con el delito de prevaricación, qué concretos hechos se atribuyen en el relato fáctico al Sr. Esteban. En cuanto a los hechos referidos al delito de malversación, nos remitimos al tener literal de los hechos probados vigésimo segundo y tercero del relato fáctico. En concreto y a tenor de lo expuesto en el fundamento jurídico 47º de la sentencia de instancia se ha condenado al Sr. Esteban por "asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados".

Como segundo argumento defensivo se alude a que no tenía capacidad de disposición de los fondos públicos. Frente a ello señalar, una vez más, que su actuación formó parte de un sistema en el que el pago de las ayudas era el último eslabón, pero ese pago era necesario, por lo que, sabiendo cómo se estaban gestionando las ayudas, pudo y debió impedirlo, negándose a firmar los convenios particulares que le pasaban a la firma y no permitiendo que la agencia de la que era director actuara como entidad colaboradora, dando cobertura al pago de las ayudas sin control y sin siquiera bases reguladoras.

Se insiste en que los pagos tuvieron un fin público y se hicieron en estricto cumplimiento de la aprobación parlamentaria. Pues bien, ya hemos argumentado como no puede afirmarse la consecución de fin público alguno en la gestión de fondos públicos como si fueran privados, de forma absolutamente arbitraria, y también hemos dicho que la aprobación parlamentaria no autorizaba al pago de subvenciones con transferencias de financiación. En la medida en que el Sr. Esteban participó en el engranaje, conociendo su palmaria ilegalidad, su actuación se produjo con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, con dolo.

En efecto, la doctrina de esta Sala (sentencias 27 de diciembre de 1982, 24 de octubre de 1989, 23 de abril de 1992, 6 de junio, 30 de junio y 26 de julio de 2000, 19 de octubre de 2001, núm. 1715/2001, entre otras) viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

En este caso el Sr. Benjamín al autorizar los pagos y permitir la actuación de la agencia de la que era director en el sistema creado para la gestión de estas ayudas y al conocer la forma en que se gestionaban, al margen de toda legalidad, conocía el riesgo de menoscabo de los caudales públicos y aceptó ese riesgo sin adoptar, pudiendo hacerlo, medida alguna para ponerle fin o para no contribuir a su mantenimiento.

El motivo se desestima.

141. Motivo por infracción de precepto constitucional: Vulneración de la presunción de inocencia por insuficiencia de la prueba de cargo que sustenta la condena por delito de prevaricación administrativa.

En el motivo tercero y sexto del recurso se censura la sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, utilizando el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim. Daremos contestación conjunta a ambos motivos y seguiremos en nuestra exposición el mismo esquema que los demás motivos que han planteado esta misma censura casacional.

141.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

(i) Fue Director General de la Agencia IDEA desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008.

De esta prueba, merecen destacarse dos aspectos: sus competencias y que firmó los convenios particulares conforme a lo previsto en el Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

(ii) En primer lugar y en relación con el cargo y las competencias del Sr. Esteban al tiempo de los hechos, únicamente mencionaremos que conforme al artículo 13 del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprobaron los Estatutos de la Agencia IDEA su Director General tenía, entre otras, las siguientes atribuciones:

"a) Elevar y proponer al Consejo Rector cuantos asuntos hayan de ser objeto de su consideración y, concretamente, los siguientes para su aprobación: el Plan Estratégico de la Agencia, las propuestas de programa de inversiones plurianuales, programa de actuación, inversiones y financiación y anteproyecto de presupuesto para su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, así como los datos y documentación

necesaria para la formulación por el Consejo Rector del balance, cuentas de pérdidas y ganancias y memoria explicativa de la gestión de la Agencia. (...)

h) Llevar la firma del Ente Público.

i) Disponer las actuaciones e inversiones de la Agencia y sus empresas cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo no exceda de cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros), a excepción de los gastos de personal y mantenimiento, para los que podrá disponer el gasto que suponga la nómina y facturación mensual.

j) Proponer al Consejo Rector para su aprobación las actuaciones e inversiones de la Agencia y de sus empresas, cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo sea superior a cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros) e inferior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros).

k) Proponer al Consejo Rector para su aprobación las actuaciones e inversiones de la Agencia y de sus empresas cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo sea igual o superior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros), que deberán ser ratificadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. (...)"

(iii) Firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 (Prueba de cargo 3).

Conviene recordar que, además de la ilegalidad de tal instrumento para el fin para el que fue concebido, cuestión extensamente argumentada en esta sentencia, el Convenio Marco era un instrumento inhábil para la celebración de convenios particulares, durante el tiempo en que el reclamante ostentó aquel cargo, pues, de conformidad con su estipulación cuarta: "El plazo de duración del presente Convenio comprenderá hasta el día 31 de diciembre de 2003, de no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes"; sin que se hubiese previsto prórroga del mismo ni expresa ni tácita.

(iv) Era el responsable de formular las cuentas anuales de la Agencia IDEA, las cuales eran firmadas bien por el presidente de IDEA -el Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa, Benjamín-, bien por él mismo como Director General de IDEA (Prueba de cargo 4).

Tal circunstancia se encuentra documentalmente acreditada y su realidad no es discutida. El Sr. Esteban elaboró las cuentas de IDEA siguiendo el sistema ya utilizado antes de su llegada, es decir, mediante la inclusión de los pagos derivados de los convenios particulares, cuyo importe llegaba vía transferencia de financiación, en el apartado "otros gastos de explotación". Se utilizó un criterio de contabilización incorrecto ya que el pago de las ayudas sociolaborales no eran una actividad de la agencia sino una operación de tesorería, por lo que no podía contabilizarse como gastos de explotación.

(v) Tuvo conocimiento de los informes de auditoría externa, en los que se puso de manifiesto la existencia de salvedades por incertidumbre derivada de la imposibilidad de poder determinar si la Consejería de Empleo abonaría las cantidades que se mantenían en descubierto en las cuentas de la Agencia IDEA (cantidades derivadas de los compromisos asumidos en los convenios particulares), con la cantidad efectivamente recibida en la agencia, vía transferencia de financiación (Prueba de cargo 5).

La Sala de instancia destaca que ese problema se puso de manifiesto en el informe de auditoría externa, cuyo contenido fue expuesto en la sesión del Consejo Rector de 22 julio del año 2004 con ocasión de la aprobación de las cuentas anuales del año 2003.

(vi) El déficit en las cuentas de la Agencia IDEA se mantuvo en los años siguientes, aumentando incluso respecto de la cantidad del año 2004, es decir, mientras fue Director General de IDEA (Prueba de cargo 6).

El conocimiento de esta situación fue destacado por el Tribunal a quo a través de una carta que él dirigió al entonces Director General de Trabajo, Borja, de fecha 19 de abril del año 2007, en la que le comunicó que:

"(...) en tanto no se produzca una disminución del déficit presupuestario existente en relación a los convenios que se vienen firmando con esa dirección general, o alternativamente se consiga una periodificación plurianual de compromisos y dotaciones, que cuente con el visto bueno de vuestra Secretaría general técnica, no se procederá a la firma de ningún nuevo convenio distinto de los acordados entre las partes hasta el día de hoy.(...) Para un nuevo convenio será precisa la disminución de dicho déficit, en una cuantía superior a lo que signifique el nuevo expediente que se proponga, como se indica, el déficit total desaparezca, al enmarcarlo en un enfoque plurianual".

(vii) Tuvo conocimiento del Informe Adicional al de Cumplimiento del ejercicio 2003 de la Agencia IDEA, formulado en el 2005 por la Intervención General de la Junta de Andalucía, que le fue notificado al acusado el 25 de julio de 2005 (Pruebas de cargo 7 y 8).

Dentro del apartado "VI.2 Aspectos financieros" se afirma, en síntesis: (i) que el importe comprometido sin cobertura, ascendía a más de 44.000.000 de euros, a fecha octubre del 2004; (ii) que el IFA había reconocido un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esa cantidad; (iii) que este resultado negativo provocaba una disminución neta por este importe de los fondos propios; (iv) y que esta disminución siquiera temporal de los fondos propios del organismo, afectaba a determinadas magnitudes financieras, en particular, al fondo de maniobra/capital circulante, a la autonomía financiera, al endeudamiento y a la solvencia.

El referido documento denuncia de forma clara la existencia del déficit descrito en la Agencia IDEA, déficit que, por otro lado, ha sido reconocido en el recurso cuando se afirma que bajo su mandato el déficit se redujo.

Sin perjuicio de ello, el tribunal a quo, como demostración de su celo en el ejercicio de su función valorativa, destaca que en el Informe se afirma, no obstante, que las magnitudes anteriores si bien son relevantes en empresas con autonomía propia, son matizables para empresas instrumentales de la Administración.

Más adelante detallaremos, una vez más, el contenido de este informe. Ahora nos limitaremos a referir una de sus conclusiones más destacadas:

"la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo

establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionado" (Conclusión 5, del señalado Informe).

(viii) Consta acreditado que fueron remitidos al reclamante, por la Intervención General de la Junta de Andalucía, los posteriores Informes de Control Financiero Permanente de la Agencia IDEA (Prueba de cargo 9).

Se refieren como remitidos los informes que seguidamente se identifican. Más adelante haremos referencia expresa a su contenido.

a) Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2003, comunicado en fecha 25 de julio de 2005, ya referido. a) Informe Definitivo de Cumplimiento del ejercicio 2004 (remitido por el Interventor General, el 29 de septiembre de 2006).

b) Informe Definitivo de Cumplimiento del ejercicio 2004 (remitido por el Interventor General, el 29 de septiembre de 2006).

c) Informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005.

d) El Informe definitivo de cumplimiento de 2006.

e) Informe definitivo de Cumplimiento de IDEA, correspondiente al año 2007, que fue notificado en la Agencia IDEA el 5 de noviembre de 2008.

(ix) Como Director General de la Agencia IDEA, asistió con regularidad a las sesiones del Consejo Rector, a partir de la celebrada el día 28 de junio de 2004, hasta su cese en el 2008. Y, por tanto, tuvo conocimiento de las vicisitudes que hemos reseñado al hablar de la actuación de otros miembros del Consejo Rector en este periodo temporal (Prueba de cargo 10).

En concreto, en la sesión del Consejo Rector de la Agencia IDEA de 18 octubre de 2005 uno de sus vocales, el Sr. Octavio, puso de manifiesto la inadecuación de la aplicación presupuestaria 440 para la concesión de ayudas, pese a lo cual, el acuerdo al que se refería dicha observación se aprobó (con la abstención del Sr. Octavio). Es decir, este hecho demuestra que también en el seno del Consejo de Rector de IDEA se puso de manifiesto la inadecuación del uso de las transferencias de financiación lo que, unido al contenido de los informes de cumplimiento antes expuestos, refuerza la convicción de que fue pleno conocedor del ilegal uso de aquéllas.

(x) En el acta de la sesión del Consejo Rector de 26 de septiembre de 2006, consta que éste adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo provisional para someterlo a la ratificación del Consejo de Gobierno: "Autorización de la firma del convenio de colaboración entre IDEA y la DGTSS en el que se encomienda a aquélla el abono de la subvención excepcional a la empresa ANOVO COMLINK ESPAÑA, S.L., por importe de 3.800.000 euros" (Prueba de cargo 11).

No obstante, no consta que el mismo fuese finalmente sometido a la aprobación por el Consejo de Gobierno, pese que por su cuantía debió serlo.

Recuérdese al respecto, que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía debía ratificar las ayudas por importe superior a 1.200.1 euros, de conformidad con el artículo 10, letra h) del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.

141.2 Alegaciones de descargo.

141.2.1 Alegaciones relativas al hecho de cómo recaló en el IFA, su visión y conocimiento, en dicho instituto, del programa 31L de la Consejería de Empleo -del Convenio Marco de 2001 y de los conveniosparticulares-, y del papel del IFA (posteriormente IDEA) en dicho programa (sic).

Se alega que cuando tomó posesión de su cargo el sistema de pago de ayudas llevaba tres años y nadie le advirtió de ninguna ilegalidad. Mientras fue Director General se limitó a firmar los convenios, siempre que con el Visto Bueno de la Asesoría Jurídica, de la Secretaría General y del Departamento de Administración y Finanzas. Durante todo ese tiempo IDEA se limitó a actuar como caja pagadora siguiendo las órdenes de la Dirección General de Trabajo, sin que nadie le advirtiera de que pudiera estar actuando en contra de la ley. En prueba de lo expuesto se cita en el recurso los numerosos testimonios que en tal sentido se pronunciaron durante el plenario.

El reproche no puede tener favorable acogida.

No es cierto que no fuera informado de la ilegalidad del sistema de gestión y pago de las ayudas. Citaremos algunos de los Informes a los que tuvo acceso porque fueron notificados a la agencia IDEA, singularmente expresivos de esas ilegalidades.

a) Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2003, comunicado en fecha 25 de julio de 2005.

Se trata de un informe fundamental en la medida que los interventores pusieron de manifiesto las diferentes y muy graves irregularidades que se estaban produciendo y que eran extensibles a otros expedientes. La conclusión del informe es contundente: La Dirección General de Trabajo "ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido".

El citado Informe se extiende, en primer lugar, en destacar la improcedencia del uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y, no sólo eso. Describe las consecuencias que el uso de ese instrumento presupuestario conlleva en el control de las subvenciones. Citaremos literalmente su contenido porque es sumamente revelador.

«La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía .../...De todo lo dicho cabe concluir que el procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar el gasto público realizado.../...Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido.../...4º Relevancia del procedimiento administrativoLa elección por el gestor de una figura u otra no se reduce, como es evidente, a una mera cuestión de forma. Es de fondo. Aunque el correcto cumplimiento de las normas que disciplinan estos procedimientos administrativos es, por sí sólo, argumento suficiente, hay más. Así, los regímenes de fiscalización, justificación de la actuación y pago material son marcadamente distintos en estos procedimientos y especialmente rigurosos para la figura de la subvención excepcional: La transferencia exige para su fiscalización previa la resolución del órgano competente, un calendario de tesorería para el pago material y su previsión en el PAIF de la empresa. No exige justificación previa ni posterior al pago de la aplicación de los fondos. La subvención excepcional exige en el momento de la fiscalización previa la propuesta del documento AD, solicitud de la subvención junto con la valoración económica o, borrador del convenio a suscribir en su caso, declaración responsable del beneficiario de no concurrencia de ayudas, proyecto de Acuerdo del Consejo de Gobierno si la subvención supera determinados importes. Previo al pago, acreditación de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la seguridad social, Resolución o convenio firmados, Acuerdo del Consejo de Gobierno cuando sea preceptivo. Por último es necesario justificar el cumplimiento de las condiciones fijadas al beneficiario y la aplicación de la subvención.La diferencia fundamental entre la subvención excepcional por un lado y, transferencias de financiación, por otro, como vemos está básicamente en la intensidad del control previo al gasto y al pago y la exigencia en las primeras de acreditación del cumplimiento de la obligación, no así en las transferencias. El régimen más laxo de fiscalización de las transferencias tiene sentido si su tramitación responde realmente a la finalidad para la cual han sido concebidas. Esto es, financiar de forma genérica las actividades corrientes o de inversión de las empresas. Siendo así, su previsión en el PAIF de la empresa y el examen de su tratamiento contable por éstas en vía de control financiero, parecen suficientes para garantizar su correcta aplicación. Por el contrario, la utilización de ésta figura para financiar actuaciones concretas, como las subvenciones excepcionales, da lugar a importantes deficiencias; provoca, por un lado disfunciones en la labor de control al impedir verificar de forma exhaustiva el correcto cumplimiento de las obligaciones impuestas a la empresa; y, por otro facilita que se produzcan resultados contrarios a las normas de aplicación. Entre éstas la adopción de compromisos de obligaciones superando los límites de créditos presupuestarios, recogido en el apartado VI de éste informe que, en caso de seguirse la tramitación procedente, difícilmente se habrían producido.»

La consecuencia del instrumento inidóneo utilizado no sólo fue la falta absoluta de control por la Intervención, sino la disposición de los fondos públicos al margen de toda previsión legal. En efecto, en ese informe, después de analizar una muestra significativa de expedientes se destacan, entre otras, las siguientes y muy graves irregularidades:

"- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes. - No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico.

- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. - Respecto a las inversiones que ha de realizar HYTASAL, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de éstas".En dicho informe se concluía que la Dirección General de Trabajo "ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido"

En ese mismo Informe también se comunica lo siguiente:

b) Informe Definitivo de Cumplimiento del ejercicio 2004 (remitido por el Interventor General, el 29 de septiembre de 2006):

"Por parte del órgano gestor de los gastos, al financiar la actuación mediante transferencias corrientes, aplicación 440.51, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley 17/2003 de Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2004. Se vulnera asimismo el título VIII de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al conceder subvenciones excepcionales, prescindiendo de forma absoluta del procedimiento administrativo establecido en el artículo 107 de la misma. Se vulnera la instrucción sexta de las emitidas por la Intervención General nº 5/1997 de 6 de febrero que impide su tramitación por medio de entidad colaboradora".

c) Informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005 en la que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las subvenciones que se conceden no tienen bases de convocatoria y que procedería articular el pago de las ayudas como encargos de ejecución, siendo improcedente el uso de las transferencias de financiación, comunicado en marzo de 2007 y en este informe se hace constar que:

"La Agencia de Innovación y Desarrollo realiza intermediaciones en el pagode determinadas subvenciones excepcionales (...).

Este hecho es corroborado por la propia Agencia en sus Alegaciones de 9 de enero de 2007. Por lo tanto, IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de una subvención excepcional, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. De acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. De otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades".

La Sala destaca de tal fragmento que, de acuerdo con el mismo, "la financiación de IDEA para hacer estos pagos no debía realizarse mediante transferencia de financiación, y que tampoco cabía la utilización de IDEA como entidad colaboradora".

d) El Informe definitivo de cumplimiento de 2006 que se pronuncia en términos similares al de 2005. En el anexo del citado informe se afirma:

"Las consecuencias de la utilización de expedientes administrativos inadecuados para tramitar el envío de recursos a la empresa pública serán objeto de informe separado" que dispone: Actuaciones financiadas con la aplicación 440.51. 31LLa aplicación presupuestaria 01.14.00.01.00.440.51.31L se ha destinado íntegramente a la financiación de los convenios de colaboración suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y seguridad social. Estas actuaciones se fundamentan en un Convenio Marco firmado con fecha 17 de julio de 2001 entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía, (ahora IDEA) para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social. En aplicación del citado Convenio Marco se firman por la Agencia y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, durante los ejercicios 2001 a 2006 convenios de colaboración por los que la Dirección General encarga o encomienda a la Agencia el pago de ayudas excepcionales a terceros por importes diversos. En los convenios se prevé la financiación de las ayudas con cargo a transferencias de financiación de explotación. El procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, transferencia de financiación de explotación, no se considera adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuada".

e) Informe definitivo de Cumplimiento de IDEA, correspondiente al año 2007, que fue notificado en la Agencia IDEA el 5 de noviembre de 2008.

En la sentencia impugnada se cita literalmente el siguiente pasaje:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Conviene señalar que, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de

las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. La figura de la entidad colaboradora se recoge en el título VIII de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art.106). Su tramitación corresponde básicamente a la de toda subvención reglada; (...).En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales.La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía .Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley del Presupuesto o por las modificaciones que se aprueben conforme a la Ley. Desde esta perspectiva, podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

Frente a la idea de que la sentencia de instancia no tuvo en consideración la abundante prueba testifical de descargo es necesario señalar que la Sala de instancia examinó esa prueba de forma concreta, en particular, en el FJ. 34, en el que se afirma que "(...) tal como han manifestado los distintos Secretarios Generales y miembros de la Asesoría jurídica, la especialización del área jurídica era el derecho privado, mercantil y en materia de derecho comunitario. Habiéndose intentado en alguna ocasión la firma de un convenio con el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, sin que se llevara a término.

Igualmente debemos recoger lo manifestado por los testigos pertenecientes al área jurídica de IFA/IDEA, que en ningún caso suplen las funciones del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, y que el examen que realizaban sobre los convenios no iba más allá de correcciones formales, y siempre analizados bajo el prisma de las competencias de la Agencia, sin poder entrar a valorar otros aspectos, al residenciarse las competencias de concesión de las ayudas en la Consejería de Empleo, y no haber dispuesto nunca de los expedientes, que obraban en la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo.

Así, el testigo don Alfonso, jefe de la asesoría jurídica del IFA desde febrero de 2003 hasta junio de 2004, y Secretario General del IFA, en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, de 18 de mayo de 2015, manifestó : 'Que el declarante hubiese querido, como ya ha dicho, encargar un informe jurídico por cada convenio, pero como quiera que no llegaron a remitir los expedientes, dichos informes jurídicos no se pudieron hacer y lo más que se hacía en la Asesoría Jurídica eran una corrección sintáctica y ortográfica del contenido de dichos convenios".

La valoración de esos testimonios limita los efectos exculpatorios que el Sr. Esteban ha querido dotar a esas declaraciones y, en todo caso, en nada perjudica el criterio del tribunal de enjuiciamiento acerca de su directo conocimiento del ilegal sistema de concesión de ayudas.

141.2.2 Alegaciones sobre los Informes de la Intervención del Control Financiero Permanente notificados a IFA/IDEA bajo su mandato; sobre el conocimiento que de los mismos pudo tener y, en cualquier caso, sobre la ausencia de advertencia de ilegalidad que para IFA/IDEA en dichos informes.

Las alegaciones contenidas en este apartado del motivo se pueden resumir en las siguientes: (i) No le fueron notificados personalmente ninguno de los Informes de Control Financiero Permanente, de los que recibió información somera y sin que se le advirtiera de irregularidad alguna referida a

la entidad pública; (ii) No era su función analizar los informes que recibía IFA/IDEA, para lo cual existía una estructura de personal técnico y directivo pertenecientes a la Secretaría General y a la Dirección de Finanzas; y (iii) Los informes de la Intervención no contenían advertencia o recomendación alguna en relación a IFA/IDEA, como se acredita con las declaraciones del perito de la IGAE y de los miembros del Departamento de Finanzas del Instituto de las que ha prescindido el Tribunal.

En relación con la primera de las denuncias, debemos advertir que consta en las actuaciones el envío y recepción de tales informes en la Agencia IDEA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12.3 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, en el que se dispone que "el Interventor General dará traslado de los informes definitivos a las empresas, así como al titular de la Consejería de que dependan y al titular de la Consejería de Economía y Hacienda".

El tenor del precepto es relevante. De tales informes deben conocer los titulares de las Consejerías de Economía y Hacienda y, en el caso que nos ocupa, de Empleo, así como las "empresas". En buena lógica, si de tales informes deben conocer los máximos responsables de aquellas Consejerías, lo mismo debe predicarse del máximo responsable de la gestión de la Agencia IDEA.

En todo caso, aun admitiendo a título de hipótesis que no hubiese tenido conocimiento directo de tales informes, sería contrario a las reglas de la lógica y la razón que no fuese informado de ellos, dadas las graves irregularidades y advertencias efectuadas por la Intervención General de la Junta de Andalucía, pues tal ausencia de comunicación "carece de toda razonabilidad dentro de un desempeño mínimamente diligente de la alta función pública" tal y como se dijo en el auto de fecha 24 de junio de 2015 del Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, cuyo criterio hacemos nuestro.

En cuanto a la queja referente a que los informes de la Intervención no contenían advertencia o recomendación alguna en relación a IFA/IDEA, como se acredita con las declaraciones del perito de la IGAE y de los miembros del Departamento de Finanzas del Instituto de las que ha prescindido el Tribunal. Basta leer el contenido de las conclusiones de los informes, que ha sido transcrito en sus párrafos más relevantes con anterioridad, para comprender la gravedad de las irregularidades advertidas. En otros párrafos de esta sentencia ya hemos explicado por qué motivos no se formuló reparo o informe de actuación por la Intervención, pero, al margen de la actuación de ésta, las advertencias de ilegalidad fueron repetidas a lo largo de los años, según hemos referido con anterioridad.

141.2.3 Alegaciones sobre la naturaleza jurídica de los convenios y de las órdenes de pago y sobre la obligatoriedad que tenía la agencia IDEA de acatar dichos convenios.

En síntesis, el recurso sostiene que: (i) Los convenios particulares que el Sr. Esteban suscribió eran una encomienda administrativa de pago emitida por un órgano de la Consejería a un ente instrumental de la Junta, respecto de los cuales el IFA/IDEA no participaba en la concesión de las ayudas, ni adquiría compromisos frente a terceros. A tal efecto selecciona diversos fragmentos de las declaraciones de distintos peritos que depusieron a instancia de los acusados, de quien fue Interventor Delegado en la Consejería de Empleo y del letrado Mayor del Consejo Consultivo. (ii) El IFA no actuaba como entidad colaboradora, sino como ente instrumental y ello, aun cuando era posible su intervención como entidad colaboradora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.2 y 3 de la Ley General de Subvenciones .

En ambos casos, nos hallamos ante cuestiones de naturaleza sustantiva, que han recibido debida respuesta en los Fundamentos Jurídicos precedentes de esta resolución.

Sin perjuicio de ello, daremos breve respuesta a ambas denuncias.

La primera de ellas debe ser inadmitida, pues, como hemos expuesto, los convenios particulares fueron suscritos por el Director General sin cobertura alguna, por cuanto " el plazo de duración del presente Convenio (Marco) comprenderá hasta el día 31 de diciembre de 2003, de no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes" (Estipulación Cuarta); y, asimismo, dado que la participación en ellos es incuestionable, pues los suscribió, pese a que pudo negarse a ello, contribuyó de forma decisiva a la definitiva ejecución del ilegal sistema de concesión de ayudas, pues sin la suscripción de los convenios particulares no habría sido posible realizar el pago de ninguna de ellas.

En este sentido, la sentencia impugnada alude a la posibilidad del Sr. Esteban de negarse a firmar los convenios particulares (en contra de lo sostenido por él) quedó acreditada en la carta que remitió al Director General de trabajo, en fecha 19 de abril de 2007, a la que hemos hechos antes referencia. Dice así:

"De acuerdo con las conversaciones mantenidas en el día de ayer en esta Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, en tanto no se produzca una disminución del déficit presupuestario existente en relación a los convenios que se vienen firmando con esa Dirección General, o alterativamente, se consiga una periodificación plurianual de compromisos y dotaciones, que cuente con el visto bueno de vuestra Secretaría General Técnica, no se procederá a la firma de ningún nuevo convenio distinto de los acordados entre las partes hasta el día de hoy. Para un nuevo convenio será precisa la disminución de dicho déficit en una cuantía superior a la que signifique el nuevo expediente que se proponga o, como se indica, el déficit total desaparezca como tal al enmarcarlo en un enfoque plurianual".

La segunda de las denuncias debe, asimismo, ser inadmitida ya que la Audiencia Provincial llegó a la conclusión de que el IFA/IDEA estaba actuando como entidad colaboradora (no como un ente instrumental) y que, sin embargo, no podía actuar como tal en los supuestos de concesión de subvenciones excepcionales, después de valorar la normativa relativa a la concesión de ayudas y subvenciones excepcionales y la reguladora del IFA/IDEA; y después de examinar distintos informes que así lo afirmaban obrantes en las actuaciones.

En concreto y entre otros se refiere: (i) al informe del Gabinete Jurídico de la Consejería de Empleo del año 2000, emitido con ocasión del análisis de una ayuda a extrabajadores de la empresa IAMASA, en el cual, de forma clara y rotunda se informaba desfavorablemente la posibilidad de la convalidación del gasto, por un defecto insubsanable, consistente, precisamente que el IFA no podía actuar como entidad colaboradora; (ii) al informe del mes noviembre del año 2000, del Interventor General, sobre el "Proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración , en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza", en el que afirmó, entre otras observaciones y en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento Andalucía, que, como entidad colaboradora, debía establecerse así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública; (iii) al Informe Adicional al de Cumplimiento del año 2003, en el que se afirma al respecto que "(...) Se vulnera la instrucción sexta de las emitidas por la Intervención General nº 5/1997 de 6 de febrero que impide su tramitación (la concesión de ayudas excepcionales) por medio de entidad colaboradora"; y (iv) a los demás informes de control financiero a los que se ha hecho referencia con ocasión del examen de la prueba de cargo.

Conviene señalar que tampoco la actuación del IFA podía enmarcarse en la figura de "encargo de ejecución" o "encomienda de gestión", dado que no realizaba ninguna operación técnica complementaria que justificase su actuación. Actuaba como mera caja pagadora con la finalidad de disociar concesión y pago de la subvención y, de esa forma, eludir todo control.

Las alegaciones se inadmiten.

141.2.4 Alegaciones sobre la actuación de la agencia IDEA durante su mandato, en la creencia y seguridad de que el rol de caja pagadora, además de ser obligatorio por la legalidad administrativa derivada de los instrumentos administrativos, venía determinada por el mandato establecido en las Leyes de Presupuestos.

En apoyo de ese argumento el motivo relaciona diversa documentación anexa a los Anteproyectos de Presupuestos; diversas alegaciones e informes obrantes en las actuaciones; distintas declaraciones prestadas por Secretarios Generales, Directores de Administración y Finanzas y técnicos de IFA/IDEA y de los peritos propuestos por las defensas.

Las alegaciones se inadmiten.

En primer lugar y según venimos reiterando a lo largo de esta resolución, nos hallamos ante una cuestión de naturaleza sustantiva a la que ya se ha dado respuesta extensamente en el fundamento jurídico undécimo. En ese apartado de la sentencia hemos dicho y volvemos a reiterar que:

(i) El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, que tiene obligación de velar por el cumplimiento de la legalidad presupuestaria, no lo hizo y remitió al Parlamento proyectos de ley de presupuestos o aprobó modificaciones presupuestarias estableciendo un criterio de presupuestación ilegal, en concreto, el uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones excepcionales. (ii) Para la aprobación parlamentaria de los proyectos de ley se remitió al órgano legislativo una documentación escasa y confusa, de forma que el Parlamento no tuvo conocimiento del destino final de las partidas aprobadas.

(iii) Se habilitaron unos créditos presupuestarios al IFA/IDEA sin que se determinara en la aprobación la forma de ejecución del gasto. Como consecuencia de estos tres factores concurrentes, si bien el Parlamento aprobó las partidas presupuestarias aludidas en el relato fáctico durante los años 2002 a 2009, también lo es que no puede afirmarse que modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones".

La aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales. La actuación del Director General de IFA/IDEA no era obligada y nos remitimos a lo expuesto en los párrafos precedentes, en relación con la posibilidad de negarse a firmar los distintos convenios particulares, como así manifestó en la carta que dirigió al Director General de Trabajo el 19 de abril de 2007.

Dicho de otro modo, si pudo negarse a suscribir nuevos convenios particulares, significa que era consciente de que la suscripción de los mismos no era obligatoria. De haber procedido así, no se hubiesen generado nuevos compromisos de pago.

Las alegaciones se inadmiten.

141.2.5 Alegaciones sobre los desfases presupuestarios.

Esta defensa sostiene que: (i) los desfases presupuestarios no eran imputables a IFA/IDEA; (ii) que no tuvo conocimiento del carácter plurianual de los compromisos adquiridos, los cuales, además, no tenían el menor impacto patrimonial en la entidad pública; y (iii) que durante su mandato y el de su sucesor disminuyó hasta desaparecer el saldo arrastrado en ejercicios anteriores, a cuyo efecto se apoya en declaraciones testificales y periciales.

En relación con la primera de las cuestiones, advertimos que la existencia de los desfases presupuestarios en las cuentas del IFA/IDEA consta documentalmente acreditado en las propias cuentas de la agencia. Su existencia, además, fue advertida de forma reiterada en los distintos Informes de Cumplimiento de la Agencia.

Debe recordarse el contenido de la carta que el Sr. Esteban remitió al Director General de Trabajo de fecha 19 de abril de 2007, en el que reconoce la existencia del déficit en el IFA/IDEA. Recordemos que en la misma afirma que "en tanto no se produzca una disminución del déficit presupuestario existente en relación a los convenios que se vienen firmando con esa Dirección General, o alterativamente, se consiga una periodificación plurianual de compromisos y dotaciones, que cuente con el visto bueno de vuestra Secretaría General Técnica, no se procederá a la firma de ningún nuevo convenio distinto de los acordados entre las partes hasta el día de hoy. Para un nuevo convenio será precisa la disminución de dicho déficit en una cuantía superior a la que signifique el nuevo expediente que se proponga o, como se indica, el déficit total desaparezca como tal al enmarcarlo en un enfoque plurianual".

En relación con la segunda de las denuncias (gastos plurianuales) el contenido de la carta antes expuesta lo contradice.

Finalmente, la denuncia relativa a que durante su mandato y el de su sucesor disminuyó, hasta desaparecer, el saldo arrastrado en ejercicios anteriores, tampoco es admisible.

Las cuentas anuales del año 2008, elaboradas en tiempos de don Laureano, que sucedió al Sr. Benjamín como Director General de la Agencia IDEA, recogieron como déficit un saldo de 33.269 miles de euros, lo que

evidencia que, si bien se produjo una efectiva reducción del déficit, no se produjo la desaparición a la que alude el motivo, como tampoco el Esteban dejara de celebrar nuevos convenios particulares.

Insistimos, la única conducta admisible tendente a reducir el déficit en las cuentas de la Agencia IDEA debió ser aquella que hubiese impedido la generación de más compromisos de pago para la Agencia.

En todo caso, y conviene insistir en ello, estos hechos (desfases presupuestarios y gastos plurianuales en los que no se seguían las normas específicamente establecidas al respecto) evidencian el conocimiento de la ilegalidad de todo el proceso. Son hechos que contravenían las normas presupuestarias y de contabilidad y que advertían de graves irregularidades que las autoridades responsables deberían haber tomado en consideración para cambiar el sistema de presupuestación y gestión. Son elementos probatorios que refuerzan y consolidan la conclusión de que el proceso seguido era conocido y se utilizaba para los fines ilícitos a que nos hemos referido con reiteración.

Las alegaciones se inadmiten.

141.2.6 Alegaciones sobre la presupuestación.

En síntesis, en el motivo se alega que la elaboración del presupuesto en IFA/IDEA no afectaba en modo alguno a la partida 440 del programa 31L, circunstancia que, en particular, se evidenció por el hecho de que en el Auto de Procedimiento Abreviado se acordó el sobreseimiento de sus predecesores en el cargo y de los responsables de la Dirección de Finanzas, todo ello, por entender el Juez de instrucción que los presupuestos de IFA venían impuestos por los de la Consejería de Empleo.

También se sostiene que la única responsabilidad de IDEA se reduce a la elaboración del anteproyecto del PEC y PAIF, lo que carece de la consideración de acto administrativo, máxime cuando la competencia para la aprobación del anteproyecto es del Consejo Rector.

Finalmente, se abunda en la idea de que la inclusión de gastos ficticios, a la que se refiere el Tribunal de instancia para justificar los créditos que se presupuestaban como transferencias de financiación, deviene en irracional desde el momento en que, en el presupuesto de 2009, se dejan de presupuestar como gastos de explotación y pasan a denominarse "actuaciones gestionadas por intermediación", por un cambio de criterio impuesto por la Dirección General de Presupuestos.

La primera de las alegaciones carece de fundamento. El hecho de que en el Auto de Procedimiento Abreviado se hubiese acordado el sobreseimiento respecto de otros investigados por su personal actuación en los hechos objeto de instrucción, en nada empece la posibilidad de que se hubiese acordado su procesamiento. La acusación ejercida por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares a través de sus escritos de conclusiones provisionales permitió a la Sala de instancia someter a juicio al Sr. Esteban y, a través de la prueba vertida en el plenario, declararle responsable de los hechos por los que ha sido enjuiciado. A ello debe añadirse que ni aquéllos llevaron a cabo la misma conducta por la que fue acusado el recurrente, ni éste ostentaba las mismas competencias que aquellos. La disimilitud, en el caso concreto, es evidente.

La última de las alegaciones, la relativa al cambio de presupuestación, fue abordada en la sentencia, al dar respuesta a una alegación semejante de don Laureano, quien sucedió como Director General de IDEA al Sr. Esteban.

Al respecto afirmó que "a raíz de la Instrucción 1/2009, de 15 de junio, en el presupuesto de IDEA de 2009, dejó de incluirse en el presupuesto de explotación, como 'Otros gastos de explotación', como había venido aconteciendo en los ejercicios anteriores. Pasando a incorporarse en el presupuesto de capital, con el nombre de 'Actuaciones gestionadas por intermediación'. Lo que no dejaba de ser también inadecuado, puesto que las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y ayudas no son transferencias de capital. Estas dificultades para encajar los pagos que hacía el IFA/IDEA, en el presupuesto de la entidad, no son sino consecuencia de la inadecuada utilización de la transferencia de financiación".

La solución es correcta. Cualquiera que fuese la denominación que se le diese al concepto por el que se recibían los fondos transferidos a partir de los presupuestos del año 2009, ello no afectaba al hecho de que durante los años anteriores se hubiese venido utilizando un concepto totalmente inadecuado y ajeno al fin al que estaban destinados.

Asimismo, la nueva previsión, tal y como justificó el tribunal de instancia, tampoco implicó que se hubiese legalizado el uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA, pues este instrumento presupuestario, como hemos expuesto a lo largo de toda la resolución, solo podía tener y tenía por objeto equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueran otorgadas o, en su caso, para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Orden de 22 de mayo de 1998, sobre elaboración de presupuestos y clasificación presupuestaria, que fue dictada por la Consejería de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 de la LHAJA.

Las alegaciones se inadmiten.

141.2.7 Alegaciones sobre la valoración de la prueba en relación con el delito de malversación de caudales públicos.

En el motivo sexto del recurso se alega que la valoración de la prueba realizada en lo relativo al delito de malversación de caudales públicos es irracional, ilógica y arbitraria. Al respecto se alega que ha sido condenado por

haber tenido conocimiento del Informe Adicional de cumplimiento del IFA correspondiente a 2003 y frente a ello se oponen los siguientes argumentos de descargo: (i) El Sr. Laureano, que sucedió en el cargo al reclamante, no fue condenado por malversación, simplemente porque no tuvo conocimiento del aludido informe, por lo que la condena que ahora se censura tuvo como elemento de prueba indiscutible ese conocimiento; (ii) El citado Informe sólo analizó 14 expedientes de ayudas concedidas entre 2001 y 2003 y dado que no se le volvió a notificar ningún informe más con ese contenido o similar es razonable suponer que entendiera que las deficiencias ya habían sido subsanadas, (iii) En todo caso las irregularidades a que alude el informe no establecen que alguien se estuviera apropiando de fondos públicos ni que estuviera desviando fondos públicos para una finalidad ajena al interés general.

El Sr. Esteban no ha sido condenado por el delito de malversación con base, exclusiva, en el contenido del Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2003. La prueba expuesta, que hemos examinado, evidencia que el conocimiento de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento tuvo su origen en múltiple prueba distinta de aquel informe. Asimismo, evidencia que, pese a tal conocimiento, firmó un total de 40 convenios particulares, en virtud de los cuales se comprometió el pago de diversas cantidades en concepto de ayudas y subvenciones, con cargo a los fondos transferidos a la partida 440 del programa 31L. A ello debe añadirse que, desde un punto de vista contable, las cantidades transferidas solo podían ser destinadas a cubrir unos supuestos "gastos de explotación", cuando, en realidad, fueron utilizados para el pago de las ayudas antes referidas.

En este punto conviene hacer mención de lo que hemos dicho respecto, entre otros, de don Cesareo que: "la sentencia expone y justifica de forma bastante y racional todas aquellas pruebas directas e indirectas, en virtud de las cuales asumió la virtualidad de que los fondos vinculados al programa 31L, que se nutrían con las transferencias de financiación, serían destinados al pago de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo. El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Pero el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el Sr. Cesareo asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución".

Esa misma conclusión es directamente aplicable a este recurso. En efecto, la prueba de cargo demostrativa del dolo en el delito de malversación es plural y bastante. Asimismo, constatamos que la misma fue racionalmente valorada por el Tribunal a quo.

Por todo ello, la alegación se inadmite.

141.3 Consideraciones finales.

El Sr. Esteban ha sido condenado por la comisión de sendos delitos continuados de prevaricación y malversación.

Una vez examinada la totalidad de las alegaciones de descargo efectuadas y una vez analizada la prueba incriminatoria tenida en cuenta por el Tribunal de instancia para dictar sentencia condenatoria, convenimos con el Tribunal en que el Sr. Esteban "era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados" (ordinal 12 del epígrafe Pruebas de Cargo del FJ. 31, páginas 1066 y 1067 de la sentencia de instancia).

En resumen, las pruebas acreditan que el Sr. Esteban:

(i) Ocupó el cargo de Director General de la Agencia IDEA desde el 17 de junio de 2004, hasta el 14 de mayo de 2008.

Al tiempo de su toma de posesión, se hallaba instaurado el sistema de concesión ilegal de ayudas objeto de este procedimiento, en el que, desde el punto de vista presupuestario, las transferencias de financiación al IFA/IDEA desarrollaban un papel principal, al ser el mecanismo a través del cual se dotaba de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L; y, desde el punto de vista de la ejecución del presupuesto, los convenios particulares otorgados al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 constituyeron el instrumento a través del cual se comprometieron las ayudas que finalmente eran pagadas por el IFA/IDEA, que, a tal efecto, actuaba indebidamente como entidad colaboradora de la Consejería de Empleo.

(ii) Al menos desde que le fueron comunicados el Informe Adicional al de Cumplimiento del ejercicio 2003 de la Agencia IDEA (el día 25 de julio de 2005), formulado por la Intervención General de la Junta de Andalucía y los sucesivos Informes de Cumplimiento, en su condición de Director General de IDEA, tuvo conocimiento tanto del inadecuado uso de las transferencias para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L; como de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, de conformidad con la normativa vigente, así como de las graves irregularidades que se realizaban en la tramitación de los expedientes tramitados por la Dirección General de Trabajo.

(iii) Pese a ese conocimiento, firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001

(iv) A través de esos convenios, se comprometió el pago de cantidades sin cobertura presupuestaria, lo que conllevó que el IFA reconoció un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esas cantidades, causando un déficit en las cuentas de la Agencia IDEA. Ese resultado negativo provocó una disminución neta por ese importe de los fondos propios y esa disminución, siquiera temporal, de los fondos propios del organismo, afectó a determinadas magnitudes financieras, en particular, al fondo de maniobra/capital circulante, a la autonomía financiera, al endeudamiento y a la solvencia. Fue consiente de ese déficit, en la medida en que era el encargado de elaborar las Cuentas de la Agencia IDEA y, asimismo, por cuanto le fue advertido en los Informes antes referidos.

(v) De acuerdo con lo expuesto, el Sr. Esteban, consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en cuyo desarrollo y ejecución intervino de forma directa (en particular, al firmar los convenios particulares), asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran dispuestos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

Por todo ello, concluimos que participó de forma consciente en la totalidad de los hechos expuestos en el factum de la sentencia a él atribuidos, al resultar acreditados por prueba suficiente al efecto, y, por tanto, que ninguna vulneración de su derecho a la presunción de inocencia se ha producido. La prueba de cargo fue bastante y su valoración lógica y racional.

El motivo se desestima.

XXVI RECURSO DE DON Laureano

142. Motivo por infracción de ley: Insuficiencia del relato fáctico.

En el primer motivo se censura que en los hechos probados y en relación con la participación del Sr. Laureano no se indica ningún hecho que pueda ser subsumido en el delito de prevaricación, único por el que ha sido condenado. Se denuncia la vulneración del principio de legalidad penal porque a pesar de que los hechos probados se extienden a lo largo de 67 folios no se describe respecto de él hecho alguno constitutivo de delito.

Este motivo es de factura similar al formulado por el Sr. Esteban, con independencia de la defectuosa técnica casacional empleada al mezclar la vulneración de derechos fundamentales y la infracción de ley, cauce este último que es el procedente ya que lo que, en definitiva, se censura por omisión del relato fáctico, es que en éste, dada su redacción, no se describe el dictado de resolución alguna.

Por tanto, debemos hacer el análisis exclusivamente a partir del contenido de ese relato y los hechos que se le han atribuido son los siguientes:

(i) "A partir del mes de junio de 2008, gran parte de las ayudas dadas con cargo a la partida 31L, fueron pagadas por la Agencia IDEA, con la exclusiva autorización de su Director General, no siendo ya incluidas en las sesiones del Consejo Rector, al modularse sus cuantías por debajo de los 450.000 euros. Siendo el acusado Laureano, Director General de la Agencia, desde el 14-5-2008 hasta el 22-12-2009". (HP 6º.6) (ii) "El acusado Laureano, como Director General de la Agencia, formuló el 24/07/2009, las cuentas anuales del 2008, las cuales recogían como déficit un saldo de 33.269 miles de euros, sin que se recogiese éste como incertidumbre en el informe de auditoría de fecha 25/09/2009, al haber remitido el acusado Domingo, de nuevo, un escrito a los auditores, el 15/07/2009, en los mismos términos que el del ejercicio 2007". (HP 13º)(iii) Para el pago de las subvenciones en el ejercicio 2009, se dejaron de suscribir convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo e IDEA, dictándose por el Director General de Trabajo, resoluciones de órdenes de pago a IDEA, de las subvenciones concedidas por aquélla, recogándose en el cuerpo de la resolución que el expediente obraba en dicho centro directivo, y ordenándose el pago por el Director General de IDEA.

Estos expedientes no fueron sometidos a la debida fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo, ni, al igual que las de ejercicios anteriores, se recogieron en la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma andaluza. Realmente, aun cuando en el ejercicio de 2009, la documentación tramitada para estas ayudas tuviese una mayor formalidad y apariencia de expediente, se seguían produciendo los incumplimientos y deficiencias que ya han sido descritos en la tramitación y concesión de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. La sustitución del sistema de convenios particulares por la Dirección General de Trabajo-IDEA, los cuales detallaban el total de las ayudas que se debía materializar, conforme a un calendario de pagos que en muy pocas ocasiones se cumplió, generando un mayor déficit por intereses, por el de resoluciones individuales de pago, tenía un efecto buscado, pues estas resoluciones no detallaban el total de la subvención concedida, sino sólo el pago parcial que la resolución ordena, lo que impedía conocer los compromisos de gastos totales que hubiera podido adquirir la Consejería de Empleo frente a terceros. Es decir, el sistema de convenios hacía visible el déficit en la contabilidad de la Agencia IDEA, que se llegó a reflejar como incertidumbre en los informes de auditoría, mientras que el método de resoluciones de pago parcial no ponía de manifiesto la falta de crédito presupuestario, puesto que la contabilidad de IDEA registraba solo lo que pagaba, no el compromiso de pago.

La defensa ha omitido citar íntegramente este último párrafo del relato fáctico que, sin duda, es el más relevante, lo que reduce sensiblemente la consistencia del argumento impugnativo.

En todo caso no puede desconocerse que la sentencia impugnada al realizar la calificación jurídico penal de los hechos constitutivos de prevaricación en su fundamento jurídico cuadragésimo quinto no hace referencia a las órdenes de pago realizadas por el recurrente, ya que su análisis concluye en los convenios particulares.

No obstante, de la misma manera que no cabe incluir en el juicio de subsunción hechos no incluidos en el relato fáctico tampoco deben ser excluidos los hechos que figuren en él y en este caso el relato identifica unas resoluciones dictadas por el Director General a través de las que se instrumentaron pagos de elevada cuantía. La sentencia cifra los compromisos de pago solo durante 2009 en la cantidad de 80.720.634 euros.

Podría pensarse que los referidos hechos no son suficientes para proceder al juicio de subsunción normativa porque omiten la descripción de elementos esenciales del tipo como la arbitrariedad de las resoluciones o la actuación dolosa, sin embargo los párrafos del relato fáctico que hemos entresacado y que se refieren directamente al Sr. Laureano deben ponerse en relación con el resto del relato histórico en el que se describe que toda esta operativa se hizo durante 9 años conociendo las irregularidades que se estaban produciendo en la concesión y gestión de las ayudas y con la finalidad de que el Director General de Trabajo dispusiera libérrimamente de los fondos públicos sin sujeción a la fiscalización previa de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin la tramitación de los expedientes correspondientes. En ese contexto debe entenderse la intervención del Sr. Laureano. Distinto es si éste tenía o no conocimiento de lo que estaba sucediendo, pero se trata de una cuestión de valoración probatoria que será analizada en el motivo de casación en el que se ha denunciado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En lo que ahora interesa, el relato fáctico es suficientemente descriptivo de los hechos calificados como delito de prevaricación administrativa.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

143. Motivo por infracción de ley: Indebida aplicación del artículo 404 del Código Penal porque los hechos probados no describen una acción constitutiva de delito.

En el segundo motivo se defiende la legalidad de la actuación del IFA como caja pagadora. El motivo plantea las mismas cuestiones que el segundo de los motivos del recurso de Esteban, razón por la cual debe correr igual suerte desestimatoria, dando por reproducidos los argumentos expuestos al contestar dicho motivo.

144. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haber sido apreciada como prueba de cargo una declaración policial no incorporada al juicio plenario.

Al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española y subsecuente vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la única prueba de cargo que toma en consideración el Tribunal para acreditar el conocimiento por el acusado del contenido del informe Garrigues, no es una prueba válida para sostener la condena. Se trata de la declaración policial de doña Encarnación, que no ha sido ratificada en debida forma en el plenario, con las exigencias derivadas del principio de contradicción.

Para sostener su aserto, se basa en las siguientes consideraciones:

a) En ninguna de las declaraciones prestadas en fase de instrucción fue interrogada sobre si al acusado se le notificó o tuvo conocimiento del contenido del informe GARRIGUES, razón por la cual el Tribunal tuvo que rebuscar en las declaraciones policiales para dar por probado dicho conocimiento.

b) En la declaración prestada en el plenario, ni las partes acusadoras, ni las defensas, ni el Presidente del Tribunal interrogaron a la testigo sobre el conocimiento que tenía el acusado del citado informe.

c) La testigo, a preguntas de la defensa de don Cesareo y Evelio, se limitó a ratificar, en abstracto y de manera genérica, las declaraciones policiales y sumariales prestadas, sin la menor mención a la fecha de la declaración, ubicación en la causa o dato identificativo de clase alguna.

Por consiguiente, el motivo concluye que una ratificación genérica de diversas declaraciones prestadas durante la instrucción de la causa, sin referencia concreta a los extremos del testimonio que debían ratificarse, no es apta como prueba de cargo, ni cubre los parámetros de la necesaria contradicción exigida por la doctrina jurisprudencial para otorgar validez a las pruebas practicadas durante la instrucción sumarial.

La pretensión debe rechazarse de plano, porque se apoya en una visión distorsionada, parcial y sesgada de la declaración prestada en el plenario por la testigo, como se acredita con el examen de las actuaciones que autoriza el art. 899 de la LECrim. Además, debe recordarse que el informe Garrigues no es la única prueba de cargo que pesa contra el acusado, y aunque se entendiera que el mismo no tuvo conocimiento del informe, las restantes pruebas valoradas por el Tribunal, que hemos expuesto en el motivo anterior, serían suficientes para sostener la condena.

En efecto, el visionado de la videograbación del juicio oral pone de manifiesto el carácter infundado del alegato.

La testigo prestó declaración durante tres sesiones, días 28, 29 y 30 de mayo de 2018. El Fiscal, formuló una extensa batería de preguntas a la testigo, interrogatorio que se prolongó durante dos sesiones. En concreto, y

por lo que se refiere al informe GARRIGUES, fueron numerosas las preguntas y las respuestas sobre la génesis del informe, su contenido, sus destinatarios y las personas que tuvieron conocimiento del mismo.

De las respuestas de la testigo, extraídas de la videograbación, se pueden destacar las siguientes:

- El informe GARRIGUES tenía por objeto determinar los procedimientos que se aplicaban y establecer un protocolo de actuación y un modelo para la concesión de las ayudas. Para su elaboración se examinaron, por la encargada de su confección, los expedientes que se tramitaban en la DGT.

- Entregó los primeros borradores del informe a don Ruperto (Director de Administración y Finanzas de IDEA), que junto al Sr. Laureano eran los interlocutores de la Agencia. Precisamente, y por indicación de Ruperto, se cambió un párrafo del informe para señalar que las resoluciones, que iban a sustituir a los convenios, debían someterse a la fiscalización previa en la DGT.

- Se entregó copia del informe a los máximos responsables de las Consejerías de Empleo e Innovación, y con el acuerdo de IDEA se trabajó en el nuevo protocolo.

- En una reunión a la que asistieron Laureano y Ruperto, por parte de IDEA, y Amadeo por la DGT, examinaron el informe y acordaron que los convenios serían sustituidos por resoluciones y que serían devueltos los convenios ya firmados, negándose los responsables de la Agencia a que las resoluciones se firmaran, conjuntamente, con el Director General de Trabajo.

- Mantuvo relaciones directas con el Sr. Ruperto para solucionar el problema del déficit.

A preguntas de uno de los letrados de la defensa, que no aparece identificado en la grabación, en la sesión del día 29, negó que la Intervención de la Junta tuviera conocimiento del acuerdo, en el que solamente intervinieron los dos responsables de la DGT y de IDEA. Y, a preguntas del letrado Sr. Mohedano en la sesión del día 30, manifestó que IDEA estaba de acuerdo, después del informe GARRIGUES, en sustituir el sistema de concesión de las ayudas por la encomienda de gestión.

Por consiguiente, no es cierto que la testigo no fuera interrogada sobre el conocimiento que el acusado pudo tener del contenido del llamado informe GARRIGUES, y, con evidente deslealtad procesal y ocultando la relevante información que se desprende del interrogatorio en su integridad, acude a un subterfugio para la defensa de su pretensión, concretamente, la respuesta genérica de ratificación de sus declaraciones anteriores a la pregunta formulada por el último de los letrados intervinientes en el interrogatorio en la sesión del día 30, letrado que representaba a otros acusados.

Pues bien, la respuesta, que el motivo casacional califica como genérica, es la adecuada a la pregunta que se le hizo. En efecto, a la testigo se le preguntó, después de un denso y detallado interrogatorio en las dos sesiones anteriores, si ratificaba sus declaraciones anteriores prestadas durante la instrucción, respondiendo afirmativamente, tras mantener un tenso debate con el letrado.

Sin embargo, no se le dirigió pregunta alguna sobre aspectos concretos de sus anteriores declaraciones que precisaran de aclaraciones y que justificaran la pregunta sobre su ratificación. Como tampoco las hizo el letrado que asumió su defensa. Asistiría razón a la defensa, si un interrogatorio infructuoso en el plenario se pretendiera sustituir por una ratificación genérica o abstracta de anteriores declaraciones, sin concretar aquello que se pretende ratificar.

Una pregunta genérica sobre la ratificación de anteriores declaraciones, no tiene valor alguno a los efectos de otorgar validez a dichos testimonios, aunque sea una práctica corriente en los Tribunales. Como, acertadamente señala la doctrina jurisprudencial, sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 de LECrim) o bien una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción (por todas, STS 733/2016, de 5 de octubre).

Pero no sucede así en el caso enjuiciado, porque, expresamente, fue interrogada la testigo en el juicio oral sobre el conocimiento que el acusado tenía del informe GARRIGUES y las respuestas que ofreció, coincidentes con las prestadas en su declaración policial ratificada ante el juez de instrucción, acreditan, de forma fehaciente, dicho conocimiento por el acusado.

El motivo, en consecuencia, es inviable.

145. Motivo por infracción de derecho constitucional: Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el motivo tercero y cuarto de este recurso se censura la sentencia, por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim, denunciando la vulneración, entre otros, del derecho a la presunción de inocencia. Daremos, a continuación, respuesta a los dos motivos conjuntamente, siguiendo en nuestra exposición el mismo esquema expositivo que en motivos anteriores sobre este mismo reproche casacional.

145.1 Pruebas de cargo valoradas por el tribunal de instancia.

La sentencia de instancia ha condenado al Sr. Laureano exclusivamente por la comisión de un delito continuado de prevaricación administrativa, afirmando como probado que era plenamente consciente de la ilegalidad de los actos en los que participó.

Para llegar a esa afirmación se tuvieron en cuenta las siguientes pruebas:

(i) La prueba documental acredita que fue Director General de la Agencia IDEA desde el 14/05/2008 hasta el 22/09/2009 y durante el tiempo en que ejerció el cargo firmó diversos convenios de ayudas sociolaborales y a empresas con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (Prueba de cargo 1).

De esta prueba, merecen destacarse dos aspectos: sus competencias y la firma de los convenios particulares, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

En primer lugar y en relación con el cargo y las competencias del Sr. Laureano al tiempo de los hechos, únicamente mencionaremos que conforme al artículo 13 del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprobaron los Estatutos de la Agencia IDEA le correspondían, como titular de la Dirección General, entre otras, las siguientes atribuciones:

"a) Elevar y proponer al Consejo Rector cuantos asuntos hayan de ser objeto de su consideración y, concretamente, los siguientes para su aprobación: el Plan Estratégico de la Agencia, las propuestas de programa de inversiones plurianuales, programa de actuación, inversiones y financiación y anteproyecto de presupuesto para su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, así como los datos y documentación necesaria para la formulación por el Consejo Rector del balance, cuentas de pérdidas y ganancias y memoria explicativa de la gestión de la Agencia. (...)

h) Llevar la firma del Ente Público.

i) Disponer las actuaciones e inversiones de la Agencia y sus empresas cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo no exceda de cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros), a excepción de los gastos de personal y mantenimiento, para los que podrá disponer el gasto que suponga la nómina y facturación mensual.

j) Proponer al Consejo Rector para su aprobación las actuaciones e inversiones de la Agencia y de sus empresas, cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo sea superior a cuatrocientos cincuenta mil euros (450.000 euros) e inferior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros).

k) Proponer al Consejo Rector para su aprobación las actuaciones e inversiones de la Agencia y de sus empresas cuyo gasto, compromiso de pago o riesgo sea igual o superior a un millón doscientos mil euros (1.200.000 euros), que deberán ser ratificadas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. (...)"

(ii) A partir del mes de junio de 2008 (es decir, un mes después de que hubiese accedido a su cargo), gran parte de las ayudas concedidas fueron pagadas por la agencia IDEA con su exclusiva autorización, al modularse su cuantía de forma directa por debajo de los 450.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 i) del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia IDEA (prueba de cargo 4).

Con ello, se excluyó la necesidad de que el Consejo Rector de la Agencia IDEA tuviese que intervenir, ya para aprobarlas de forma definitiva (caso de las ayudas superiores a 450.000 euros, pero inferiores a 1.200.000 euros), ya para aprobarlas a expensas de que fuesen ratificadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (caso de las ayudas por importe superior a 1.200.000 euros).

Todos los convenios particulares tenían como base el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 que, sin embargo, era un instrumento inhábil para la celebración de convenios particulares, pues, de conformidad con su estipulación cuarta: "El plazo de duración (...) comprenderá hasta el día 31 de diciembre de 2003, de no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes", sin que se hubiese previsto prórroga del mismo ni expresa ni tácita.

A ello debe añadirse que, también como hemos dicho, los convenios particulares y los expedientes administrativos tramitados al efecto, de acuerdo con el ilegal sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento, tampoco fueron sometidos a la debida fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo (Prueba de cargo 2).

(iii) Como Director General de IDEA el 24/07/2009 formuló las cuentas anuales del ejercicio 2008, que recogían un déficit de 33.269 miles de euros, sin que éste se recogiese como incertidumbre en el Informe de Auditoría de la firma PRICE WATER HOUSE COOPERS de 25/09/2009 porque remitió un escrito a los auditores el 15/07/2009 en los mismos términos que se hizo en el ejercicio 2007, comprometiéndose en nombre de la Consejería de Empleo a cubrir cualquier eventual necesidad financiera de la agencia (Prueba de cargo 3).

El texto de la carta es el siguiente:

"En relación con la auditoría de las cuentas anuales de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante IDEA), a 31 de diciembre de 2008, que esa entidad viene realizando, le indico lo siguiente: Con respecto al saldo deudor que la Agencia IDEA mantiene dentro del subepígrafe de 'financiación de actuaciones', por importe de 33.269 miles de euros dentro del activo del balance, facilitado por su entidad, que recoge las ayudas aprobadas por la Agencia con cargo a determinados convenios firmados con la Consejería de Empleo no cubiertos con las dotaciones de fondos realizadas hasta 31 de diciembre de 2008, les traslado el compromiso de esta Consejería de Empleo de cubrir cualquier eventual necesidad financiera de la Agencia que pudiese producirse antes de finales del 2009".

En la sentencia de instancia se destacan una serie de informes demostrativos de que tuvo conocimiento del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Empleo. A tales informes se refieren las Pruebas de cargo 5, 6 y 8.

(iv) También tuvo conocimiento directo del Informe de Cumplimiento del IFA, correspondiente al año 2007, con fecha de remisión 31 de octubre de 2008, y que fue notificado en la Agencia IDEA el 5 de noviembre de 2008 (Prueba de cargo 5).

En concreto, en la sentencia impugnada se cita literalmente el siguiente pasaje:

"IDEA ha intervenido como entidad colaboradora de la propia Consejería, lo que, tratándose de subvenciones excepcionales, no tiene cabida en la Ley 38/2003, General de Subvenciones, de 17 de noviembre. Conviene señalar que, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública, y la Instrucción nº 5/1987, de 6 de febrero, de esta Intervención General, por la que se dictan normas para la fiscalización previa de los expedientes de subvenciones otorgadas con carácter excepcional y en supuestos especiales, la entrega y distribución de fondos públicos a los beneficiarios a través de una entidad colaboradora, se efectuará dentro del contexto de unas bases o normas reguladoras, por lo que esta entrega no podrá realizarse a través de subvenciones excepcionales ni tramitarse estas últimas a través de dichas entidades colaboradoras. Por otra parte, la financiación para la Empresa Pública para hacer frente a estos pagos debió realizarse mediante la figura del encargo de ejecución y no de la transferencia de financiación, que tienen como destino la financiación de las actividades u operaciones no singularizadas de dichas entidades. La figura de la entidad colaboradora se recoge en el título VIII de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 106). Su tramitación corresponde básicamente a la de toda subvención reglada; (...). En todo caso, esta figura no está prevista por la regulación actual para la concesión de subvenciones excepcionales. La figura procedente para materializar desde un punto de vista administrativo y presupuestario la concesión y pago de las ayudas, es el expediente de subvención excepcional, no reglada, previstas en el artículo 107 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Procede aludir aquí al principio esencial del carácter limitativo de los créditos en cuanto a su destino. El artículo 38 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley del Presupuesto o por las modificaciones que se aprueben conforme a la Ley. Desde esta perspectiva, podemos encontrarnos ante la vulneración de esta norma al ser utilizados créditos que, por definición, han sido aprobados para financiar la gestión ordinaria de la empresa por medio de transferencias de explotación, para financiar actuaciones objeto de un expediente de subvención excepcional".

(v) Recibió el informe definitivo de PAIF de 2006, de fecha 30 de octubre de 2008, pues fue recibido en la Agencia IDEA el 5 de noviembre de 2008 (Prueba de cargo 6).

En este informe, en su página 363, bajo la rúbrica "Principales desviaciones del Presupuesto de explotación", se afirma que:

"La partida de otros gastos de gestión corriente arroja una ejecución de 525.689€ siendo su previsión de 88.381.000€. La razón de esta desviación se encuentra en el diferente tratamiento presupuestario, impuesto por la Dirección General de Presupuestos que exige la imputación a este epígrafe de todas las dotaciones presupuestarias del capítulo IV (subvenciones y transferencias corrientes) con independencia de su verdadero destino, que marca su tratamiento contable".

(vi) conocimiento directo del Informe del Despacho GARRIGUES de fecha 22 de octubre de 2009, que fue encargado, en el mes de julio de 2009, por Don Amadeo, entonces Director General de Trabajo, en el que se examinó la posibilidad de implantar "líneas de apoyo excepcional de carácter sociolaboral al amparo del art. 107 de la ley 5/83" (Prueba de cargo 8).

Como hemos expuesto respecto en otros recursos, la testigo doña Encarnación, en su declaración de fecha 2 de febrero de 2012, ante los agentes actuantes, al ser preguntada por los destinatarios del mismo, afirmó que:

"Los destinatarios del informe (anexo 35) son: CONSEJERO (Mariano) y más personal del Gabinete del Consejero que mandaron la réplica, VICECONSEJERO (Domingo) y el DGTSS (Amadeo). Que tanto Laureano como Ruperto (IDEA) fueron destinatarios de este informe".

Al efecto conviene recordar que tal declaración fue ratificada ante el Juez de instrucción y sometida a contradicción en el acto del plenario, motivo por el cual el tribunal a quo la estimó como susceptible de ser valorada.

Al igual que hemos reseñado en la contestación al recurso del Sr. Amadeo, En este Informe se advierte la absoluta ilegalidad del procedimiento seguido en la concesión de las ayudas sociolaborales desde el año 2000.

Según consta documentalmente se establecen las siguientes conclusiones:

- Las ayudas deben calificarse como subvenciones excepcionales. - Su concesión debe ser motivada en cada caso. - Su otorgamiento por el Director General de Trabajo precisa de una delegación por parte del Consejero de Empleo.

- Se ha eliminado el trámite esencial de fiscalización previa. - Se ha omitido el requisito de su publicación en el BOJA y de su inscripción en la Base de Datos de Subvenciones de la Junta de Andalucía. - En su concesión se debe observar un procedimiento, singularmente se debe cumplir con la exigencia de que el beneficiario esté al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. - Aun cuando el concepto al que se destinen sean las nóminas de los trabajadores el beneficiario es la empresa.

Conviene recordar que, si bien el Informe GARRIGUES tiene fecha de 22 de octubre de 2009 y el Sr. Laureano cesó en su cargo el 22 de septiembre de ese mismo año (lo que podría dar a entender que no tuvo conocimiento del mismo) los borradores de ese informe le fueron enviados, tal y como afirmó la testigo doña Encarnación.

(vii) La recepción de las transferencias de financiación exigía cuadrar la contabilidad del presupuesto del IFA /IDEA, ya que formalmente las transferencias de financiación se recibían para cubrir los gastos de explotación, por lo que hasta el ejercicio 2009 se compensaron esos ingresos con un incremento ficticio de los gastos de explotación (Prueba de cargo 7).

(viii) A pesar del conocimiento que tenía de la ilegalidad de todo el sistema, como Director General de la Agencia IDEA, durante el ejercicio de 2008 y según consta por prueba documental firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del Convenio Marco de 2001.

Y, asimismo, que, a partir del mes de julio de 2009, al haberse sustituido la celebración de convenios particulares por el dictado de resoluciones por parte del Director General de Trabajo, su papel se limitó a ejecutar el pago ordenado por aquel (Pruebas de cargo 2 y 7), sin perjuicio de que era perfectamente consciente de la ilegalidad de ejecutar aquellas órdenes.

De conformidad con la prueba expuesta, la sentencia impugnada concluye que el Sr. Laureano fue plenamente consciente de la existencia del déficit contable expuesto y de que el mismo respondía a los compromisos asumidos por la Agencia IDEA, derivados de la firma de los distintos convenios particulares, al margen de la legalidad vigente, pese a lo cual, continuó suscribiendo otros convenios particulares, al amparo del Convenio Marco de 2001, en particular, durante el año 2008 y, en todo caso, continuó autorizando el pago de las ayudas y subvenciones comprometidas por la Dirección General de Trabajo.

145.2 Alegaciones de descargo.

El juicio sobre la prueba de la sentencia de instancia ha sido objeto de censura, en atención a las alegaciones a los que ahora damos respuesta.

145.2.1 Alegaciones relativas al hecho de cómo recaló en la Agencia IDEA, su conocimiento del programa 31L de la Consejería de Empleo y el rol de la Agencia en el mismo (sic).

Las mismas pueden reducirse a las siguientes: (a) no hizo nada diferente de lo que se venía haciendo en IFA/IDEA durante siete años de forma casi automática, en la que la Agencia no tenía facultad de decisión; (b) y su actuación se limitó a firmar los convenios y cumplir las órdenes de pago ordenadas por un superior jerárquico, siempre con el visto bueno de la Asesoría Jurídica, Secretaría General y del Departamento de Administración y Finanzas de IFA/IDEA, sin que por estos organismos internos, ni por la Intervención de la Agencia se le advirtiera de un actuar contrario a la ley.

Las alegaciones se inadmiten.

En relación con la primera de las cuestiones, debemos advertir que el reclamante no ha sido condenado por la ilegalidad de los hechos acaecidos con anterioridad a su acceso al cargo de Director General de la Agencia IDEA.

Su responsabilidad radica en el hecho de que, ostentando tal cargo, fue consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas y, pese a ello, continuó firmando los distintos convenios particulares en los que intervino y ejecutando las diversas órdenes de pago que desde la Dirección General de Trabajo se le remitían.

La Audiencia Provincial ha sido categórica al respecto. Afirma, al dar respuesta a una de las alegaciones exculpatoria efectuadas en el acto del plenario (consistente en que "nada pudo hacer para evitarlo"), que "podía negarse a firmar nuevos convenios particulares, o a realizar los pagos derivados de las resoluciones que sustituyeron a los convenios particulares, en tanto en cuanto no tuviera cobertura presupuestaria", tal y como manifestó su predecesor en el cargo, pues consta que así lo hizo en una carta dirigida al Director General de Trabajo, en fecha 19 de abril de 2007). El contenido de la carta es muy significativo:

"En tanto no se produzca una disminución del déficit presupuestario existente en relación a los convenios que se vienen firmando con esa dirección general, o alternativamente se consiga una periodificación plurianual de compromisos y dotaciones, que cuenta con el visto bueno de vuestra Secretaría general técnica, no se procederá a la firma de ningún nuevo convenio distinto de los acordados entre las partes hasta el día de hoy"

En segundo lugar, respecto de la denuncia de ausencia de advertencia de la ilegalidad de los convenios particulares, constatamos que la ausencia de informes concretos por parte de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo tuvo su origen, como hemos expuesto, precisamente en la instauración del sistema ilegal de concesión de ayudas que nos ocupa (pues una de sus finalidades principales consistía, precisamente, en la eludir la actividad fiscalizadora de aquella) y el hecho de que se contase con el visto bueno de distintos departamentos de IFA/IDEA no obsta que fuese directo conocedor de la ilegalidad del señalado sistema, en particular, dado el

contenido de los informes de cumplimiento antes expuestos y, en concreto, del Informe de Cumplimiento del IFA correspondiente al año 2007, al que antes nos hemos referido.

Por todo ello, las alegaciones se inadmiten.

145.2.2 Alegaciones relativas a los informes de la Intervención del Control Financiero Permanente notificados a IDEA bajo su mandato; al conocimiento que de ellos pudo tener; y, en cualquier caso, sobre la ausencia de advertencia de ilegalidad que para la agencia IDEA se contenían en dichos informes.

Los argumentos que incorpora este apartado del recurso se pueden resumir en los siguientes: (a) no le fueron notificados personalmente ninguno de los Informes de Control Financiero Permanente, de los que recibió información somera y sin que se le advirtiera de irregularidad alguna referida a la entidad pública; (b) no analizó los informes que recibía IDEA, para ello existía una estructura de personal técnico y directivo pertenecientes a la Secretaría General y a la Dirección de Finanzas; (c) los informes de la Intervención no contenían advertencia o recomendación alguna en relación con la Agencia IDEA, como se acredita con las declaraciones del perito de la IGAE y de los miembros del Departamento de Finanzas del Instituto de las que ha prescindido el Tribunal.

Las alegaciones se inadmiten.

En relación con la primera de las denuncias, debemos advertir que consta en las actuaciones la expresa remisión a la Agencia IDEA y recepción de tales informes en ella, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, que dispone:

"Artículo 12. Emisión de informes.

1. Las actuaciones de control financiero y las de control financiero permanente a que se refiere el presente Decreto, previstas en el artículo 85 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se plasmarán en la emisión de informes escritos que evaluarán la gestión económico-financiera de las empresas. (...).

3. Realizado el citado trámite, en el plazo de quince días, por la Intervención General se formularán los informes definitivos, motivándose las alegaciones desestimadas.

El Interventor General dará traslado de los informes definitivos a las empresas, así como al titular de la Consejería de que dependan y al titular de la Consejería de Economía y Hacienda".

El tenor del precepto es relevante. De tales informes deben conocer los titulares de las Consejerías de Economía y Hacienda y, en el caso que nos ocupa, de Empleo, así como las "empresas". En buena lógica, si de tales informes deben conocer los máximos responsables de aquellas Consejerías, lo mismo debe predicarse del máximo responsable de la gestión de la Agencia IDEA.

En todo caso, aun admitiendo a título de hipótesis que no hubiese tenido conocimiento directo de tales informes, sería contrario a las reglas de la lógica y la razón que no fuese informado de ellos, dadas las graves irregularidades y advertencias efectuadas por la Intervención General de la Junta de Andalucía, pues tal ausencia de comunicación "carece de toda razonabilidad dentro de un desempeño mínimamente diligente de la alta función pública" (auto de fecha 24 de junio de 2015 del Excmo. Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, antes citado).

En relación a la alegación de que los informes de la Intervención no contenían advertencia o recomendación alguna en relación con la Agencia IDEA, la Audiencia Provincial anticipó la respuesta. Los informes se remitieron, también, a la Agencia IDEA y en ellos se describieron, de forma concreta, numerosas ilegalidades que se habían llevado a cabo en la misma. Al efecto, nos remitimos al fragmento del Informe Adicional al Informe de Cumplimiento del año 2007, que hemos transcrito con anterioridad.

Las alegaciones se inadmiten.

145.2.3 Alegaciones sobre la naturaleza jurídica de los convenios particulares y de las órdenes de pago y sobre la obligatoriedad que tenía la Agencia de acatar dichos convenios.

En síntesis, esta defensa sostiene que:

(i) Los convenios particulares que suscribió eran una encomienda administrativa de pago emitida por un órgano de la Consejería a un ente instrumental de la Junta, respecto de los cuales la Agencia IDEA no participaba en la concesión de las ayudas, ni adquiría compromisos frente a terceros. A tal efecto selecciona diversos fragmentos de las declaraciones de distintos peritos que depusieron a instancia de los acusados, de quien fue Interventor Delegado en la Consejería de Empleo y del letrado Mayor del Consejo Consultivo. Lo mismo sostiene respecto de las resoluciones por las que se le ordenaba la ejecución del pago a partir de junio del año 2009 y

(ii) El IFA no actuaba como entidad colaboradora, sino como ente instrumental y ello, aun cuando era posible su intervención como entidad colaboradora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.2 y 3 de la Ley General de Subvenciones.

En ambos casos, nos hallamos ante cuestiones de naturaleza sustantiva, que han recibido debida respuesta en los Fundamentos Jurídicos precedentes de esta resolución, a los que nos remitimos y en los que se ha validado la interpretación ofrecida por la Sala de instancia en los FJ. 11 a 14 de su sentencia relativos al Convenio Marco de 17 de julio de 2001; a la naturaleza y competencia del IFA/IDEA; y a la naturaleza de las ayudas concedidas.

Sin perjuicio de ello, daremos breve respuesta a ambas denuncias.

La primera de las denuncias debe ser inadmitida, pues, como hemos expuesto, los convenios particulares fueron suscritos por el Sr. Laureano sin cobertura alguna, por cuanto "el plazo de duración del presente Convenio (Marco) comprenderá hasta el día 31 de diciembre de 2003, de no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes" (Estipulación Cuarta).

Asimismo, y en cuanto en cuanto a los convenios particulares y a las posteriores órdenes de pago, la participación del Sr. Laureano es incuestionable, pues las suscribió, pese a que pudo negarse a ello, por lo que contribuyó de forma decisiva a la definitiva ejecución del ilegal sistema de concesión de ayudas, ya que si la suscripción de los convenios particulares y sin la ejecución de las órdenes de pago derivadas de las resoluciones dictadas por el Director General de Trabajo a partir de julio del año 2009, no habría sido posible realizar el pago de ninguna de ellas.

La segunda de las denuncias debe, asimismo, ser rechazada, ya que el IFA/IDEA estaba actuando como entidad colaboradora (no como un ente instrumental) y, sin embargo, no podía actuar como tal al tratarse de la concesión de subvenciones excepcionales, de conformidad con la normativa aplicable, que ha sido extensamente descrita y analizada en esta sentencia y que encuentra apoyo en Informes de distinta procedencia:

(a) Informe del Gabinete Jurídico de la Consejería de Empleo del año 2000, emitido con ocasión del análisis de una ayuda a extrabajadores de la empresa IAMASA, en el cual, de forma clara y rotunda se informaba desfavorablemente la posibilidad de la convalidación del gasto, por un defecto insubsanable, consistente, precisamente que el IFA no podía actuar como entidad colaboradora;

(b) Informe del mes noviembre del año 2000, del Interventor General, sobre el " Proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza", en el que afirmó, entre otras observaciones y en cuanto a la intervención del Instituto de Fomento Andalucía, que, como entidad colaboradora, debía establecerse así expresamente, conforme al artículo 106 de la Ley General de la Hacienda Pública;

(c) Informe Adicional al de Cumplimiento del año 2003 en el que se afirma al respecto que "(...) Se vulnera la instrucción sexta de las emitidas por la Intervención General nº 5/1997 de 6 de febrero que impide su tramitación (la concesión de ayudas excepcionales) por medio de entidad colaboradora"; e

(d) Informes de control financiero a los que se ha hecho referencia con ocasión del examen de la prueba de cargo y, en particular, el correspondiente al año 2007.

Es cierto que algunos de estos informes fueron efectuados con anterioridad a que el Sr. Laureano accediese al cargo de Director General de IDEA. No obstante, lo determinante de esta prueba no radica en que aquél tuviese conocimiento de ellos (aunque sí lo tuvo del último de los expuestos), sino en el hecho de que desde la instauración del ilegal sistema de concesión de ayudas la Agencia IDEA (antes IFA) actuó como una entidad colaboradora de la Consejería de Empleo, en contra de la normativa vigente.

Las alegaciones se inadmiten.

145.2.4 Alegaciones relativas a la creencia de que la Agencia IDEA actuaba como caja pagadora, además de por ser obligatorio por la legalidad administrativa derivada de los instrumentos administrativos, por mandato establecido en las leyes de presupuestos.

En apoyo de su aserto, relaciona diversa documentación anexa a los Anteproyectos de Presupuestos; diversas alegaciones e informes obrantes en las actuaciones; distintas declaraciones prestadas por Secretarios Generales, Directores de Administración y Finanzas y técnicos de la Agencia IDEA y de los peritos propuestos por las defensas.

La censura tiene como soporte cuestiones de naturaleza sustantiva cuya interpretación corresponde al tribunal de instancia y son ajenas al juicio probatorio. A esta cuestión ya nos hemos referido extensamente en el fundamento jurídico undécimo. La aprobación parlamentaria ni convalidó el procedimiento instaurado ni constituía un mandato para pagar las ayudas. Hemos dicho que en las Memorias remitidas con los anteproyectos de ley de presupuestos no se mencionaba que las ayudas fueran concedidas por la Consejería de Empleo y que la actuación de IFA /IDEA se limitara al pago de tales ayudas. La información que manejaban las autoridades administrativas era mucho más amplia que la que se contenía en las fichas presupuestarias que se remitían al Parlamento, por lo que si bien es cierto que el Parlamento con su aprobación habilitó unos créditos presupuestarios, ni modificó la naturaleza de las transferencias de financiación ni autorizó la forma en que se ejecutó el gasto.

En ninguno de los documentos anexos a las Leyes de Presupuestos se establece que IFA / IDEA debiera actuar como caja pagadora. No existía mandato legal al respecto. Y en cuanto al argumento de que la actuación de la Agencia IDEA devenía en obligatoria por la legalidad administrativa, nos remitimos a lo expuesto en los párrafos precedentes, en relación con la reconocida posibilidad de negarse a firmar los distintos convenios particulares.

Las alegaciones se desestiman.

145.2.5 Alegaciones acerca de los desfases presupuestarios.

En el motivo se aduce, en síntesis, que: (i) Los desfases presupuestarios no eran imputables a la Agencia IDEA;(ii) No tuvo conocimiento del carácter plurianual de los compromisos adquiridos;(iii) Esos compromisos no

tenían el menor impacto patrimonial en la entidad pública; y (iv) Durante su mandato y el de su sucesor disminuyó hasta desaparecer el saldo arrastrado en ejercicios anteriores, a cuyo efecto se apoya en declaraciones testimoniales y periciales.

Todas estas alegaciones fueron examinadas por el tribunal de enjuiciamiento.

En relación con la primera de las cuestiones, advertimos que la existencia de los desfases presupuestarios en las cuentas de la Agencia IDEA consta documentalmente acreditada en sus propias cuentas. Su existencia, además, fue advertida de forma reiterada en los distintos Informes de Cumplimiento de la Agencia.

Es cierto y así consta en autos que esos desfases no tenían su origen en la propia actividad de la Agencia (recordemos que actuaba como caja pagadora de los compromisos adquiridos por la Dirección General de Trabajo), sino en los excesos de compromisos asumidos con terceros por el Director General de Trabajo. Sin embargo, el hecho de que la génesis del sistema no hubiese tenido lugar en la Agencia IDEA, tal y como enfatiza el Tribunal a quo, no afecta al hecho de que aquel sistema no hubiera sido posible sin la utilización de la Agencia IDEA como mera caja pagadora, lo que tuvo lugar, pese a las reiteradas censuras efectuadas por la Intervención General de la Junta de Andalucía, de las que el Sr. Laureano fue directo conocedor durante el tiempo que ostentó el cargo de Director General de la Agencia.

En relación con la segunda de las denuncias el Tribunal a quo expuso, de forma concreta y a título de ejemplo, un supuesto de firma de un convenio particular con un compromiso de pago plurianual. En concreto, el convenio que tuvo por objeto la concesión de ayudas a los trabajadores de la mercantil A- NOVO COMLINK ESPAÑA, S.L., pues este fue objeto de distintas adendas (ADDENDUM), firmadas por él con aquel objeto.

La prueba expuesta es palmaria. El Sr. Laureano no solo supo de la asunción de compromisos plurianuales por parte de la Agencia IDEA al amparo de las transferencias de financiación (lo que era ilegal), sino que la facilitó con su directa intervención.

La resolución impugnada también dio respuesta a la denuncia de que los compromisos asumidos "no tenían impacto alguno en la Agencia IDEA" (sic).

A tal efecto, afirmó que en el Informe Adicional al de cumplimiento del año 2003, dentro del apartado VI.2. " Aspectos financieros", se puso de manifiesto en síntesis, que el importe comprometido, sin cobertura, ascendía a más de 44.000.000 de euros, a fecha octubre del 2004; que el IFA había reconocido un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esa cantidad; que este resultado negativo provocaba una disminución neta por este importe de los fondos propios; y que esta disminución, siquiera temporal, de los fondos propios del organismo, afectaba a determinadas magnitudes financieras, en particular, al fondo de maniobra/capital circulante, a la autonomía financiera, al endeudamiento y a la solvencia.

Conviene destacar que la referencia al Informe Adicional al de Cumplimiento efectuada en la sentencia recurrida, lo es a los solos efectos de rebatir la alegación de descargo efectuada, pues demuestra el efectivo impacto que los compromisos asumidos por la Dirección General de Trabajo tenían en los fondos propios del IFA, lo que es plenamente aplicable a la Agencia IDEA, durante el tiempo en el que el Sr. Laureano ostentó el cargo de Director General, pues, por ejemplo y como hemos dicho, bajo su mandato firmó las cuentas anuales correspondientes al año 2008, en las que se recogió un déficit de 33.269 miles de euros (33.269.000 euros).

En todo caso, el eventual desconocimiento de tal circunstancia (que se niega de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes) en nada empece el conocimiento que tenía de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en cuyo efectiva ejecución y desarrollo participó de forma esencial.

Finalmente, en cuanto a la alegación de que durante su mandato y el de su antecesor disminuyó el déficit hasta desaparecer el saldo arrastrado en ejercicios anteriores, tampoco es estimable.

En las cuentas anuales del año 2008, que corresponden al periodo en que fue Director General se registró un déficit de 33.269 miles de euros.

Este dato evidencia que, si bien se produjo una efectiva reducción del déficit, este no desapareció durante el tiempo en que ejerció el cargo de Director General de IDEA, como tampoco conllevó que dejase de celebrar nuevos convenios particulares o dejase de ejecutar las órdenes de pago una vez que aquellos convenios fueron sustituidos por resoluciones dictadas por el Director General de Trabajo.

145.2.6 Alegaciones relativas a los cambios producidos en la Dirección General de Trabajo bajo su mandato; supresión de los desfases y cambio de modelo: de convenio particular a resolución.

En el motivo se alega lo siguiente:

(i) Si bien no intervino en la decisión de que se cambiase de modelo, sí que siempre insistió a la Dirección General de Trabajo que tenía que reducir al máximo las nuevas órdenes de pago que fueran mandando, para poder terminar de eliminar el saldo de desfases arrastrados existentes desde el año 2004 en la contabilidad de la Agencia IDEA;

(ii) Las resoluciones de órdenes de pago se ajustaban plenamente a la normativa de encomienda administrativa, respecto de la que él solo podía ordenar el pago, motivo por el que ni el Director General de la Agencia IDEA que le sucedió (Sr. Leopoldo), ni el Director General de Trabajo a diciembre de 2010 (Sr. Samuel) fueron acusados, pues la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla los excluyó del proceso;

(iii) Con el cambio de modelo no se limitó la competencia del Consejo Rector, pues seguía manteniendo la capacidad de autorizar las ayudas por importe superior a 450.000 euros; y (d) Niega que a la Agencia IDEA hubiese llegado el Informe del Despacho Garrigues, circunstancia que fue corroborada por la propia redactora del mismo Doña Covadonga, quien así lo manifestó en el plenario.

Las alegaciones se inadmiten.

La primera de ellas (el hecho de que siempre insistió a la Dirección General de Trabajo que tenía que reducir al máximo las nuevas órdenes de pago que fueran mandando, para poder terminar de eliminar el saldo de desfases arrastrados existentes desde el año 2004 en la contabilidad de la Agencia IDEA) carece de contenido exculpatorio. En nada evidencia que hubiese dejado de cumplir las órdenes de pago. Al contrario, demuestra que era conocedor de la existencia de déficit en la contabilidad de la Agencia IDEA.

La segunda de ellas (afirmación de que las resoluciones de órdenes de pago se ajustaban plenamente a la normativa de encomienda administrativa respecto de la que él solo podía ordenar el pago), debe rechazarse porque, como hemos expuesto, las órdenes, dado el objeto de las resoluciones, eran ilegales y, por tanto, el único comportamiento que hubiese justificado la exculpación hubiese sido el de su negativa a cumplirlas.

Conviene aclarar que la alegación fundada en que ni el Director General de la Agencia IDEA que le sucedió (Sr. Leopoldo), ni el Director General de Trabajo hasta diciembre de 2010 (Sr. Samuel) fueron acusados, tampoco ostenta valor exculpatorio.

No constan las circunstancias fácticas determinantes de la identidad entre la conducta desplegada por el aquí condenado y aquellas otras personas, circunstancias que tampoco son alegadas con precisión. Ese desconocimiento impide establecer nexos entre sus comportamientos. En cualquier caso, lo que sí consta es que la conducta por la que ha sido condenado no se limita a la ejecución de las órdenes de pago de las resoluciones dictadas por el Director General de Trabajo, sino, asimismo, comprende la firma de cerca de 40 convenios particulares, consciente del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Empleo, a cuyo efecto se suscribieron aquellos convenios.

En relación con la tercera de las alegaciones (afirmación de que con el cambio de modelo no se limitó la competencia del Consejo Rector, pues seguía manteniendo la capacidad de autorizar las ayudas por importe superior a 450.000 euros), advertimos, como asimismo hizo la Sala de instancia, que, en la práctica, a través de la modificación de distintos convenios inicialmente suscritos y en los que las ayudas concedidas excedían de 450.000 euros, se modificó el importe de las ayudas comprometidas por importes inferiores a tal cantidad, excluyéndose la eventual intervención del Consejo Rector y, por tanto, residenciándola en el Sr. Laureano quien, con su suscripción, de facto, se atribuyó la competencia para su aprobación.

Este es el caso del convenio particular antes citado ("Convenio que suscribe la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía -IDEA- por el que se encomienda a ésta el abono de las ayudas a los trabajadores acogidos al plan social de A-NOVO COMLINK ESPAÑA, S.L."), pues, aun cuando la aportación de la Junta de Andalucía (después de haber sido objeto de diversas adendas) ascendió a 30.581.631,37 euros, el cálculo de la ayuda no se hizo por el montante total (lo que hubiese determinado que tuviese que ser aprobado por el Consejo Rector y sometido a su ratificación al Consejo de Gobierno), sino por la cantidad que habría de recibir cada trabajador (inferior a 450.000 euros en la mayoría de los casos).

Recuérdese al respecto, que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía debía ratificar las ayudas por importe superior a 1.200.000 euros, de conformidad con el artículo 10, letra h) del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.

En la última de las denuncias se niega que a la agencia IDEA hubiese llegado el Informe GARRIGUES, circunstancia que fue corroborada por la propia redactora del mismo, doña Covadonga, quien así lo manifestó en el plenario.

También esta denuncia debe ser inadmitida. La alegación se funda, principalmente en distintas declaraciones testificales que así lo afirman y, en particular, en la declaración testifical de doña Covadonga.

Sin perjuicio de ello, como hemos expuesto, se ha justificado a lo largo de toda la sentencia de primera instancia la credibilidad que dio a la testigo doña Encarnacion, quien afirmó que, entre los destinatarios del informe realizado por el despacho GARRIGUES se encontraba, el Sr. Laureano. Tal declaración, como hemos dicho, fue ratificada ante el Juez de instrucción y sometida a contradicción en el acto del plenario, motivo por el cual esta prueba se ha valorado.

La credibilidad de la testigo fue establecida a partir del cometido que desplegó en la Dirección General de Trabajo y por el hecho de que muchas de sus afirmaciones han sido corroboradas documentalmente.

Constatada la racionalidad de la valoración relativa a la credibilidad otorgada a la testigo, no corresponde a este Tribunal seleccionar un testimonio en detrimento de otro, pues, hemos dicho, de forma reiterada, que la valoración de la credibilidad de los testigos le corresponde en exclusiva al Tribunal enjuiciador, por poder percibir la prueba en su totalidad, directa e inmediatamente (STS 342/2011, de 4 de mayo). En la vía de casación, sólo es

revisable, como se ha indicado, la coherencia racional de la valoración del Tribunal y de la declaración del testigo, en sí, que, en el presente caso, no presenta tacha alguna.

Al socaire de esta prueba, conviene dar respuesta a la denuncia de lesión del derecho a la presunción de inocencia al valorar como prueba de cargo la declaración plenaria de la Sra. Encarnación, pese a su insuficiencia, ya que sólo se le hizo "una simple pregunta (en relación con el hecho de que hubiese sido uno de los receptores del Informe GARRIGUES) y una simple respuesta (...) ofreció (...) en sede policial en calidad de investigada, sin que dicha declaración policial haya tenido acceso válido al plenario como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia".

Como destaca el Fiscal en su impugnación, estas no se ajustan a la realidad constatada en el acto del juicio oral, pues la testigo prestó declaración durante tres sesiones, días 28, 29 y 30 de mayo de 2018, en las que el Fiscal formuló múltiples preguntas a la testigo durante dos sesiones, siendo numerosas las efectuadas sobre aquel informe y múltiples las respuestas dadas por la testigo acerca de su origen, su contenido, sus destinatarios y las personas que tuvieron conocimiento del mismo, entre los que citó, de forma expresa, al Sr. Laureano.

145.2.7 Alegaciones sobre la presupuestación en la Agencia IDEA.

En síntesis, en el motivo casacional se aduce que:

(i) La elaboración del presupuesto de la Agencia IDEA no afectaba en modo alguno a la partida 440 del programa 31L, circunstancia que, en particular, se evidenció por el hecho de que en el Auto de Procedimiento Abreviado se acordó el sobreseimiento de sus predecesores en el cargo y de los responsables de la Dirección de Finanzas, todo ello, por entender el Juez de instrucción que los presupuestos de IFA venían impuestos por los de la Consejería de Empleo;

(ii) LA única responsabilidad de IDEA se reduce a la elaboración del anteproyecto del PEC y PAIF, lo que carece de la consideración de actos administrativos, máxime cuando la competencia para la aprobación del anteproyecto es del Consejo Rector; y

(iii) La tesis sobre la inclusión de gastos ficticios, a la que se refiere el Tribunal de instancia para justificar los créditos que se presupuestaban como transferencias de financiación, deviene en irracional, desde el momento en que, en el presupuesto de 2009, se dejan de presupuestar como gastos de explotación y pasan a denominarse "actuaciones gestionadas por intermediación", por un cambio de criterio impuesto por la Dirección General de Presupuestos.

La primera de las alegaciones carece de fundamento. El hecho de que en el Auto de Procedimiento Abreviado se hubiese acordado el sobreseimiento respecto de otros investigados, por su personal actuación en los hechos objeto de instrucción, en nada empece la posibilidad de enjuiciamiento del Sr. Laureano.

La acusación ejercida por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares a través de sus escritos de conclusiones provisionales permitió someter a juicio al Sr. Laureano y, a través de la prueba vertida en el plenario, declararle responsable de los hechos por los que ha sido enjuiciado.

A ello debe añadirse que ni aquéllos llevaron a cabo la misma conducta por la que éste fue acusado, ni éste ostentaba las mismas competencias que aquéllos. La disimilitud, en el caso concreto, es evidente.

La segunda de las denuncias (afirmación de que la única responsabilidad de la Agencia IDEA se reduce a la elaboración del anteproyecto del PEC y PAIF, lo que carece de la consideración de actos administrativos, máxime cuando la competencia para la aprobación del anteproyecto es del Consejo Rector) es de naturaleza sustantiva y, por ello, excede del cauce casacional invocado.

Sin perjuicio de ello, importa señalar al respecto que, como expresamente afirmó la resolución recurrida, al dar respuesta a una alegación similar efectuada en el acto del juicio oral, "no se le acusa de la manipulación de la que eran objeto los presupuestos de IFA-IDEA (...) (sino de) 'la gestión presupuestaria del programa 31 L mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA-IDEA y de las actuaciones que se llevaron a cabo'" por su parte. Conducta que ha sido examinada en los párrafos precedentes de este Fundamento Jurídico, a los que nos remitimos.

La última de las alegaciones, la relativa al cambio de presupuestación, fue abordada en la sentencia de instancia al afirmar que "a raíz de la Instrucción 1/2009, de 15 de junio, en el presupuesto de IDEA de 2009, dejó de incluirse en el presupuesto de explotación, como 'Otros gastos de explotación', como había venido aconteciendo en los ejercicios anteriores. Pasando a incorporarse en el presupuesto de capital, con el nombre de 'Actuaciones gestionadas por intermediación'. Lo que no dejaba de ser también inadecuado, puesto que las transferencias de financiación para el pago de subvenciones y ayudas no son transferencias de capital. Estas dificultades para encajar los pagos que hacía el IFA/IDEA, en el presupuesto de la entidad, no son sino consecuencia de la inadecuada utilización de la transferencia de financiación".

La solución es correcta. Cualquiera que fuese la denominación que se le diese al concepto por el que se recibían los fondos transferidos a partir de los presupuestos del año 2009, ello no afectaba al hecho de que durante los años anteriores se hubiese venido utilizando un concepto totalmente inadecuado y ajeno al fin al que estaban destinados.

Asimismo, la nueva previsión tampoco implicó que se hubiese legalizado el uso de las transferencias de financiación para dotar de fondos al IFA, pues este instrumento presupuestario, como hemos expuesto a lo largo de toda la resolución, solo podía tener y tenía por objeto equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que fueran otorgadas o, en su caso, para enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Orden de 22 de mayo de 1998, sobre elaboración de presupuestos y clasificación presupuestaria, que fue dictada por la Consejería de Economía y Hacienda, conforme con lo establecido en el art. 33 de la LHAJA.

Por todo ello, las alegaciones se inadmiten.

145.3 Consideraciones finales.

El recurrente otorgó un gran número de convenios particulares, a sabiendas de su ilegalidad, convenios que fueron el instrumento ejecutivo para el pago de las ayudas y para dar apariencia de legalidad a la actuación de IDEA.

Ya hemos razonado por qué esos convenios son "resolución administrativa" a efectos penales y consideramos que el tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente y la ha apreciado razonablemente para concluir en la condena del Sr. Laureano por la comisión de un delito continuado de prevaricación administrativa.

A la vista de las pruebas que se acaban de relacionar y ponderar nada cabe objetar al criterio de valoración probatoria de la sentencia de instancia. La afirmación de que el Sr. Laureano conocía que el nuevo sistema de presupuestación era ilegal y que intervino en su desarrollo y aplicación mediante el otorgamiento de los Convenios Particulares y demás actuaciones a que se refiere la resolución impugnada, ha sido acreditada más allá de toda duda razonable.

Sintetizando lo expuesto con anterioridad, no es asumible la tesis de la defensa de que el Sr. Laureano desconociera el uso y finalidad del programa 31 L, ni que se hubiese limitado a intervenir bien mediante la suscripción de los convenios particulares, bien mediante la ejecución de las órdenes de pago en cumplimiento de una mera encomienda del Director General de Trabajo.

Hay todo un conjunto de datos indiciarios y de pruebas directas (examinadas en los párrafos precedentes de esta resolución) que permiten afirmar que tuvo conocimiento, tanto del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L, como de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Empleo entidad colaboradora, pese a lo cual, suscribió más de 40 Convenios Particulares y ejecutó diversas órdenes de pago acordadas por resolución del Director General de Trabajo en contra la normativa vigente relativa a la concesión de ayudas y subvenciones excepcionales.

La versión alternativa de signo absolutorio propuesta por la defensa es absolutamente contraria a la razón y a las máximas de experiencia.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

146. Costas procesales.

De conformidad con el artículo 901 de la LECrim procede condenar en costas a los recurrentes cuyos recursos han sido desestimados y declarar de oficio las costas de los recursos que han sido objeto de estimación total o parcial.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de don Darío, don Patricio y doña Penélope, estimar parcialmente el recurso interpuesto por don Amadeo y desestimar los restantes recursos interpuestos contra la sentencia número 490/2019, de 19 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo 1965/17, por delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. CONDENAR a los recurrentes cuyos recursos han sido desestimados al pago de las costas procesales derivadas de sus respectivos recursos, declarando de oficio las de los recurrentes cuyos recursos han sido estimados total o parcialmente.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García
Susana Polo García
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

001 Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Letrada de la Administración de Justicia: Sección

TRIBUNAL SUPREMOSALA DE LO PENAL**SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto la causa 1965/2017, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante de Procedimiento Abreviado 133/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 6, de los de Sevilla, por delitos de Prevaricación y Malversación de Fondos Públicos, contra: Demetrio, con DNI Núm. NUM114, hijo de Dimas y Beatriz, nacido en Madrid, el día NUM115/1955, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Cesareo, con DNI Núm. NUM116, hijo de Sixto y Graciela, nacido en Madrid, el día NUM117/1946, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Domingo, con DNI Núm. NUM118, hijo de Dimas y Marisa, nacido en Cádiz, el día NUM119/1958, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Evelio, con DNI Núm. NUM120, hijo de Iván y Beatriz, nacido en Marmolejo (Jaén), el día NUM121/1961, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Florentino, con DNI Núm. NUM122, hijo de Francisco y Araceli, nacido en Ceuta, el día NUM123/1945, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Laureano, con DNI Núm. NUM124, hijo de Casiano y Florinda, nacido en Madrid, el día NUM125/1967, cuyos antecedentes penales no constan, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Mariano, con DNI Núm. NUM126, hijo de Simón y Ángela, nacido en Jerez de la Frontera (Cádiz), el día NUM127/1956, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa. Ha estado privado de libertad por esta causa desde el día 24/04/2012 al día 10/08/2012; Patricio, con DNI Núm. NUM128, hijo de Simón y Concepción, nacido en Granada, el día NUM129/1955, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Emilia, con DNI Núm. NUM130, hija de Isaac y Sagrario, nacida en San Fernando (Cádiz), el día NUM129/1952, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Segundo, con DNI Núm. NUM131, hijo de Dionisio y Bibiana, nacido en Sevilla, el día NUM132/1941, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Virgilio, con DNI Núm. NUM133, hijo de Francisco y Elsa, nacido en Estepa (Sevilla), el día NUM134/1954, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Severiano, con DNI Núm. NUM135, hijo de Simón e Inmaculada, nacido en Villamanrique de la Condesa (Sevilla), el día NUM136/1946, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Marcelina, con DNI Núm. NUM137, hija de Isaac y Micaela, nacida en Madrid, el día NUM138/1953, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa.; Benjamín, con DNI Núm. NUM139, hijo de Dionisio y Micaela, nacido en Alcaudete (Jaén), el día NUM140/1957, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Penélope, con DNI Núm. NUM141, hija de Bienvenido y Rosa, nacida en Sevilla, el día NUM142/1962, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Amadeo, con DNI Núm. NUM143, hijo de Francisco y Apolonia, nacido en Lucena del Puerto (Huelva), el día NUM144/1965, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa; Borja, con DNI Núm. NUM145, hijo de Saturnino y Florencia, nacido en El Pedroso (Sevilla), el día NUM146/1956, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, fallecido 11/10/2020, estuvo privado de libertad por esta causa desde el día 10/03/2012 al día 22/10/2012 y desde el día 20/03/2013 al día 05/06/2013; Darío, con DNI Núm. NUM147, hijo de Leoncio y Raquel, nacido en Cádiz, el día NUM148/1954, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, en

libertad provisional por esta causa; Esteban, con DNI Núm. NUM149, hijo de Francisco y Ángela, nacido en Huelva, el día NUM150/1958, cuyos antecedentes penales no constan, cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 19/11/2019, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede acordar la libre absolución de don Darío, don Patricio y doña Penélope ya que, según hemos argumentado en el fundamento jurídico vigésimo octavo, estos tres recurrentes intervinieron en los hechos en su condición de Secretarios Generales Técnicos de una consejería de la Junta de Andalucía, sin que conste que en el desempeño de sus funciones y en relación con los hechos enjuiciados dictaran resoluciones que puedan incluirse en el concepto de "resolución en asunto administrativo" a que alude el artículo 404 del Código Penal.

Segundo.

Conforme a lo argumentado en el fundamento jurídico 136º resulta procedente modificar la pena impuesta al condenado don Amadeo a habérsele apreciado la atenuante analógica muy cualificada de reparación del daño.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. ABSOLVERMOS a don Darío, don Patricio y doña Penélope de los hechos por los que han sido enjuiciados, declarando de oficio la parte de costas procesales a cuyo pago fueron condenados en primera instancia.
2. CONDENAMOS a don Amadeo como autor responsable de sendos delitos continuados de prevaricación administrativa y administración de caudales públicos, en concurso ideal, con la atenuante analógica muy cualificada de reparación del daño, a la pena de TRES años de prisión, a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de SIETE AÑOS y SEIS MESES, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Imponiéndole además el pago de 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.
3. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García
Susana Polo García
Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

VOTO PARTICULAR que formula la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a ANA M^a FERRER GARCÍA, al que se adhiere la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D^a SUSANA POLO GARCÍA.

Primero.

Este voto particular se va a centrar en lo que integra la esencia de la discrepancia que lo justifica, que no es otra que la condena como autores de un delito de malversación de D. Cesareo, D^a Marcelina, D. Esteban, D. Virgilio y D. Benjamín, por cuya absolución en relación a tal delito abogamos al entender que su comportamiento no cubre la tipicidad subjetiva que el mismo requiere, es decir, el dolo, ni aun en la modalidad de dolo eventual que fue apreciada por la Audiencia de Sevilla.

Discrepamos de la práctica identificación que la sentencia mayoritaria realiza entre el delito de prevaricación y el de malversación. A cada uno corresponde su escenario. Una cosa es que ante una situación generalizada de crisis económica se elaborara y asumiera un sistema ilegal de asignación presupuestaria para dotar de agilidad la concesión y pago por parte de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía de las ayudas sociolaborales a los trabajadores y a las empresas en crisis; y otra distinta que después en la fase de ejecución presupuestaria los fondos destinados a esas subvenciones extraordinarias se desviarán del destino social y económico establecido en la ley con daño para el erario público.

Asimismo una cosa es que se esté ante la concesión ilegal de distintas subvenciones por diferentes cuantías y otra diferente que todas ellas fueran improcedentes desde una perspectiva sustantivo-material en el caso de que se hubiera seguido el procedimiento legal exigible para su concesión. Así pues, ha de partirse de la premisa de que un porcentaje de las subvenciones ilegalmente otorgadas también se habrían dado en el caso de que la concesión fuera legalmente tramitada. De modo que concurren supuestos de ayudas claramente fraudulentas que nunca se debieron conceder y otras de las que sí tendría que hacerse cargo el erario público en todo caso, aunque cumplimentando el procedimiento legal para las concesiones.

De otro lado entendemos, y así lo explicaremos, que la sentencia de instancia adolece de un importante déficit argumentativo a la hora de analizar el elemento que integra la tipicidad subjetiva del delito de malversación, dando lo que consideramos un arriesgado salto en el vacío a la hora de atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, los cinco citados, un dolo eventual de difícil encaje en el delito de malversación, con respecto a un resultado fraudulento producido por terceros que actuaban en esta última. Todo ello sin cita específica del sustrato fáctico de ese elemento subjetivo, razonamientos probatorios que pudieran sustentarlo, o argumentario jurídico en relación a la previsibilidad de ese resultado fraudulento, especialmente en una estructura caracterizada por el reparto funcional y competencial entre las distintas Consejerías que conforman el armazón de la Administración Autonómica andaluza, que necesariamente se rige el principio de confianza en relación a la actuación de quienes en cada una de ellas desarrollan su cometido. Principio quebrado por la dolosa actuación de los acusados que operaban desde la Consejería de Empleo en la fase de ejecución presupuestaria, y muy especialmente por quien ostentó el cargo de director General de Trabajo entre los años 1999 y 2008.

No compartimos la respuesta mayoritaria de este Tribunal de Casación que confirma ese pronunciamiento condenatorio, y que incluso llega, a nuestro juicio sin soporte probatorio ni fáctico, más lejos que la Sala sentenciadora de instancia, rebasando los márgenes que ella fijó.

Estas son, a grandes trazos, las bases de nuestra disidencia con el parecer mayoritario, que iremos desgranando en las siguientes páginas, como no podía ser de otro modo, desde el respeto hacia los compañeros y la compañera que lo sustentan.

Segundo.

1. Tal como indicamos al inicio de este voto particular, la discrepancia con la mayoría se centra esencialmente en la condena por un delito de malversación de caudales públicos de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo, por entender que no concurre el elemento imprescindible del dolo, ni siquiera en la modalidad de dolo eventual que fue la apreciada en la sentencia recurrida. Para fundamentar esta sustancial disidencia comenzaremos analizando la teoría general de ese requisito subjetivo del delito, para después exponer las razones por las que no concurre en el presente caso.

La sentencia recurrida resalta que el dolo en que incurrieron los cinco acusados de cuya condena por malversación se discrepa fue un dolo eventual y no directo. No puede entenderse otra cosa del fundamento cuadragésimo séptimo, en el que se afirma que los acusados D. Esteban, D. Virgilio, D. Benjamín, D^{ña}. Marcelina y D. Cesareo, son autores del delito de malversación «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Un repaso a la jurisprudencia de esta Sala permite comprobar que la expresión «asumir la eventualidad» es utilizada con notable habitualidad por la misma para aplicar el concepto de dolo eventual, (SSTS 810/2011, de 21

de julio; 387/2012, de 22 de mayo; 843/2012, de 31 de octubre; 614/2015, de 21 de octubre; 396/2021, de 6 de mayo; o 174/2022, de 24 de febrero, entre otras). El referido sintagma figura en diferentes apartados de la sentencia recurrida cuando examina la conducta de los acusados desde la perspectiva subjetiva.

Es importante destacar que el Tribunal de instancia, después de ponderar la prueba practicada, ha fijado el techo del dolo en la modalidad del dolo eventual para referirse al resultado del delito de malversación cuando se trata de la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo, sin que en ningún momento señale pruebas sólidas -más allá de meras especulaciones- que permitan acreditar que conocían de forma fehaciente que las ilegalidades prevaricadoras en que incurrían determinaban que otras personas estuvieran cometiendo los actos de menoscabo del patrimonio público propios del delito de malversación. Y es que, a pesar de los contactos personales que pudieran mantener con motivo del ejercicio de sus funciones públicas, no constan testimonios de personas que evidenciaran, con datos concretos, haber percibido que aquéllos estuvieran al tanto de que las ilegalidades procedimentales apreciadas acababan derivando en actos singulares de sujetos pertenecientes a la Consejería de Empleo que menoscababan de forma dolosa y directa el patrimonio público. Tampoco se analizan otro tipo de pruebas que permitan sustentar con solvencia tal conclusión. Todo ello significa que no cabe ahora, en la fase de casación, acoger la existencia de un dolo directo en el comportamiento de los cinco acusados cuya conducta se examina, como a la postre parece entender la sentencia mayoritaria.

2. En lo que atañe al elemento del dolo integrante del tipo subjetivo de las diferentes modalidades delictivas, tanto en el ámbito de los delitos contra las personas como en los delitos contra el patrimonio, conviene recordar que, según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo de dolo eventual basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal (SSTS 708/2015, del 20 de noviembre; 687/2018, de 20 de diciembre; 744/2018, de 7 de febrero; o 315/2020, de 15 de junio).

En otras palabras, se estima que obra con dolo eventual quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el autor no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado lesivo, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16 de abril; 759/2014, de 25 de noviembre; 155/2015, de 16 de marzo; 191/2016, de 8 de marzo; 597/2017, de 24 de julio; o 955/2021, de 3 de diciembre).

Sobre la misma materia, argumentó la sentencia 474/2013, de 24 de mayo, que esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del «aceite de colza» o «del síndrome tóxico») ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, afirmó la sentencia 69/2010, de 30 de enero, que ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento o del asentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, «la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo».

Aquí es preciso advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del

debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible ex ante. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar del autor cuando la probabilidad de que se produzca no es realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o desdibujada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado (STS 687/2018, de 20 de diciembre).

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24 de mayo).

Tercero.

En el supuesto aquí enjuiciado, la discrepancia de este voto particular, ya lo hemos adelantado, se centra en la condena por el delito de malversación de caudales públicos tipificado en el artículo 432 CP (versión anterior a la reforma del año 2015) a los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo.

Se argumenta en la sentencia recurrida, en el fundamento de derecho cuadragésimo séptimo (pág. 1754), que los acusados D. Cesareo, D^a Marcelina, D. Esteban, D. Virgilio y D. Benjamín son responsables en concepto de autores del delito de malversación por haber tomado parte activa, material y voluntaria en su ejecución, artículo 28 CP, en relación con el artículo 27 del mismo texto legal, conforme a lo que se expuso por la Audiencia al realizar la valoración de la prueba respecto de cada uno de tales acusados. Y se añade en el párrafo siguiente que la autoría se les atribuye por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Todo ello, conforme a lo expuesto en los hechos probados y al valorar la prueba respecto de cada acusado».

La simple lectura del párrafo precedente evidencia que la Sala de instancia, conocedora de que carece de una prueba de cargo mínimamente consistente para atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo un dolo directo, opta por la modalidad del dolo eventual para fundamentar el ámbito subjetivo de la condena por el delito de malversación de caudales públicos. Sin embargo, no sopesa que el mero uso de la fórmula jurídica propia del dolo eventual, y en concreto del sintagma «asumir la eventualidad» del resultado delictivo, se muestra palmariamente insuficiente en este caso para considerar acreditado el dolo eventual de los referidos acusados con respecto a un delito de resultado, como lo es el de malversación de caudales públicos.

Condición ésta que es reiterada en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 277/2015, de 3 de junio; 797/2015, de 24 de noviembre; o 163/2019, de 26 de marzo, entre otras).

A pesar de lo que sostiene en su lacónica e inmotivada fundamentación jurídica sobre la autoría, y en su simplificadora cita relativa al elemento volitivo del dolo eventual, se observa en la lectura de la sentencia recurrida la carencia de una argumentación mínimamente suficiente y consistente para avalar la existencia de los elementos intelectual y volitivo del dolo eventual en la conducta de los referidos acusados. Por el contrario, frente a lo que se dice en el referido fundamento, en la resolución ni se desarrollan analíticamente los elementos integrantes del dolo eventual ni tampoco se motiva probatoriamente su concurrencia en el caso concreto.

Una cosa es asumir y aprobar todo un sistema específico para «agilizar» y para lograr una «mayor rapidez» en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales a los trabajadores y a las empresas en crisis, tal como se reconoce expresamente en distintos y reiterados párrafos de la sentencia cuestionada al señalar las razones capitales de la implantación del sistema ilegal de la asignación presupuestaria y puesta a disposición de la Consejería de Empleo del dinero de las ayudas (ver al respecto las pp. 39, 233, 238, 249, 426, 499, 646, 730, 765, 796, 828, 877, 901, 1277, 1303, 1307, 1354, 1504, 1524 y 1542). Y otra cosa muy diferente es que los acusados ajenos a la referida Consejería tuvieran conocimiento de que parte de esos fondos estuvieran siendo distribuidos de forma dolosamente fraudulenta por los funcionarios ejecutores del presupuesto a quienes les eran entregados para que les dieran el destino social y económico establecido en la ley.

En la sentencia recurrida se da un sorprendente y significativo salto en el vacío a la hora de atribuir a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo un dolo eventual con respecto a un resultado fraudulento producido por terceros, sin cita específica del sustrato fáctico de ese elemento subjetivo, ni razonamientos probatorios que pudieran sustentarlo. Para afirmar la existencia de dolo eventual del tipo penal de la malversación en el comportamiento de los imputados de la Consejería de Economía, se acude únicamente a la circunstancia de haber incurrido en infracciones legales en la tramitación de los presupuestos mediante los que se proporcionaron caudales públicos para fines socioeconómicos en principio legítimos. De forma que, del hecho de la agilización del procedimiento de aprobación y modificación de los presupuestos mediante el incumplimiento de normas integrantes del trámite presupuestario, infiere el Tribunal de instancia que eran conocedores de que los funcionarios de la

Consejería de Empleo realizaban la función de distribuir y adjudicar los caudales públicos de manera fraudulenta en beneficio ilícito de terceros.

La Audiencia, al no constarle prueba directa acreditativa de que la conducta fraudulenta distribuidora de los fondos públicos fuera conocida por los acusados ajenos a esa Consejería de Empleo, presume que ello tenía que suceder así y que por lo tanto los acusados integrantes de las otras Consejerías, ante el riesgo de que se realizara una conducta de esa índole, son responsables penalmente de que ese riesgo se materializara en un resultado delictivo malversador. Por lo que concurrirían así cuando menos los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un dolo eventual con respecto al tipo penal del artículo 432 CP.

Del hecho de haber incurrido en ilegalidades en la elaboración y tramitación de los procedimientos presupuestarios que sirvieron de base para obtener los caudales públicos que habrían de destinarse a las subvenciones de los trabajadores y de las empresas en crisis, colige el Tribunal de instancia que tales ilegalidades no solo tenían el objetivo de conseguir una mayor rapidez y agilidad en la obtención y distribución de esos fondos públicos para los fines reseñados, sino que también eran sabedores de que estaban contribuyendo dolosamente a que el dinero fuera repartido fraudulentamente por los funcionarios de la Consejería de Empleo, que eran quienes operaban de manera directa y por propia iniciativa en la fase final de ejecución del presupuesto, una vez tramitado por las Consejerías competentes y aprobado por el Consejo de Gobierno y el Parlamento de Andalucía.

Los acusados D. Cesareo y Dña. Marcelina, Consejero y Viceconsejera, respectivamente, de la Consejería de Economía y Hacienda en el periodo al que se ciñen los hechos, y al final de los mismos Presidente de la Junta de Andalucía y Consejera de Economía y Hacienda respectivamente, fueron condenados en la instancia como autores de un delito de prevaricación precisamente por haber aprobado y tramitado de forma ilegal los proyectos de presupuesto y ponerlos, una vez aprobados por el Parlamento Andaluz, a disposición de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo para que procediera a su distribución y adjudicación. Sin embargo, ello no quiere decir que supieran que en la Consejería de Empleo se estuviera distribuyendo y adjudicando el dinero de una forma fraudulenta en perjuicio del erario público y en beneficio ilícito de patrimonios particulares. De modo que se les entregaba a los trabajadores, empresarios y otras clases de profesionales sin justificación ni legitimación alguna por carecer de la condición de beneficiarios de las subvenciones excepcionales que se repartían, ya sea porque no tuvieran derecho alguno a ellas, ya porque las cantidades que les adjudicaban fueran sustancialmente superiores a las que les correspondía con arreglo a la ley. Y otro tanto debe argumentarse con respecto a los otros tres acusados integrados en la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

Para llegar a tal conclusión incriminatoria por un delito de malversación del artículo 432 CP (texto anterior a la reforma de 2015), era preciso que el Tribunal sentenciador hiciera un análisis tanto fáctico como normativo de cuáles son los requisitos básicos del dolo eventual y también de las razones probatorias por las que se daban en el caso concreto en el actuar de los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo. Tales aspectos fácticos y normativos no figuran en los razonamientos de la resolución impugnada, pues solo consta como dato legitimador de la incriminación tipificada el mero rótulo indicativo del dolo eventual («asumir la eventualidad» del resultado delictivo), sin razonamientos que lo avalen. Esta laguna argumental solo se explica por la inexistencia de datos verificadores de los elementos objetivos y subjetivos que sustentan la figura de esa modalidad de dolo. Y así se comprobará en el desarrollo de los fundamentos subsiguientes.

Cuarto.

1. Para apreciar la existencia del dolo eventual como elemento subjetivo del tipo penal de la malversación del artículo 432 CP (versión anterior a la reforma del año 2015), se requeriría, tal como hemos advertido, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala, que concurriera una alta o elevada probabilidad de que las infracciones legales practicadas con el fin de aligerar la distribución de las ayudas sociolaborales a trabajadores o las destinadas a empresas en crisis determinaran un perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos. Esto es, que la conducta que realizaron directamente los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubiera generado un riesgo típicamente relevante que se acabara materializando en el peligro concreto para el bien jurídico que tutela el artículo 432 CP. Y aquí desde luego, como ya se anticipó, se carece de toda argumentación y análisis sobre este primer elemento del dolo eventual, tanto desde la perspectiva probatoria como desde la normativa.

Para acoger las tesis incriminatorias de la Audiencia con respecto al delito de malversación atribuido a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, era necesario que el sistema procedimental implantado para el pago de los fondos relativos a las subvenciones excepcionales llevara consigo un peligro tan elevado y concreto de menoscabo para el bien jurídico tutelado por la norma penal que fuera muy probable que se materializara en el resultado propio del delito de malversación aquí aplicado. Y una vez constatado ese nivel de riesgo típico como dato objetivable propio de la conducta malversadora atribuida a los acusados, se necesitaba que fuera conocido ese riesgo concreto y también asumido su resultado por los referidos acusados.

La existencia de la situación de alto riesgo de peligro concreto para el bien jurídico protegido por el delito de malversación (integrado por el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de las administraciones públicas), que integra el tipo objetivo de la figura penal sobre la que habrían de recaer los

elementos intelectual y volitivo del tipo subjetivo -en este caso del dolo eventual-, carece de sustento argumental probatorio en la sentencia de instancia. Los indicios que se desprenden de los razonamientos que la misma condensa son insuficientes para establecer ese grado muy elevado de riesgo, habida cuenta que su potencialidad indiciaria recae únicamente sobre el delito de prevaricación, sin que pueda extenderse en cambio sobre el de malversación. Máxime si se pondera que la conducta fraudulenta en la distribución de los fondos se materializó merced a una actuación dolosa autónoma de unos funcionarios -los de la Consejería de Empleo- que, a tenor de los datos que figuran en el proceso y en la sentencia, actuaban por su cuenta, sin que conste la connivencia fraudulenta de los funcionarios ajenos a esa Consejería, quienes ni siquiera eran conocedores del menoscabo fraudulento del patrimonio público que aquéllos estaban generando.

Ello significa que la imputación objetiva del resultado malversador no obedeció a meras circunstancias fortuitas ni a la conducta de funcionarios ajenos a la distribución y entrega del dinero público, sino que se debió a la interferencia de comportamientos dolosos de los funcionarios de la Consejería de Empleo que tenían encomendado el reparto y distribución del dinero público que se ponía a su disposición.

Si bien es cierto que los acusados de la Consejería de Economía intervinieron en la confección y tramitación de presupuestos y de modificaciones presupuestarias con conocimiento de que empleaban un procedimiento ilegal, e igualmente que para ello acudían a alterar el destino de algunas partidas presupuestarias y a instrumentalizar sesgadamente las llamadas transferencias de financiación, ello no permite obviar que -tal como se admite en la sentencia de instancia- tal conducta tenía como objetivo aligerar la tramitación de unas subvenciones que eran urgentes a los fines de repartir el dinero destinado a los trabajadores de las empresas en crisis y a las propias entidades donde desempeñaban su labor. Esa rapidez y aligeramiento conllevó ciertamente, entre otras infracciones, la supresión de algunos de los controles de la Intervención General de la Junta de Andalucía que a partir del año 2000 habían sido considerados por las autoridades y funcionarios como causantes de las dilaciones y retrasos en la distribución del dinero público destinado a los trabajadores y a las empresas en crisis.

Ahora bien, de tales alteraciones del trámite subsumibles en algunos casos relevantes en el delito de prevaricación, no cabe extraer -ya que se carece de las pruebas de cargo imprescindibles para ello- ni que los cinco acusados reseñados pertenecientes a las Consejerías de Economía y de Innovación estuvieran de acuerdo con los actos de quebranto económico del erario público realizados por los funcionarios de la Consejería de Empleo que fueron condenados por el delito de malversación, ni tampoco que tuvieran conocimiento de los hechos propiamente malversadores que se especifican en la sentencia recurrida referentes a la distribución y adjudicación del dinero, correspondientes ya a la recta final de la fase de ejecución del presupuesto.

Tal como ya se ha advertido, el Tribunal de instancia ni siquiera ha razonado probatoriamente que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo realizaran el tipo objetivo de la malversación. Esto es, que ejecutaran una conducta prevaricadora en la tramitación y aprobación de los proyectos de los presupuestos destinados a los fondos públicos que generara la alta probabilidad del peligro concreto de un resultado malversador. Esa conducta integrante del delito de malversación fue realizada de forma autónoma y dolosa por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo, al final del proceso de ejecución del presupuesto, sin conocimiento de los integrantes de otros departamentos de la administración autonómica.

2. Por otra parte, a la verificación de esa conducta malversadora integrante del elemento objetivo del tipo del artículo 432 CP (versión previa a la reforma de 2015), habría que añadirle imprescindiblemente, ya en el ámbito estrictamente subjetivo, la verificación probatoria de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo tenían conocimiento de que muy probablemente el resultado delictivo consistente en la distribución fraudulenta de los fondos públicos estuviera siendo materializado en gran medida con su entrega a personas físicas y jurídicas que en modo alguno tenían derecho a esos fondos o a la cuantía concreta adjudicada. Hasta el punto de que esos sujetos, tal como exigía el artículo 432, se estuvieran apoderando del dinero público con ánimo de lucro en beneficio propio o de un tercero.

Ninguno de estos requisitos fácticos y normativos son tratados en la sentencia recurrida al examinarse la conducta atribuible a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, Consejería ésta donde se disponía fraudulentamente de los fondos presupuestados para fines sociales y económicos muy concretos. De modo que se trata de una mera especulación o conjetura que hace el Tribunal sentenciador al tratar la autoría, sin que aporte la base probatoria imprescindible que sostenga esa mera hipótesis.

3. La motivación y fundamentación probatoria y jurídica relativa a las cuestiones que se acaban de exponer, que constituyen la esencia del núcleo del dolo eventual que se aprecia indebidamente en la sentencia recurrida al aplicar el delito de malversación con respecto a los funcionarios de la Consejería de Economía y Hacienda y la de Innovación, resultaban ineludibles para apreciar el tipo penal de la malversación en la conducta de los estos, ajenos a la Consejería de Empleo. Sin embargo, el Tribunal de instancia en lugar de razonar con argumentos sobre esos temas nucleares, pretende suplir el vacío argumental con dos frases apodícticas de perfil claramente incriminatorio. Y así, en la narración de hechos probados se dice en el fundamento decimotercero (pág. 88) lo siguiente: «La gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L,

mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA- IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados Cesareo, -Consejero de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y presidente de la Junta de Andalucía en el periodo abril 2009/septiembre 2013-, Marcelina, -Viceconsejera de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y Consejera desde abril 2009 hasta septiembre 2013-, Benjamín -Consejero de Innovación y Presidente de IDEA-, Virgilio, -Viceconsejero de Innovación y Vicepresidente de IDEA-, los cuales tenían conocimiento, participaron y consintieron la gestión presupuestaria descrita».

A ese párrafo de la motivación probatoria le añade el Tribunal sentenciador la referencia al sintagma recogido en la fundamentación jurídica (pág. 1754), ya reseñado, en el que se atribuye la autoría de la malversación a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Para desvirtuar estas conclusiones irrazonadas e irrazonables del Tribunal de instancia, debe advertirse, en primer lugar, que el riesgo que conllevaba suprimir el control previo del Interventor de la Junta de Andalucía en la concesión de las ayudas, con fines fundamentalmente orientados a aligerar o a obtener «rapidez» en la tramitación de las ayudas sociolaborales y de empresas en crisis, no determinaba con una alta probabilidad que terceras personas que eran autoridades y cualificados funcionarios de la Consejería de Empleo se fueran a dedicar dolosamente a realizar conductas fraudulentas que generaran el lucro ilícito de terceros facilitando la apropiación de caudales públicos.

El grado de riesgo que genera una conducta ilícita prevaricadora como la que se describe en la sentencia recurrida se puede distribuir en dos niveles o escalones, según reiterada jurisprudencia, a la hora de desencadenar resultados ilícitos fraudulentos con perjuicio para los caudales públicos. Un primer grado sería el de la mera posibilidad de que algunos funcionarios de la Consejería de Empleo de la propia administración autonómica se aprovecharan dolosamente de la omisión de controles procedimentales para realizar actos claramente perjudiciales que favorezcan fraudulentamente a terceros; y un segundo grado aparece configurado por la alta probabilidad de que ello así suceda.

La primera hipótesis es la propia de la conducta imprudente con culpa consciente centrada en un pronóstico de mera posibilidad; y la segunda es la del dolo eventual que ubica el grado de la conducta dolosa en la alta probabilidad de que en el caso concreto se produzca el quebranto doloso para el patrimonio público, del que acaban apropiándose los terceros o los propios funcionarios.

Es cierto que en algunos supuestos no resulta fácil delimitar los porcentajes de riesgo necesarios para transitar de la mera posibilidad a la alta probabilidad de que se produzca un resultado dañoso o lesivo. Sin embargo, aparte de que éste no es uno de esos supuestos de grave dificultad en la graduación (pues no existían indicios de la interferencia de una conducta dolosa de los propios funcionarios de una de las consejerías, la de Empleo), esa clase de incertidumbre se solventa, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, acudiendo al criterio de que el peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal ha de alcanzar el grado de un peligro concreto asignable al caso. Esto implica que no cabe un mero peligro general o abstracto, sino que, cuando operamos con un delito doloso de resultado, como aquí sucede, el radio de alcance del peligro requiere una situación de peligro concreto que permita traslucir la inminencia y proximidad de la lesión del bien jurídico.

Por consiguiente, el conocimiento meramente abstracto o general e hipotético de las consecuencias que pudieran derivarse de un hecho tipificado como un delito de resultado es el conocimiento propio de las meras imprudencias conscientes pero no del dolo exigible en un delito de resultado doloso. En las imprudencias de esa índole se requiere el conocimiento de un peligro abstracto no permitido por la norma penal. Pero cuando nos referimos a un delito doloso de resultado es imprescindible que el autor sea consciente de que genera un elevado peligro concreto para el bien jurídico (tal como se reconoce en la pág. 1046 de la sentencia de la mayoría), circunstancia que aquí es patente que no se da en las conductas de los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo.

4. En el presente caso la sentencia de instancia evidencia un llamativo vacío en lo que atañe al análisis probatorio de los elementos indiciarios referentes a las dos hipótesis reseñadas, omitiendo así despejar el interrogante planteado. Ese examen debe realizarse ahora con el fin de suplir la omisión argumental que se aprecia sobre este dilema en la sentencia recurrida. Y ya de entrada se puede anticipar que no cabe inferir que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo condenados por el delito de malversación, dado el radio de acción operativa y el ámbito de competencia específica que tenían sobre el control de los datos objetivos relativos a la ejecución del presupuesto correspondiente a la Consejería de Empleo en su última fase, fueran conocedores de que las autoridades y funcionarios de esta última muy probablemente iban a sustraer con dolo el dinero destinado a las ayudas sociolaborales y a empresas. Ya sea mediante una sustracción directa y activa en beneficio propio, ya sea mediante una conducta omisiva consistente en consentir que la sustracción fuera realizada por terceros en beneficio propio y con ánimo de lucro.

En la causa no figuran datos indiciarios que permitan afirmar que el Consejero de Economía y Hacienda (posteriormente Presidente de la Junta) D. Cesareo o la primero Viceconsejera y después Consejera de la misma

Consejería, D^a Marcelina, y lo mismo debe decirse con respecto a las autoridades y funcionarios de la Consejería de Innovación y Ciencia, D. Esteban, D. Virgilio y D. Benjamín supieran que los integrantes de la Consejería de Empleo estuvieran proporcionando subvenciones a personas que no pertenecían ni habían pertenecido a las empresas en crisis, o que el dinero dedicado a las ayudas se estuviera entregando a empresas sin estructura alguna, ya sea porque todavía no estuvieran creadas o porque estaban en quiebra total y sin posibilidad alguna de recuperación. Y tampoco se ha acreditado que estuvieran al tanto de que se estaban concediendo de forma arbitraria como subvenciones o como pagos a profesionales cantidades muy superiores a las legalmente autorizadas a trabajadores, empresarios o profesionales de diferentes materias o especialidades, a tenor de lo que se razona a continuación.

No consta probatoriamente -reiteramos- que todas las entregas fraudulentas de dinero sin posibilidad de reintegro al patrimonio público realizadas por los funcionarios adscritos a la Consejería de Empleo fueran conocidas por los acusados ajenos a la misma, ni tampoco que tuvieran que conocerlas necesariamente. Y no sólo no se cuenta con pruebas directas que hayan permitido verificar que los referidos acusados tuvieran conocimiento de una conducta dolosa fraudulenta por parte de los funcionarios de la Consejería de Empleo, sino que tampoco aparecen indicios objetivables de que aquéllos conocieran una situación de peligro concreto que propiciara con una elevada probabilidad la materialización del resultado propio de un delito de malversación, de quebrantamiento del patrimonio público, según razonaremos a continuación.

Quinto.

Los contraindicios que concurren en el caso apuntan en contra de la incriminación de los cinco referidos acusados ajenos a la Consejería de empleo, tal como se verá a continuación al examinar y sopesar los datos probatorios objetivables que obran en la causa.

1. En primer lugar, es importante resaltar que, focalizando el Tribunal de instancia la responsabilidad penal de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, y especialmente el elemento subjetivo del tipo penal de la malversación, en el conocimiento que tenían del Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003 (realizado el 25 de julio de 2005, y que fue emitido por el Interventor General de Andalucía), resulta sumamente chocante e incluso incomprensible que, a pesar de las infracciones procedimentales que en él se enumeran sobre la forma de concesión de subvenciones excepcionales, no se especifique ni en ese informe ni en otros de los años sucesivos nada relativo a que esas infracciones generaban un menoscabo o quebranto económico relevante de los fondos públicos, o que concurrían datos evidenciadores de un inminente y alto riesgo de que conductas dolosas de otros funcionarios estuvieran a punto de producirlos.

Ello viene a colación porque, dadas las importantes funciones de control y fiscalización atribuidas a un Interventor General, y también por supuesto a los Interventores Delegados de las distintas Consejerías, no parece lógico, coherente ni razonable que si las conductas que se estaban ejecutando dentro de la Consejería de Empleo generaban una alta probabilidad de un resultado fraudulento atribuible a los propios funcionarios que en ella trabajaban, no se percataran de ello el Interventor General y los Interventores Delegados de la Autonomía de Andalucía. Y ello porque es patente que, según el criterio adoptado y que acabó aplicando la sentencia recurrida, se trataba de conductas fraudulentas no solo previsibles y observables con la mera posibilidad de un supuesto de culpa consciente, sino incluso también con el grado de la alta probabilidad propia de la estructuración subjetiva de un dolo eventual.

Así las cosas, incurre en una ostensible contradicción el Tribunal sentenciador al apreciar dolo eventual, inexplicada e inexplicablemente, en la conducta de quienes se encontraban en la cúspide de las Consejerías ajenas a la de Empleo, mientras que exculpa al Interventor General de toda responsabilidad penal, sin ponderar que ocupaba un puesto en el que ostentaba unas facultades y ejercía unas funciones que posibilitaban y propiciaban en grado sumo la apreciación de las infracciones legales que se estaban perpetrando en la Consejería de Empleo. Percepción que podía obtener incluso de forma mucho más fácil, inmediata y próxima de lo que les resultaba factible a los funcionarios de otras Consejerías.

A este respecto es preciso subrayar las declaraciones del Interventor General en las distintas fases del proceso penal (Instrucción en los juzgados de Sevilla y en la vista oral del juicio), mediante las que se comprueba cómo conocía personalmente los debates internos y las discrepancias que se daban dentro de la Consejería de Economía a la hora de operar con las ilegalidades referentes a las tantas veces citadas transferencias de financiación en las distintas fases presupuestarias. En tales diligencias se transparentan sus habituales conversaciones con los técnicos de la referida Consejería de Economía y hasta con la propia Viceconsejera, circunstancias que le proporcionaban un conocimiento de primera mano de los ambientes y espacios donde podía implantar sus raíces una modalidad de subjetividad cognoscente tan compleja y evanescente como la del dolo eventual.

Pese a todo ello, la lectura del fundamento cuadragésimo cuarto de la sentencia impugnada revela de forma clara la falta de aplicación del dolo eventual en el caso del Interventor General. Dolo eventual que, en cambio,

interpreta y aplica el Tribunal sentenciador con notable laxitud, falta de criterio y de rigor técnico jurídico, así como con una clamorosa orfandad argumental, cuando se trata de dirimir la responsabilidad penal y la autoría de los funcionarios de todos los niveles de las Consejerías de Economía y de Innovación, Ciencia y Empresa.

Si el funcionario que mejor conocía las ilegalidades prevaricadoras en que se estaba incurriendo al implantar el nuevo sistema específico de concesión de las subvenciones excepcionales a través de varias consejerías, no advirtió que concurría una alta probabilidad de que se generara un resultado concreto de menoscabo económico malversador, pese a los controles que tenía que aplicar diariamente en su labor funcional, solo cabe inferir de ello que el riesgo de una conducta malversadora dolosa no era en el caso concreto muy alto. Y desde luego también ha de entenderse que el Interventor General, a pesar de su control plural de las diferentes consejerías, tampoco tuvo conocimiento de los quebrantos económicos fraudulentos que se estaban perpetrando en la Consejería de Empleo y de los resultados ya delictivos que se desarrollaron durante varios años. Pues, de ser así, es claro que no tendría otra alternativa que emitir el conocido técnicamente como «informe de actuación», en lugar de limitarse a los informes de cumplimiento.

Si partimos, pues, de tales premisas, y del dato sumamente relevante de que el Interventor General no apreció el peligro propio y concreto de un dolo eventual en la conducta de los acusados, ni tampoco conoció directamente las conductas delictivas que se desarrollaron durante varios años en la Consejería de Empleo, resulta contradictorio e inasumible que en cambio sí los percibieran las autoridades y funcionarios de las Consejerías de Economía y de Innovación y Ciencia.

2. En la sentencia recurrida se hace especial hincapié en el informe adicional al de cumplimiento del ejercicio 2003 y en el informe adicional de ayudas que figura como anexo realizado en el año 2005, que fue elaborado por la Intervención General y remitido por el Interventor de la Junta de Andalucía, D. Doroteo, a las Consejerías de Empleo, de Economía y Hacienda y de Innovación, Ciencia y Empresa, según consta en las pp. 64 a 67 del factum de la sentencia de la Audiencia de Sevilla, donde se especifican las autoridades y funcionarios a los que fue dirigido el referido informe. En él se consignan las numerosas deficiencias detectadas en la tramitación del expediente de las ayudas a la empresa HYTASAL, y también las irregularidades observadas en el texto del protocolo de colaboración entre la Dirección de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y aquella entidad.

En el referido informe se establece a modo de conclusión (p. 66 de la sentencia) que «Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados.»

A pesar del contenido de ese informe (cuyo resumen se plasma en las pp. 64 a 67 de la sentencia recurrida), el Interventor General informó favorablemente, según figura en la narración de hechos probados, sobre las modificaciones presupuestarias que se fueron realizando y aprobando en los años 2003 y ss. hasta 2009, sin tener en consideración que el destino del dinero de esas modificaciones era el pago de unas subvenciones excepcionales que se estaban tramitando de forma claramente ilegal. Y también, en los informes de control financiero permanente que emitía la Intervención General sobre el IFA-IDEA (pp. 62 y 63 de la sentencia de la Audiencia) se explicaban las ilegalidades que se cometían por parte de la Consejería de Empleo en la tramitación y pago de las subvenciones excepcionales.

A todo ello debe añadirse lo que se expone en el fundamento cuadragésimo cuarto de la sentencia de la Audiencia de Sevilla (pp. 1646 a 1652) para justificar el hecho de que por parte de la Intervención General de Andalucía no se emitiera el llamado «informe de actuación». En ese fundamento se especifica que, según se dispone en el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable, de las empresas de la Junta de Andalucía, «se emitirá informe de actuación en aquellos casos en que se aprecien circunstancias que, por su importancia, pudieran ocasionar menoscabos de fondos públicos».

Por consiguiente, según esa norma la concurrencia de circunstancias que, por su importancia, simplemente posibilitaran que se ocasionaran menoscabos de fondos públicos, era suficiente para que se emitiera el «informe de actuación». Pues bien, en el caso que nos ocupa, según los criterios expansivos con que opera la Audiencia para apreciar el dolo eventual en la conducta de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, no solo concurría una mera «posibilidad» de menoscabos de fondos públicos, sino que también se daba la «alta probabilidad» de que así sucediera, única forma de que se apreciara el dolo eventual, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Resulta de una incoherencia extrema que no se considere que se da el requisito de la mera «posibilidad» del menoscabo de fondos públicos a la hora de ponderar la conducta del Interventor General y que sí concurra, en cambio, la «alta probabilidad» del menoscabo cuando se valora la misma conducta pero referida a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. De tal forma que la misma situación de riesgo ex ante se juzga con dos baremos totalmente distintos según que las consecuencias derivadas de la misma recaigan sobre diferentes acusados. Con la agravante, además, de que, tal como se anticipó, el Interventor General goza de unos medios y conocimientos técnicos mayores para detectar, por su función, lo que está sucediendo diariamente en la zona opaca y conflictiva

de la Consejería de Empleo y así se comprobó con algunos de los informes más relevantes que emitía. Pese a lo cual, según la sentencia recurrida, los acusados ajenos a la Consejería de Empleo tenían una alta probabilidad de conocer los actos fraudulentos que estaban cometiendo las autoridades y funcionarios de esta, hasta el punto de que esa probabilidad de conocimiento del riesgo sirve de base para aplicarles el tipo penal de resultado de la malversación. En cambio el Interventor General, con mayores posibilidades de conocerlo, en virtud de los controles profesionales que está aplicando, los expedientes que incoa y las delegaciones que tiene establecidas en las distintas consejerías, sale absuelto del mismo delito.

Frente a esa situación fáctica y real no cabe acudir, como hace el Tribunal de instancia, a una Instrucción que se dicta por la propia Intervención General ocho años después de que culminaran los hechos nucleares objeto de enjuiciamiento, la Instrucción 4/2017, que se utiliza como pauta legitimadora ex post facto de unos hechos muy anteriores a su publicación, en un caso en que la norma relativa a la incoación del «informe de actuación» era muy clara a la hora de hablar de la suficiencia de un riesgo meramente potencial como causa determinante de tal informe.

Por otra parte, dado el control que ejercen la Intervención General y las Delegaciones que tiene en las distintas consejerías, y puesto que el IFA-IDEA era el instrumento que estaba utilizando la Consejería de Empleo para abonar las subvenciones excepcionales, la capacidad y obligación de respuesta de la Intervención General tenía que darse en todo caso ante una situación de riesgo para el patrimonio público, sin que quepa acudir a desplazamientos competenciales para neutralizar una situación de suma gravedad, según el criterio de la sentencia recurrida. Tan grave era, según la Audiencia, que lleva implícito el dolo propio de un delito grave contra el patrimonio público.

3. Aclarado lo anterior, es muy importante resaltar que no se trata en modo alguno aquí de cuestionar la absolución del Interventor General que figuró como acusado, sino de resaltar y enfatizar la incoherencia argumental que supone apreciar el sustrato fáctico del dolo eventual en la conducta de los cinco acusados a que nos estamos refiriendo, y lo mismo ha de decirse del sustrato del elemento normativo de un dolo de esa índole, mientras que se omite operar con el mismo correcto criterio cuando se trata de apreciar los indicios del dolo eventual con respecto a la persona más cualificada para percibir lo que estaba sucediendo dentro de la Consejería de Empleo. Si en este segundo caso no concurría dolo eventual con respecto al delito de malversación -y entendemos que no concurría- no hay razones serias ni consistentes para no aplicar el mismo baremo a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, pues también carecían lógicamente en su conducta de los elementos intelectual y volitivo propios del dolo eventual.

Aquí el problema no está en dilucidar si concurren o no ilegalidades patentes subsumibles en el delito de prevaricación atribuibles a las autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, extremo que no cuestionamos. Sino en dirimir si, a partir de ello, se puede dar el salto cualitativo de entender que los cinco acusados sobre los que se centra este voto tenían el conocimiento de que era muy probable que los funcionarios de la Consejería de Empleo se fueran a dedicar no solo a aligerar la tramitación de las subvenciones omitiendo trámites importantes, sino que también iban a realizar dolosamente actos encaminados a menoscabar o quebrantar el patrimonio público en beneficio propio o en beneficio de terceros.

Estos actos no se circunscribían a realizar los actos ilícitos propios de un delito de prevaricación, sino a realizar actos que iban mucho más allá, toda vez que estaban dirigidos a mermar el patrimonio público en beneficio de patrimonios privados. A ellos se refieren de forma muy específica y detallada las pp. 1711 y ss. de la sentencia recurrida. En esas páginas se describen, entre otras, la conducta de conceder subvenciones a empresas sin objeto concreto y claramente definido; pagos de minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral; préstamos para el pago de nóminas de los que no consta su devolución; el hecho de que las sociedades beneficiadas se habían constituido con muy poca antelación a la concesión de las subvenciones; la circunstancia de que muchas de las sociedades beneficiadas carecían de sustancia económica o tenían el mínimo capital propio; además muchas de ellas carecían de trabajadores; no reflejaban en sus cuentas anuales las subvenciones recibidas; no figuraban las solicitudes de las sociedades beneficiarias; y se concedían varias subvenciones a la misma empresa en espacios de tiempo muy cortos. Y en cuanto a las personas beneficiarias se permitió la inclusión de sujetos que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas por la Consejería de Empleo; y se admitió que un número indeterminado de sujetos beneficiarios siguieran percibiendo las rentas aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral, o pese haber pasado a la situación de incapacidad.

El salto cualitativo que supone que se haya entrado en una situación de descontrol y de quebranto del patrimonio público en la distribución de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis no significa de por sí que fuera conocido por autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo, al no concurrir datos directos o indiciarios concluyentes que así lo acrediten. Y desde luego si el criterio excluyente del dolo eventual se aplica a los interventores que no han incoado el informe de actuación, con la misma o mucha más razón ha de ser extensible a quienes, perteneciendo a otras consejerías, no llevaban un control directo, próximo o inmediato de la fase final de la ejecución del presupuesto y por tanto de la distribución concreta del dinero público ni de qué adjudicaciones estaban o no justificadas.

Hay que partir, por consiguiente, de la premisa de que, si hubiesen sabido esas autoridades y funcionarios que se estaba dando un importante quebranto del patrimonio por una sección correspondiente a la Consejería de Empleo encargada de distribuir las ayudas a trabajadores y empresas, habrían adoptado las medidas correspondientes al respecto. Y si bien resulta factible que se entendiera que las consejerías ajenas a aquella no habían actuado con la debida diligencia, ello no significa que, dados los diferentes ámbitos de competencia entre unas y otras, se esté ante un supuesto de dolo en ninguna de las modalidades que permite la norma penal y la jurisprudencia que la interpreta. En especial, si se sopesa la autonomía y la opacidad con que actuaba la Consejería de Empleo, y dentro de ella la Dirección General de Trabajo.

Ello aparece avalado por el hecho de que, tal como se explica en el apartado decimoséptimo del factum de la sentencia recurrida (p. 83), fueron los máximos responsables de la Consejería de Empleo los que encargaron en los años 2008 y 2009 una serie de informes jurídicos a entidades externas privadas ajenas a la Junta de Andalucía. Esos informes, según reseña la Audiencia, fueron conocidos por los responsables de la Consejería de Empleo, sin que conste que llegaran al conocimiento de los responsables de otras consejerías (ver p. 84 de la sentencia recurrida).

Así pues, si el Interventor General y los funcionarios que elaboraron el informe adicional al de cumplimiento de 2003 y el anexo de 2005 no apreciaron en esas fechas ni en los años posteriores que era inminente la generación de un grave menoscabo para los caudales públicos, parece que lo razonable y lógico es concluir que esa alta probabilidad del resultado malversador que integra la estructuración cognoscitiva del dolo eventual no se daba tampoco en la mente y el ánimo de los acusados cuya condena cuestionamos.

Es relevante incidir en que no se trata aquí de vulnerar el principio de que no existe un «derecho a la igualdad en la ilegalidad» (STC 181/2006 y las que en ella se citan), sino más bien de todo lo contrario: de aplicar el derecho a la igualdad en la legalidad, toda vez que consideramos que las reglas experienciales y legales sobre la prueba han sido correctamente aplicadas al Interventor, al no darse el salto cualitativo de apreciar un delito de malversación atendiendo a los datos probatorios que figuran en las actuaciones. Criterio que, cuando menos con los mismos fundamentos relacionados con las máximas de la experiencia y las reglas de lo razonable, debió aplicarse también a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo.

4. La argumentación que se acaba de plasmar en el apartado precedente resulta también aplicable a la no inculparción ni acusación del Consejero de Presidencia D. Demetrio con respecto al delito de malversación de caudales públicos. Este político fue Consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía entre el 17 de abril de 1996 y el 24 de abril de 2009, periodo en el que quedan comprendidos los hechos nucleares que integran el objeto del proceso, toda vez que durante él se aprobaron la mayoría de las modificaciones presupuestarias relativas a los programas 22E y 31L, interviniendo el acusado en la aprobación de algunas de ellas, según se recoge en la declaración de hechos probados. Y también intervino en la aprobación de los proyectos presupuestarios correspondientes a los ejercicios económicos de los años 2002 a 2008.

En las pp. 1521 a 1538 de la sentencia impugnada se exponen los indicios inculparios que concurren contra él y las pruebas en que se sustentan. Y se particulariza al respecto que el referido acusado, como Consejero de la Presidencia, tenía adscrita la asesoría jurídica de la Junta y le correspondía la asistencia política técnica y el asesoramiento general al Presidente de la Junta de Andalucía. A esa Consejería de Presidencia se encuentra adscrita la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior, a la que hace referencia el Interventor General al resolver la discrepancia sobre el informe de fiscalización de disconformidad planteado por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo en el expediente de Hijos de Andrés Molina. La Intervención subsanó la mayoría de los reparos presentados, pero recomendó que se solicitara informe a la Dirección General de Asuntos y Fondos Europeos. Y señala también el Tribunal de instancia que los problemas de compatibilidad de las ayudas adjudicadas a la empresa Hijos de Andrés Molina con el régimen de ayudas a empresa de la Unión Europea tuvieron relevancia y notoriedad. Así, en varias actas de sesiones del Consejo Rector de IFA se habla de la trascendencia de ese tema.

En virtud de lo que antecede, arguye la Audiencia que no resulta razonable que el titular de la Consejería de Presidencia no estuviera al tanto de la evolución y posible solución de los problemas de la empresa. En especial, cuando el reparo que se mantuvo por el Interventor General hacía referencia a la necesidad de un informe de la Dirección General antes citada, poniendo sobre la mesa el problema de la compatibilidad de las ayudas con su destinatario real.

Se remarca también en la sentencia impugnada que D. Demetrio, en la condición de Consejero de la Presidencia, presidía la Comisión General de Viceconsejeros, por donde pasaban todos los expedientes de modificación presupuestaria, así como el anteproyecto de presupuestos de cada año, resaltando igualmente que, en su condición de miembro del Consejo de Gobierno, estuvo presente en la aprobación de la mayoría de las modificaciones presupuestarias que afectaron, primero al programa 22E y luego al programa 31L.

En cuanto al concreto conocimiento del cambio operado con la modificación presupuestaria de 18 de abril del año 2000, en la que se introduce el uso de la transferencia de financiación para la concesión y pago de subvenciones, advierte el Tribunal sentenciador que hemos de tener en cuenta que, en ese periodo temporal, estaba

en su mayor expansión la crisis empresarial de la compañía Hijos de Andrés Molina, así como también la crisis de la empresa Santana Motor. Tales circunstancias tenían un especial significado por enmarcarse esta problemática dentro del ámbito territorial de la actuación política del acusado, centrada en la provincia de Jaén.

También argumenta la Audiencia en las referidas páginas que no resulta verosímil, por resultar contrario a la lógica y a las máximas de experiencia, que los responsables de la Consejería de Empleo, cada uno a su respectivo nivel, no informaran de la introducción del nuevo sistema de las transferencias de financiación a los restantes Consejeros o a los Viceconsejeros en las reuniones del Consejo de Gobierno o en las de la Comisión General de Viceconsejeros, respectivamente.

E igualmente se especifica en la sentencia recurrida que el acusado, en su calidad de Presidente de la Comisión General de Viceconsejeros, presidió las tres sesiones (13 de diciembre de 2000, 17 de enero de 2001 y 24 de enero de 2001) en las que se debatió sobre el Proyecto de Decreto regulador de este tipo de ayudas. Proyecto que no prosperó, pero que confirma, por su existencia y contenido, que el acusado conocía el modo en que la Consejería de Empleo pretendía dar las ayudas.

En vista de todo lo cual, considera el Tribunal de instancia que, dada la intervención de D. Demetrio en la resolución de crisis de empresas, y también atendiendo a su cargo de Consejero de la Presidencia, resulta ilógico que no conociera que con el sistema instaurado en la modificación presupuestaria de 18 de abril de 2000, que se incluyó en el presupuesto de 2002, y se mantuvo en los siguientes hasta el 2009, se estaba optando por un sistema de concesión de ayudas sociolaborales que se apartaba radicalmente del que hasta entonces se venía utilizando.

Se incide asimismo en que, como miembro del Consejo de Gobierno, aprobó los planes anuales de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta para los años 2005, 2006 y 2007, año en el cual se le confirió carácter definitivo. Dentro de la documentación de esos planes que se elevaba al Consejo de Gobierno se incluía como anexo una memoria de control financiero permanente, referida a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía. En la memoria de los trabajos realizados en el 2006 se recoge en su apartado VII los resultados de los trabajos, entre los que se destaca que «de forma indebida, el expediente administrativo de transferencia de financiación ha sido tramitado para financiar operaciones de encargos de ejecución, subvenciones excepcionales u otros que habrían requerido una tramitación administrativa propia y sometida a fiscalización previa». Y se añadía a lo anterior que la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía presentaba defectos en la contabilización de las transferencias de financiación que afectan a los resultados o a la clasificación de su activo y pasivo, así como deficiencias en el tratamiento contable de las transferencias recibidas.

A tenor de las consideraciones precedentes, adquiere una importante relevancia que D. Demetrio no fuera acusado como autor de un delito de malversación. Se trataba de una persona que controlaba todos los temas que se dirimían en el Consejo de Gobierno y en las reuniones que presidía de la Comisión de Viceconsejeros previas al Consejo. Según resalta el Tribunal de instancia, conocía toda la mecánica del nuevo sistema de agilización del pago de subvenciones excepcionales a través de las transferencias de financiación. A partir de esos datos, resulta muy significativo que se declarara probado que no tenía conocimiento de los actos punibles fraudulentos que se estaban perpetrando dentro de la Consejería de Empleo a la hora de gestionar y ejecutar los presupuestos mediante el otorgamiento fraudulento de las subvenciones a los trabajadores y empresas.

Si pese al control que detentaba el referido acusado de las actuaciones del Consejo de Gobierno y de las distintas Viceconsejerías, y los contactos políticos que mantenía dentro del territorio de Andalucía relacionados con sus funciones políticas, no llegó a conocer el menoscabo económico fraudulento que se estaba perpetrando en la Consejería de Empleo -de ahí que no fuera acusado del delito de malversación-, parece razonable y coherente inferir que ese conocimiento tampoco lo tuvieran los políticos y funcionarios de las Consejerías de Economía y de Innovación y Ciencia, sobre los que no concurre ninguna prueba mínimamente sólida de que estuvieran al tanto de unos hechos dolosos que generaban un grave quebranto al patrimonio público. Por lo cual, resulta congruente que los datos indiciarios objetivos que concurren sobre estos últimos sean tratados con las mismas máximas de la experiencia y lógica argumental exculpatoria que se aplicó en su momento a los acusados anteriormente reseñados (Consejero de Presidencia e Interventor General de la Junta de Andalucía).

Ello concuerda además con el dato destacable de que los argumentos probatorios relativos a los acusados D. Cesareo y Dña Marcelina, así como a los condenados por malversación integrados en la Consejería de Innovación, se centren en reiterar y repetir los hechos que los incriminan como autores de un delito de prevaricación. Es decir, son los mismos indicios que se refieren a su intervención en la implantación del sistema ilegal de otorgamiento de subvenciones excepcionales y al conocimiento que tenían de ello -base de la condena por el delito de prevaricación- los que se reproducen y se repiten después como argumentos básicos probatorios para inferir también de ellos su autoría del delito de malversación.

Este criterio probatorio desmesurado y expansivo, que se sostiene principalmente sobre los cimientos de un argumento meramente especulativo, con una base bastante más intuitiva que razonable y sustancialmente incompatible con la presunción de inocencia, no se aplica, en cambio, a los restantes acusados ajenos a la Consejería de Empleo. Pues a estos no se les adjunta el sintagma definitorio del dolo eventual (asumiendo la eventualidad...), que en definitiva integra el único razonamiento -carente de una elaboración fáctica y jurídica

mínimamente consistente- con el que se pretende justificar la tipificación de un delito de malversación para los cinco acusados ajenos a las competencias de la referida Consejería.

5. Para reafirmar lo que acabamos de exponer en los dos apartados precedentes, conviene traer a colación el procedimiento penal tramitado por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (procedimiento abreviado 11762/2017), referente al caso UMAX. Esta cita merece una aclaración. La sentencia recaída en esa causa de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla (la sentencia, todavía no firme, obra en las bases de datos jurisprudenciales) se trae a colación desde una perspectiva o visión estrictamente procesal- precisamente porque se encuentra pendiente de su revisión casacional- relacionada con la fase intermedia del procedimiento, en el que fueron acusados por los delitos de prevaricación, falsedad y malversación tres ex Directores Generales de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía que habían desempeñado el cargo sucesivamente y dos ex Secretarios Generales Técnicos de la misma Consejería (todos ellos también han sido acusados en esta causa a excepción del último de los Directores Generales) por crear «una estructura administrativa paralela» en la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo. Sin embargo no se apreciaron razones que aconsejaran la acusación de los correspondientes Consejeros y Viceconsejeros, que quedaron fuera del proceso.

Tal circunstancia tiene notable relevancia si se pondera que los hechos presuntamente delictivos se perpetraron durante varios años dentro de la misma Consejería, pese a lo cual la responsabilidad no afectó a la cúpula. La relevancia de este dato radica en que parece sugerir, con la provisionalidad que impone el carácter no firme de la sentencia recaída en tal causa, que en la estructura de esa Consejería había un escalón de Director General hacia abajo que, al parecer, operaba con una acuciada autonomía y no poca clandestinidad.

Todo ello viene al caso, pues dado el contexto tan peculiar y opaco que transpiraba la gestión diaria y el desarrollo de la labor interna de la Consejería de Empleo, resulta chocante pretender que se perciba en otras Consejerías aquello que en algunas ocasiones, según la estrategia acusatoria, ni siquiera apreciaban los dirigentes máximos de la propia Consejería de Empleo.

Se comprenden así ahora mejor las notables dificultades que ha encontrado el Tribunal sentenciador de instancia para elaborar en nuestro caso la base argumental de un hipotético y artificioso dolo eventual, por lo que acabó acudiendo para solventarlo a un mero giro lingüístico -«asumiendo la eventualidad»- falto de un contenido empírico imprescindible que permitiera atribuir a los funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo las sustracciones dolosas de fondos públicos que se estaban realizando fraudulentamente en beneficio de terceros.

6. Todo el error fáctico de base de la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia de Sevilla que ahora se revisa se ve corroborado por el lenguaje dubitativo y equívoco que utiliza la propia Audiencia al plasmar en la fundamentación jurídica la existencia del dolo eventual. Así se acredita mediante la lectura de su pág. 88, último párrafo, donde el Tribunal afirma que «las actuaciones que se llevaron a cabo por los acusados de la Consejería de Empleo, antes reseñados, necesariamente debieron ser conocidas por los acusados Cesareo -Consejero de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y presidente de la Junta de Andalucía en el periodo abril 2009/septiembre 2013-, Marcelina -Viceconsejera de Economía y Hacienda en el periodo abril 2004/abril 2009, y Consejera desde abril 2009 hasta septiembre 2013-, Benjamín - Consejero de Innovación y Presidente de IDEA-, Virgilio - viceconsejero de Innovación y Vicepresidente de IDEA-, los cuales tenían conocimiento, participaron y consintieron la gestión presupuestaria descrita».

Es patente que la expresión «debieron ser conocidas» denota más bien una duda cognoscitiva por parte del Tribunal que una certeza consistente, habida cuenta que el gerundio «debiendo» seguido de las palabras «ser conocidas» indica la mera posibilidad de conocimiento y no un conocimiento real e inequívoco. Porque si tuvieran un conocimiento indubitado y concluyente, el Tribunal habría dicho de manera inequívoca que las actuaciones «fueron conocidas».

Una segunda opción gramatical sería interpretar la palabra «debieron» como referida a la obligación de conocer. Con lo cual, tampoco estaríamos ante un conocimiento real y actual sino ante una obligación incumplida de conocer, o de cuyo cumplimiento cuando menos se duda.

Tampoco se muestra convincente la referencia que se hace en la pág. 1754 de la sentencia para constatar la autoría de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, cuando se dice que Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina y Cesareo, son autores «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Esta afirmación no resulta acertada para sustentar la tipicidad penal aplicada, toda vez que permite entender que si los fondos públicos vinculados al programa 31L fueran destinados a un fin público diferente estaríamos ante un delito de malversación del artículo 432 CP, lo cual obviamente no es correcto, ya que para que se procediera la aplicación del tipo penal que ese precepto alberga resulta imprescindible que los fondos públicos fueran destinados a fines particulares o privados ajenos a un fin público (ver SSTs 222/2010, de 4 de marzo; 497/2012, de 4 de junio; y 914/2012, de 29 de noviembre).

Por último, la patente pobreza que se transparenta en el discurrir de toda la argumentación fáctica de la sentencia recurrida, relativa a la insuficiente y deficitaria prueba de cargo orientada a acreditar el conocimiento de

los cinco referidos acusados ajenos a la Consejería de Empleo de los actos de menoscabo de fondos públicos en ese órgano autonómico, no puede ser solventada, como pretende el Tribunal de instancia, con la expresión «asumiendo la eventualidad» de que los fondos públicos fueran objeto de disposición lucrativa en beneficio del patrimonio particular de terceros. Latiguillo que se utiliza en varios párrafos de la sentencia con el objetivo de sustentar sin una validación probatoria realmente empírica el elemento subjetivo del tipo penal de la malversación (ver pp. 1067, 1147, 1190, 1400, 1467, 1803, 1805, 1806, 1810 y 1811).

Sexto.

1. Mención aparte merece la cita de la Audiencia Provincial de Sevilla referente a la sentencia de esta Sala 277/2018, de 8 de junio (que dirime el asunto conocido como «caso Nóos»), en cuya reseña se apoya para aplicar aquí la modalidad del dolo eventual. Recoge el Tribunal sentenciador el siguiente párrafo de la precitada resolución para fundamentar la aplicación del dolo eventual en el caso que nos ocupa (pág. 1732 de la sentencia recurrida): «En ese contexto las manifestaciones de Diego se revelan, más allá de las circunstancias concretas (momento, situación, cronología, expresiones específicas) como las más creíbles. Incluso aunque no contásemos con ellas estaría casi cincelado en la narrativa de la sentencia un dolo eventual derivado de un desentenderse, que le haría responder igualmente: desencadenar esa retahíla de contratos, convenios, alegres desembolsos, con ausencia total de controles, revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación que en quien está constituido en garante por un doble título hará nacer responsabilidad penal dolosa. Este argumento sobre la inocultable concurrencia de dolo eventual aparecerá en el escrito de impugnación de la Comunidad de las Islas Baleares.» Y a continuación de esa cita jurisprudencial, añade el Tribunal de Sevilla que su aplicación a este caso procede «Por su semejanza con lo acontecido en la presente causa, respecto a los desembolsos con ausencia total de controles, que revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación. Consta en la causa la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización.»

La cita de la sentencia 277/2018 que se acaba de transcribir se refiere a la condena del Presidente del Gobierno de la Comunidad de Baleares, a quien en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia de Baleares (Sección Primera) se le considera autor de diferentes actos delictivos por autoría directa subsumibles en el artículo 432 del CP. Entre otros, la adopción de acuerdos con otros coimputados relativos a conductas malversadoras en las que se autorizaba el importe de las inversiones generadoras de menoscabo en el patrimonio público; el impartir órdenes al consejero de Turismo para que prestara apoyo a través del Instituto Balear de Turismo al equipo ciclista y a la contratación de la mercantil Nóos Consultoría Estratégica de los coacusados; el emitir una orden verbal para que se realizaran otras inversiones relativas al equipo de ciclismo ofertado por los coacusados; el dar la orden de que se iniciaran los contactos con el coimputado D. Bernardino; la adopción de la decisión unilateral de que se formalizaran los contratos de patrocinio del equipo ciclista; su intervención directa como presidente de la Fundación Illesport en el concierto suscrito con la mercantil Abarca Sport de un contrato de patrocinio que abarcaba varios años; y otros actos vinculados a la conducta subsumible en el tipo penal de la malversación en los que figura su intervención.

Tales actos fueron constatados probatoriamente a través de las declaraciones prestadas por un coimputado cualificado que tenía conocimiento directo de los hechos y también por un testigo de referencia, declaraciones que resultaron avaladas por importantes elementos corroboradores. A tenor de lo cual, poco tiene que ver la prueba de las conductas malversadoras que protagonizó el acusado referido en el «caso Nóos» con la que sustenta las que se le atribuyen a las autoridades y funcionarios ajenos a la Consejería de Empleo en el caso que ahora se juzga. Y lo mismo debe decirse de la calidad de la prueba de cargo que se da en aquel procedimiento sobre el sustrato fáctico del tipo penal de la malversación con respecto al Presidente de la Comunidad de Baleares y la que concurre en el caso que nos ocupa, a tenor de lo que se ha argumentado en su momento.

Es más, al releer el párrafo que se cita en la sentencia de la Audiencia de Sevilla para hacer referencia al dolo eventual se comprueba que en la STS 277/2018, dada la prueba directa con que contó la Audiencia Provincial de Baleares, considera el Tribunal de casación que esa prueba era suficiente para sustentar la condena mediante dolo directo, y solo habla de la mera posibilidad alternativa de aplicar un dolo eventual como una especie de cláusula de cierre para rematar el criterio desestimatorio del recurso. De modo que ni siquiera llega a desarrollar argumentalmente la aplicación hipotética del dolo eventual, al haber plasmado ya previamente los datos específicos que permiten estimar la aplicación del dolo directo y percibir el protagonismo en los hechos del Presidente de la Autonomía Balear en la autorización expresa de los pagos malversadores de fondos públicos.

Todo ello significa que el precedente jurisprudencial recogido por la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia ahora recurrida no era el adecuado, a la vista de las diferencias sustanciales de prueba de cargo existente en un caso y en otro para fundamentar la autoría delictiva. En la sentencia que ahora se revisa, la Audiencia acude al dolo eventual con el fin de extender la autoría directa de un delito de prevaricación para conectar esta infracción

como delito medial con una hipotética intervención en un delito fin de malversación de los funcionarios ajenos a la Consejería en la que se perpetró y consumó ese delito, sin que conste prueba de cargo de que los acusados ajenos a la misma realizaran dolosamente hechos subsumibles en la sustracción de caudales públicos. Y sin que tampoco consten indicios consistentes de que supieran que quienes distribuían en la Consejería de Empleo las subvenciones públicas entregarán dolosamente ese dinero a personas y empresas que sabían que no cumplían los requisitos básicos y elementales para ser considerados beneficiarios de esos caudales públicos.

Sin embargo, en la sentencia que se cita como caso asimilable al que ahora se enjuicia, la prueba directa contra el Presidente del Gobierno Balear, según se desprende de la argumentación probatoria, era consistente, y además su intervención en los hechos no era hipotética y abstracta, sino directa, con ejecución de conductas estrechamente vinculadas a la inversión de los fondos públicos en claro perjuicio de la Comunidad Autónoma.

En ese caso, como admite esta Sala en la STS 277/2018, no era preciso acudir al dolo eventual para sustentar la condena. En cambio en el que ahora se supervisa en casación la condena por el delito-fin se construye para los acusados integrados en las consejerías ajenas a la de Empleo mediante un conocimiento meramente hipotético y conjetural sin apoyatura probatoria en la graduación probabilística del peligro concreto exigible para apreciar un dolo eventual, y sin la concurrencia de actos ejecutivos del tipo objetivo de la malversación del artículo 432 CP atribuibles a los funcionarios de las consejerías no implicadas en el reparto del dinero. Se trata, pues, de una conducta dolosa realizada por los funcionarios de mayor y menor grado de la Consejería de Empleo, por su propia iniciativa y sin intervención directa ni eventual de quienes desempeñaban sus cargos y funciones en otros departamentos.

2. La argumentación jurisprudencial que se acaba de exponer resulta extensible a otras sentencias de esta Sala en las que se aborda la posibilidad de aplicar el dolo eventual en el ámbito del delito de malversación. En efecto, en las pocas sentencias en que trata esa modalidad de dolo este Tribunal con respecto al referido delito se suele operar con meras referencias genéricas e indirectas centradas en recordar que, en caso de que la prueba de cargo no fuera suficiente para sustentar un dolo directo en la conducta del acusado, cabría acudir a la aplicación de un dolo eventual. Pero ese razonamiento se plasma como un simple refuerzo argumental más retórico que real y efectivo, actuando en todo caso como mera posibilidad hipotética alternativa para el supuesto de que se considerara que solo concurría un dolo más liviano que el directo, hipótesis en la que cabría aplicar la modalidad dolosa del tipo penal en cuestión (ver al respecto SSTs 20 de febrero de 1992; 310/2003, de 7 de marzo; 914/2012, de 29 de noviembre; o 277/2015, de 3 de junio).

Mucho más difícil es hallar en las citas jurisprudenciales de esta Sala supuestos en los que se aplique en el delito de malversación como único dolo el de carácter eventual, como sí sucede en la sentencia ahora recurrida. Quizás la dificultad obedezca a la exigencia como elemento de tipicidad subjetiva del ánimo de lucro expresamente reclamado en el tipo penal ahora aplicado (anterior a la reforma del año 2015), y también en que la medialidad teleológica propia del concurso delictivo aplicado dificulta, cuando menos en alguna medida, la vinculación entre el delito medio (prevaricación) con el delito fin (malversación) si este se conforma sobre dolo eventual.

Después de bucear en la jurisprudencia se puede citar al respecto como caso singular en el que se rechaza la condena de la instancia por considerar que no concurren ni el dolo directo ni el eventual la STS 208/2007, de 14 de marzo. En ella el Tribunal examinó los recursos de un matrimonio condenado por un delito de malversación de caudales públicos con motivo de la explotación de un establecimiento de Administración de Loterías que le había sido adjudicada a la esposa antes de contraer matrimonio. Luego de situar los hechos en diciembre de 2003 y primeros de enero de 2004, establece que, tras la celebración del matrimonio el 20 de junio de 2003, el acusado fue poco a poco encargándose de la administración, pues la acusada sufrió dos intervenciones quirúrgicas y ni acudía al establecimiento, ni hacía uso de la posibilidad de que fuera nombrado un sustituto. La acusada, pese a que estaba obligada a ingresar semanalmente al saldo favorable correspondiente a cada sorteo, tras los celebrados el 22 de diciembre de 2003 y el 6 de enero de 2004 no lo hizo y, escudándose en la colaboración consciente de su esposo, que de buen grado pretendió asumir toda la responsabilidad, sustrajo la recaudación.

La Audiencia estimó que si bien era el acusado quien de facto llevaba la gestión en la venta de los billetes de lotería en los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004 y fue quien dispuso indebidamente y realmente de los fondos públicos impagados, la acusada estaba totalmente de acuerdo con su esposo.

El Tribunal de casación examinó en profundidad la prueba indiciaria contra la recurrente y entendió que, una vez establecido en la sentencia como algo acreditado, tras la valoración de esas pruebas, que la acusada no acudía al establecimiento a causa de sus problemas de salud; que la administración la llevaba de facto el acusado ocupándose de la gestión en la venta de billetes y de las operaciones bancarias y administrativas; e incluso que fue éste quien dispuso indebidamente de los fondos, sería preciso algún elemento que permitiera establecer de modo racional, por lo tanto, más allá de toda duda razonable, la participación de la acusada. Y acabó considerando que los indicios incriminatorios no eran suficientes para mantener la autoría de ella.

A tal efecto, argumentó la STS 208/2007 que analizamos, una vez ponderados los indicios en que se basó la condena de la recurrente, que para aplicar el tipo objetivo del artículo 432 CP era preciso acreditar que la esposa tuvo conocimiento de la existencia de la sustracción de las recaudaciones por parte de su marido, o al menos de la

alta probabilidad de que se produjera. Sin embargo, en el caso, tal olvido de las responsabilidades contraídas no pudo apreciarse, pues la recurrente no abandonó la gestión desentendiéndose de la misma, sino que la depositó en su esposo. Es decir, en una persona que en ese momento era de su absoluta confianza, sin que en la sentencia constasen elementos objetivos que autorizaran a exigir que hubiera debido ponerla en duda, como cauce para establecer alguna clase de responsabilidad penal. En vista de lo cual, acogió el recurso y absolvió a la acusada del delito de malversación que se le imputaba.

Pues bien, trasladando los argumentos nucleares a la sentencia dictada al presente caso, en el que la Audiencia ha operado únicamente con el dolo eventual para imputarle los hechos malversadores a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo, ha de incidirse aquí también en que tales recurrentes no contaban con datos objetivos indiciarios para desconfiar de que los acusados integrantes de esta última iban a dedicar el dinero público a entregárselo dolosa y fraudulentamente a ciudadanos y empresas para que se lucraran con él en perjuicio del interés general y del bien jurídico tutelado por la norma penal. Por lo cual, hay que insistir una vez más en que una cosa es omitir dolosamente trámites administrativos esenciales en la concesión de subvenciones públicas con el fin de aligerar su autorización y entrega, hechos que han de ser subsumibles en el tipo penal de la prevaricación, y otra muy distinta es menoscabar el patrimonio público con el fin de que se lucren fraudulentamente terceras personas físicas y empresas. Para corroborarlo es suficiente con recordar la pena asignable a cada una de esas conductas delictivas.

A este respecto, y como ya se subrayó en su momento, no cabe instrumentalizar el dolo eventual para solventar los déficits de prueba de cargo relativa a la autoría delictiva. Pues una concepción amplia y desmesurada del dolo eventual y una laxitud y falta de rigor en su verificación en el ámbito procesal podrían devolvernos al anacronismo propio de los delitos cualificados por el resultado (STS 474/2013, de 24 de mayo).

Séptimo.

1. Llegados a este punto, es ya el momento de examinar, partiendo de las premisas recogidas en los fundamentos precedentes, la tipicidad del delito de malversación con respecto a la conducta de los cinco acusados condenados en el caso enjuiciado que son ajenos a la Consejería de Empleo.

Tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala como la doctrina vienen insertando el elemento subjetivo del dolo en el tipo penal, sin que se excluyan resoluciones y autores que lo sitúen en el elemento de la culpabilidad o incluso en ambos. No obstante, cualquiera que fuera su ubicación dogmática, no cabe duda de que el dolo es un elemento básico y totalmente imprescindible en la figura delictiva de la malversación por autoridad o funcionario público.

La sentencia recurrida resalta que el dolo en que incurrieron los cinco acusados de cuya condena por malversación discrepamos, es un dolo eventual y no directo. Solo puede entenderse así partir de la lectura del fundamento cuadragésimo séptimo, en el que se afirma que los acusados Esteban, Virgilio, Benjamín, Marcelina y Cesareo, son autores del delito de malversación «por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

La expresión «asumir la eventualidad», lo hemos apuntado antes, es utilizada con notable habitualidad por la jurisprudencia de esta Sala para aplicar el concepto de dolo eventual, tal como se recoge en numerosas sentencias ya citadas. El referido sintagma figura en diferentes apartados de la sentencia recurrida cuando examina la conducta de los referidos cinco acusados desde la perspectiva subjetiva con respecto al delito de malversación, según ya se explicó y reseñó en su momento al analizar su intervención en los hechos.

Asimismo es necesario advertir con carácter previo que la Audiencia utilizó repetidamente en diferentes párrafos de su sentencia, al tratar la conducta de los acusados en general, la siguiente frase: «para soslayar la Intervención Delegada de la Consejería de Hacienda en el año 2000 y en todo caso para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de las ayudas, en el ejercicio de su competencias...» (pp. 39, 238, 646, 730, 765, 828, 901, 1277, 1303, 1307, 1354, 1504, 1524 y 1542). Y en otros casos se habla de un fin primordial de «agilidad» (ver pp. 233, 249, 426, 499, 796 y 877). Y así, en la pág. 233 se dice que «la necesidad política de dar una respuesta inmediata a los grandes conflictos sociolaborales, llevó a los responsables de la Junta Andalucía a establecer un sistema ágil, si bien tal agilidad se consiguió, como se expone a continuación, eliminando los mecanismos de control».

Por consiguiente, no puede compartirse el criterio que establece la sentencia mayoritaria de este Tribunal de casación cuando afirma que «precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (pág. 348 y 349). Ni tampoco la aseveración de que «se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352). Ambos párrafos concuerdan con lo que se expone al comienzo del análisis de la tipicidad del delito de malversación, cuando la sentencia de casación especifica que «el manejo de esos caudales

se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias y los intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones» (pág. 321).

La conclusión que establece la sentencia mayoritaria de esta Sala llega, más lejos que la convicción probatoria del Tribunal de instancia, dado que la Audiencia de Sevilla no estimó que la primera fase de actuación de las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo y de las autoridades políticas que establecieron el procedimiento específico fuera un mero pretexto para cometer actos arbitrarios malversadores. Es decir, se obtiene una inferencia que rebasa ampliamente los márgenes que fijó la sentencia recurrida. Para sentar su desmesurada y desbordante conclusión la Sala de Casación prescinde en el referido argumento de lo que, a tenor del factum de la sentencia de instancia integró el objetivo inicial del conjunto de los acusados en la denominada primera fase: imprimir rapidez y agilidad en la adopción y ejecución de las medidas políticas necesarias para paliar las necesidades urgentes derivadas de la crisis socioeconómica que aquejó Andalucía. Fase en la que se proyectan y realizan actos subsunibles en el delito de prevaricación, pero no en el de malversación.

Es más, la propia tesis mayoritaria de esta Sala admite en un párrafo posterior de la sentencia de casación (pág. 357), también dentro del análisis de la tipicidad de la malversación, que los acusados «actuaron movidos inicialmente por la intención de agilizar el pago de las subvenciones y posteriormente por disponer de los caudales públicos como si fueran propios y eso es una forma más de corrupción política y no... una forma de dar protección social a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración o de crisis empresariales». Y también señala este Tribunal que «la desviación de los caudales públicos en sus dos modalidades no quedó abrazada por las conductas prevaricadoras sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado» (pág. 321); y añade que «esa dualidad justifica que la antijuridicidad de la conducta desplegada no se agote en la prevaricación, sino que constituya también un delito de malversación, en relación de concurso medial».

Estas últimas precisiones merecen ser recalçadas, toda vez que de ellas se extrae que, de las diferentes fases o etapas en que se divide la evolución de un presupuesto autonómico (propuestas de anteproyecto; aprobación del anteproyecto; aprobación del proyecto; y ejecución del proyecto), el delito de malversación se perpetra en la fase de ejecución, y dentro de ella en la fase o tramo final (en expresión de esta Sala). Es decir, cuando ya se distribuye el dinero público de forma concreta entre los beneficiarios, a quienes se adjudica y entrega (en esta ocasión se trataba de unas subvenciones públicas).

En consecuencia, es claro que, a tenor de lo que se recoge en la sentencia cuestionada, el delito de malversación de caudales públicos lo encaja la Audiencia en esa fase o tramo final, con respecto a cuyos hechos (selección de los beneficiarios y distribución y entrega del dinero de las subvenciones entre ellos) aplica el Tribunal el tipo previsto en el artículo 432 CP (versión anterior al año 2015).

2. El Tribunal a quo, no analiza el elemento intelectual del dolo eventual, análisis que precisaría sopesar singularizada y ponderadamente qué circunstancias y factores permitían establecer que los cinco acusados sabían que muy probablemente el sistema que implantaban conllevaría actos y comportamientos dolosos por parte de los integrantes de la Consejería de Empleo en perjuicio del patrimonio público y en beneficio de alguno de ellos o de terceras personas. Esa representación intelectual de los acusados no consta acreditada con razonamientos probatorios en la sentencia impugnada, dado que resulta perfectamente factible que los acusados ajenos a esa Consejería confiaran, como señalan algunos de los recurrentes, en que los integrantes de la Consejería de Empleo que ejecutaba el presupuesto en su fase o tramo final no se iban a dedicar a defraudar y dilapidar el patrimonio público en beneficio ilícito de terceros o de ellos mismos. Desde luego no se aportan indicios por parte de la Audiencia que evidencien el conocimiento de la existencia de un peligro concreto en esa dirección ni con ese alcance derivado de un comportamiento doloso de las autoridades y funcionarios de la Consejería que administraba y distribuía el dinero destinado a las subvenciones de trabajadores en paro y empresas en crisis.

Tampoco se aporta por el Tribunal de instancia actividad probatoria verificadora acerca de cuál era la relación o conexión de los integrantes de las Consejerías de Economía, y de Innovación con las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo, y qué posibilidades tenían de controlar el tramo final de ejecución del presupuesto. Es decir, la fase de concreción de los beneficiarios de las subvenciones y de la entrega del dinero público a personas y empresas adjudicatarias. Ese déficit se extiende igualmente al estudio y determinación de los límites competenciales de cada una de las consejerías sobre tales circunstancias y a cómo se desarrollaban en la práctica los controles en casos similares.

Igualmente se omite cualquier examen relativo al principio de confianza con respecto a tales cuestiones en la práctica funcional ni a los niveles de responsabilidad de las autoridades y funcionarios de acuerdo con su jerarquía, la proximidad y el acercamiento a los hechos y los ámbitos del radio de acción funcional en cada ámbito competencial.

Frente a la omisión del análisis de todos esos datos relacionados con la representación cognoscitiva de los hechos delictivos como factor determinante del elemento intelectual del dolo eventual, la Audiencia se limita a recoger como mera conclusión la existencia del elemento volitivo, que comprime y sintetiza bajo el reiteradamente citado sintagma de «asumir la eventualidad» del resultado de la malversación. No tiene, pues, en cuenta que en la

práctica probatoria del proceso se acostumbra a partir de la extensión e intensidad del conocimiento de los hechos pronosticables y anunciadores del peligro concreto (elemento intelectual del dolo), para acabar coligiendo y determinando la asunción y aceptación del resultado (elemento volitivo).

Se sienta, a tenor de lo que antecede, una conclusión incriminatoria sobre la concurrencia del dolo eventual sin acudir previamente al examen de los factores de riesgo cognoscibles y a su operatividad en el caso enjuiciado.

Por lo demás, conviene advertir que se está ante un supuesto en que el análisis de la razonabilidad probatoria del sustrato fáctico de los elementos del dolo urge más y se considera más imprescindible que en otros casos asimilables. Ello obedece a que, tal como explicamos en el fundamento quinto de este voto particular, si con respecto a la conducta del Interventor General no se pudo apreciar la existencia de un dolo eventual con relación al menoscabo o quebrantamiento del patrimonio público en el tramo final de la ejecución del presupuesto, a pesar de ser la persona que ostentaba una posición sumamente privilegiada para conocer las diferentes ilegalidades integrantes del delito de prevaricación (según se acredita en los repetidos informes puntuales y periódicos que emitía con respecto a las consejerías implicadas), solo cabe concluir señalando que, cuando menos, las mismas o mayores razones parecen concurrir para no atribuirles a los cinco acusados ajenos a la Consejería el conocimiento propio de un dolo eventual ni la asunción del resultado inherente a la conducta malversadora.

Y algo similar puede decirse, aunque en una menor medida, en lo que atañe al Consejero de Presidencia. E incluso en lo que concierne a otros acusados condenados por el delito de prevaricación que también conocían, consiguientemente, las notables ilegalidades que concurrían en la tramitación del procedimiento encauzado al otorgamiento de las subvenciones. Por lo tanto, la Sala de instancia, al seleccionar a los cinco acusados de las Consejerías de Economía y de Innovación para atribuirles el delito de malversación, es patente que incurre en sustanciales contradicciones y desestructura todo el contenido de la sentencia, ya de por sí considerablemente deslavazada en sus diferentes apartados. Pues, además de otras consecuencias que se generan con la asignación de la autoría del delito de malversación, tampoco razona ni explica el Tribunal cómo condena por el delito de prevaricación a algunos acusados por constar en la propia sentencia que conocían las graves ilegalidades procedimentales en que intervenían (ver pág. 70 y 78), y, por el contrario, se les absuelve por el delito de malversación al entender que carecían del conocimiento y voluntad propios del dolo eventual.

Como ya se señaló en algunos de los fundamentos precedentes, el conocimiento del elevado peligro concreto de un menoscabo del patrimonio público no puede fundamentarse en meras especulaciones genéricas ni en pronósticos probabilísticos abiertos, sino que ha de apoyarse en elementos de prueba acreditativos de una situación concreta de peligro fácilmente advertible que generara desconfianza sobre la estructura funcional de la Consejería de Empleo. Hasta el punto de que una parte importante de su personal dirigente y laboral llegara a intervenir en un fraude al patrimonio público que originara un grave menoscabo en el mismo.

Sin embargo, lo cierto es que aquí se carece de una argumentación mínimamente fundada y coherente que resulte idónea, desde la perspectiva del elemento subjetivo del tipo penal, para constatar y justificar el salto que supone atribuir al descontrol doloso en el otorgamiento de las subvenciones por razones de ganar en agilidad y rapidez a la hora de su materialización, con lo que significa cualitativamente realizar una conducta consistente en permitir dolosamente que se ejecuten directamente actos fraudulentos por otros funcionarios consistentes en quebrantar o menoscabar el caudal público con el fin de beneficiar y lugar ilícitamente a terceros.

Ese llamativo salto argumental en la valoración de la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo que fueron condenados por malversación, es decir, el pasar de realizar claras ilegalidades en el procedimiento orientado al otorgamiento de las subvenciones a actuar con el fin de favorecer dolosa e ilícitamente a determinadas personas y a empresas con entregas de facto de dinero público sin razones justificadas por la ley, entendemos que no se ha evidenciado. Sin que pueda llenarse el vacío probatorio intermedio entre los hechos de la primera fase con los de la segunda (el conocido como tramo final o fase definitiva de quebrantamiento del patrimonio público) acudiendo a una aplicación del dolo eventual como un posible hilo conductor que sirva de conexión hipotética entre dos categorías de hechos cuya ilación no han resultado apoyadas en los razonamientos fácticos y normativos que permitan estructurar el dolo eventual. A este respecto, al margen de todas las graves carencias argumentales, lagunas, incoherencias y contradicciones que se aprecian en la sentencia de la Audiencia, ha de convenirse que un exceso de confianza por los acusados pertenecientes a otras consejerías distintas de la de Empleo, incluso por parte de quien presidía la Junta, no permite su reconversión en conductas dolosas aunque sea a través de la modalidad liviana, en el aspecto subjetivo del tipo penal, del conocido como dolo eventual. Dolo que no cabe aplicar como mero soporte sustitutivo de una auténtica y suficiente prueba de cargo que vincule los hechos prevaricadores con los que integran el delito de malversación, quedando así vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los referidos acusados.

Todo ello, además, en un contexto en que el propio Interventor General de la Junta de Andalucía que había advertido en el año 2005 a través del informe adicional al informe de cumplimiento de 2003 y de un anexo a ese informe adicional, en los años sucesivos informó positivamente a las modificaciones presupuestarias cuyos fondos tenían como destino el pago de las subvenciones excepcionales que derivaron en numerosos casos en actos fraudulentos para el erario público.

Octavo.

1. Estas deficiencias y lagunas en los elementos incriminatorios y en el almacén probatorio de cargo esgrimido por la Audiencia contra los cinco acusados reseñados, han intentado ser solventadas por la sentencia mayoritaria de esta Sala, tal como exponremos a continuación, objetivo que entendemos no ha sido alcanzado.

En efecto, la tesis que mantiene la sentencia mayoritaria para avalar la condena de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo es la de que las irregularidades e ilegalidades cometidas por aquellos son tan graves que de por sí conllevan, además del delito de prevaricación, el de malversación. De ahí que cuando se refiere al delito de malversación cite de forma reiterada todas las ilegalidades perpetradas en la tramitación de las subvenciones, sugiriendo en unos casos que ello constituye ya de por sí la base suficiente del propio delito de malversación, y exponiéndolo específica y contundentemente en otras ocasiones. De tal modo que, a partir de la conducta activa integrada por los actos prevaricadores, ya considera este Tribunal justificada la condena por los delitos de malversación, aunque los cinco acusados que nos ocupan no hayan intervenido en la fase o tramo final (en palabras de la propia sentencia) de la ejecución del presupuesto; esto es, cuando fueron realizados los actos de menoscabo del patrimonio público a la hora de asignar y distribuir ilícitamente las subvenciones a los trabajadores y a las empresas.

Y así, dentro del epígrafe de la sentencia de casación dedicado al juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos, se remarcan de forma reiterada los informes más destacados emitidos por la Intervención General de la Junta de Andalucía a través de los cuales conocieron los acusados las ilegalidades que se perpetraban en la tramitación de las subvenciones excepcionales que concedía el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Entre los cuales resalta la sentencia mayoritaria de esta Sala el Informe Adicional de Ayudas al Informe de Cumplimiento de 2003 ordenado por la Intervención General de la Junta y también el Anexo III que incorpora sobre determinados aspectos de la gestión. Este informe es el que acaba concluyendo que la Dirección General de Trabajo «ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados.»

También destaca esta Sala los informes de cumplimiento de 2004 de la Intervención y el informe de auditoría de cumplimiento del IFA de 2005, remitido el 9 de marzo de 2007, en el que se alerta que no cabe la intervención del IFA como entidad colaboradora porque las ayudas que se conceden no tienen bases de convocatoria. Señala igualmente en él que esas ayudas deberían articularse como encargo de ejecución, siendo improcedente el uso para ello de las transferencias de financiación. El Informe de cumplimiento de 2006 se pronuncia en términos similares al de 2005, realizado por la Intervención el 4 de abril de 2007. Y destaca asimismo esta Sala el informe definitivo de cuentas anuales de IDEA de 2006; y el informe de cumplimiento de 2007.

La sentencia mayoritaria resalta que el tipo se realiza cuando el caudal público se aparta definitivamente del patrimonio público desviándolo de las necesidades del servicio, y concreta que aquí concurre ese apartamiento definitivo, pues los pagos realizados no cumplieron una finalidad pública. Fueron el resultado de decisiones arbitrarias que realizaron las autoridades responsables, disponiendo del dinero público como si fuera propio. Y precisa a continuación que se utilizaron los fondos públicos para el pago de subvenciones extraordinarias sin que conste su justificación; se concedieron ayudas que nada tenían que ver con la habilitación presupuestaria; no consta resolución administrativa motivada de concesión; no consta documentación que acredite el más mínimo cumplimiento de las normas sobre subvenciones; se incumplieron de forma absoluta todos los presupuestos y controles establecidos en la ley; no hubo bases reguladoras, ni un criterio mínimamente objetivo o reglado que determinara la concesión; en ocasiones, se autorizaron sin determinar siquiera el objeto de la ayuda, sin comprobar si las empresas beneficiarias tenían necesidad de las ayudas en todo o en parte y sin comprobar si cumplían los distintos requisitos establecidos en la ley; no hubo tramitación de expediente administrativo, ni control posterior sobre el destino de las ayudas y por último, se incumplieron todas las normas sobre libre competencia y publicidad (pág. 335). Y añade después que la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales, y como en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto, dio lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos. Por tanto, dice el Tribunal de Casación, hubo apropiación por terceros y la disposición de los bienes en favor de éstos fue definitiva, con la correlativa despatrimonialización de los caudales públicos (pág. 336).

2. En ese último párrafo se aprecia claramente la equiparación que realiza la mayoría de este Tribunal entre los actos prevaricadores y los actos malversadores, de modo que sostiene que la mera intervención en los primeros genera un descontrol que desemboca causalmente en una conducta malversadora. Efecto causal que considera suficiente para atribuir la autoría de la malversación a los acusados de otras consejerías, sin atender al elemento subjetivo del tipo penal. Para ello no hace un estudio específico del dolo eventual ni explica debidamente y con rigor las razones de fondo por las que selecciona como autores de la malversación a unos acusados que realizan los

actos prevaricadores y no a otros que también conocían las irregularidades/ilegalidades nucleares de las conductas prevaricadoras que albergan el delito de prevaricación.

El Tribunal de casación distingue en su sentencia el tramo primero de los hechos, relativo a la conducta prevaricadora, y el segundo, ya al final de la fase de ejecución del presupuesto, referente a la conducta malversadora, distinción que la sentencia de instancia también remarcó con anterioridad. Asimismo admitieron ambos Tribunales que todas las ilegalidades de la primera fase eran subsumibles en el delito de prevaricación y las del último tramo en el delito de malversación.

La cuestión conflictiva emerge cuando se trata de conectar ambas conductas y atribuírselas a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. El Tribunal de instancia es consciente de que no cuenta con prueba de cargo evidenciadora de un dolo directo en la conducta de esos cinco acusados con respecto al conocimiento de los actos malversadores. Ante ello, utiliza la modalidad del dolo eventual para concluir que esas autoridades y funcionarios obraron con ese tipo de dolo con respecto a los actos constitutivos del menoscabo propio de la malversación, para lo cual afirma que asumieron la eventualidad de que terceras personas ejecutaran los actos malversadores y no hicieron nada por evitarlos. Pero lo cierto es que la decisión la adoptan sin operar con una mínima motivación en lo que respecta a la existencia de ese dolo eventual, tal como ya hemos reiterado en los fundamentos precedentes de este voto discrepante, al mismo tiempo que afloran numerosas contradicciones internas e inasumibles en el desarrollo argumental de su resolución.

Ahora la sentencia mayoritaria de esta Sala incurre en unas omisiones e incoherencias similares, aunque con algunos matices diferentes. Pues, de una parte, tampoco hace en general un análisis concreto de los requisitos del dolo eventual y de su aplicación a este caso. Centra toda la responsabilidad de los cinco acusados traídos a colación en la gravedad de los hechos objetivos integrantes del delito de prevaricación, que cita de manera repetida con un notable automatismo cada vez que un recurrente le plantea la cuestión del dolo, incidiendo de modo persistente en que la mera relación causal de los hechos prevaricadores y el resultado malversador, atendiendo a la gravedad de aquéllos, es suficiente para conectar medialmente ambos delitos y atribuir la autoría del segundo a los responsables del primero.

En este sentido, advierte que estamos ante un caso extraordinario del que no hay precedentes similares. Y argumenta a continuación que «Lo sustancial del mismo es la creación de un sistema o procedimiento por el cual se habilitaron unas cuantiosas partidas presupuestarias a lo largo de nueve años, utilizando una clasificación presupuestaria ilegal. Y ese cambio no fue casual. Se realizó para evitar la normativa de subvenciones y sus rígidos controles. Y, una vez aprobadas las partidas, se dispuso de los fondos públicos como si fueran privados, de forma libérrima y arbitraria».

«Por lo tanto y como conclusión, la aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP, como del tipo actualmente vigente» (pág. 338).

Estos párrafos de la sentencia mayoritaria, donde se recoge el criterio conceptual de dolo eventual que aplica a los cinco recurrentes, no pueden compartirse, ni tampoco la jurisprudencia que se cita para apoyarlos.

En primer lugar, porque, en lo que afecta al ámbito objetivo del tipo penal, los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo no tomaron parte directa en los actos malversadores, que fueron los realizados en el tramo final de la fase de ejecución de los presupuestos, ni tampoco se ha acreditado que tales acusados tuvieran conocimiento de que los estuvieran ejecutando las autoridades y funcionarios de la referida Consejería. Ello implica que tampoco cabría la modalidad de la comisión omisiva u omisión impropia, dado que no se puede consentir o permitir lo que no se conoce, a no ser que el conocimiento propio del dolo sea reemplazado por especulaciones posibilistas referentes a funcionarios de otras consejerías que sean contemplados como presuntos autores de una conducta malversadora dolosa. Para lo cual se precisaría aportar unos indicios sólidos de ese conocimiento del peligro concreto como factor primordial exigible en la modalidad del dolo eventual que fue aplicado.

Sobre este particular es importante advertir que el hecho de que las infracciones normativas integrantes del delito de prevaricación pudieran haber generado en los autores de las mismas el conocimiento de una notable situación de descontrol, ello solo permitiría hablar de la posibilidad o probabilidad genérica y abierta de tal situación, sin que solo por ello se cubriera el requisito del conocimiento del peligro concreto de que tal situación se materializara en la práctica por el comportamiento de los propios funcionarios de la Consejería de Empleo. Esa específica focalización del peligro es la que permite pasar de unas expectativas o posibilidades abiertas propias de un delito imprudente, a unas conductas mucho más concretas en las que el grado de peligro se introduce en las raíces propias del dolo, con las graves consecuencias punitivas que ello entraña.

Sin embargo, ese peligro concreto materializado después por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo no consta que fuera conocido y asumido por los responsables de otros departamentos de la administración autonómica. Y si bien es cierto que se trata de un supuesto fáctico que podría preverse, tal eventualidad cognoscitiva nos introduce ya en el marco de la previsibilidad de una conducta dolosa y de su posterior resultado y de su conocimiento efectivo, previsibilidad que nos inserta en el ámbito propio del delito imprudente de resultado, y no de un delito doloso en la modalidad de dolo eventual.

En segundo lugar, también ha de recordarse que la sentencia mayoritaria incide con asiduidad en la relación causal entre las graves infracciones en el procedimiento de otorgamiento de las ayudas como factor que determinó causalmente la malversación, dando a entender con frases muy significativas, ya anteriormente recogidas, que la conducta prevaricadora es suficiente para condenar por malversación a los integrantes de las consejerías ajenas a la de Empleo. Sin embargo, ello no es así, tal como se constata en los argumentos vertidos con respecto a la sentencia de la Audiencia y como lo demuestran los casos que ya se han citado de autoridades y funcionarios que eran concededores de las graves ilegalidades y que, a pesar de haber intervenido en ellas, se les absuelve del delito de malversación o ni siquiera se les acusa del mismo.

El texto respaldado por la mayoría de este Tribunal del que discrepamos no elabora un análisis que permita constatar los datos configuradores del dolo eventual con el fin de fundamentar el elemento subjetivo del delito de malversación con respecto a los acusados ajenos a la Consejería de Empleo. Es más, incluso en su intento de complementar la pobre argumentación del Tribunal de instancia llega a exponer razonamientos más propios del dolo directo que del dolo eventual. Y así, argumenta que si bien la sentencia de la Audiencia no describe la existencia de un concierto entre todos los autores, «su existencia era implícita...» (pág. 347). Esta afirmación alusiva a un concierto o connivencia en el delito de malversación implica atribuirles a todos los acusados por este delito un dolo directo que la convicción probatoria de la Audiencia no comparte.

En la misma línea debe replicarse al argumento de la mayoría de esta Sala que sostiene que se cambió el sistema de presupuestación «con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas, cuando en realidad se buscaba un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352). Afirmación que va más allá de lo que expuso la Audiencia al examinar la evolución del «procedimiento específico», dado que ésta descartó un dolo directo como el que aquí se viene a afirmar. Cuando menos en lo que respecta a la conducta de los acusados de malversación ajenos a la Consejería de Empleo.

Esa misma inclinación a admitir un dolo directo en el delito de malversación para todos los acusados, apartándose así del criterio probatorio aplicado por el Tribunal de instancia, se aprecia también en las citas jurisprudenciales que hace la sentencia mayoritaria al perfilar el concepto de «sustracción» cuando se trata de disposiciones definitivas de caudales públicos en favor de terceros, con incumplimiento absoluto de los controles y presupuestos legales (pp. 337 y 338).

En efecto, en la STS de 29 de julio de 1998 que se cita en la sentencia mayoritaria se condenó a un Ministro del Interior porque permitió el uso de fondos reservados para la financiación de un delito, conociendo que esos fondos iban a ser utilizados con esa finalidad, por más que no tuviera a su cargo materialmente la disposición de los mismos. Así las cosas, es claro que se trata de una sentencia que no es válida para el supuesto que nos ocupa, habida cuenta que en ese caso se actuó con dolo directo, circunstancia que, como ya se ha insistido, no se da en los cinco acusados que aquí examinamos, pues no se les condena en la sentencia recurrida como autores de un delito de malversación con dolo directo sino con dolo eventual.

Y lo mismo puede decirse de los casos referidos en las sentencias del Tribunal Supremo citadas a continuación de la anterior: sentencias 908/2021, de 24 de noviembre; 685/2021, de 15 de septiembre; 606/2017, de 7 de septiembre. También en ellas se trata de una autoría con dolo directo que las separa sustancialmente del supuesto que ahora se trata, puesto que en ésta los cinco acusados examinados, como ya hemos resaltado, no actuaron con dolo directo sino con dolo eventual, y además tampoco intervinieron en los actos concretos de menoscabo y quebranto del patrimonio público.

De todas formas, lo que resulta más chocante es el argumento inculpativo principal y más utilizado por la sentencia de la mayoría, en el que sienta la tesis de que, atendiendo a la gravedad de las ilegalidades perpetradas por los acusados que dirigían y tramitaban el llamado procedimiento específico y de su conocimiento de las mismas, no resultaba factible que los demás a los que atribuye la malversación dejaran de representarse un grave quebranto del patrimonio público a la hora de ejecutar el presupuesto, dada la situación de descontrol que se iba a generar.

La discrepancia obedece a que no puede valorarse la conducta grave prevaricadora como factor también determinante por sí mismo y de manera prácticamente automática de la imputación de un delito de malversación, dado que esas dos conductas pueden no presentarse al unísono en la mente de los autores de la prevaricación.

Resulta perfectamente factible que los acusados, tal como alegaron, confiaran en que las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo que tenían que ejecutar la fase final de la distribución y adjudicación de las subvenciones no iban a incurrir en graves actos de menoscabo y quebranto del patrimonio público. Sin que concurren además aquí datos indiciarios objetivos y convincentes de que sí tenían que desconfiar de esa actuación de otros funcionarios integrados en la misma institución pública.

La propia sentencia de la Audiencia acoge con naturalidad tal posibilidad cuando admite que los funcionarios de la Intervención General de la Junta de Andalucía, y en concreto el Interventor General, conocían perfectamente, a tenor de los informes que emitieron durante varios años, las graves ilegalidades procedimentales que se estaban dando en la fase de la tramitación del presupuesto de las subvenciones, pese a lo cual considera el Tribunal de instancia que no alcanzaban el grado de conocimiento suficiente para percatarse de lo que estaba sucediendo en

el último tramo del procedimiento de ejecución; es decir, los actos finales de quebrantamiento y menoscabo del erario público.

Si esta dualidad cognoscitiva fue admitida por el Tribunal de instancia como criterio probatorio plausible en el caso concreto, y fue extendido también a otras autoridades y funcionarios que fueron condenados solo por el delito de prevaricación, a pesar de la forma en que estaba extendido el conocimiento de las ilegalidades del llamado procedimiento específico en varias consejerías, no puede extrañarle a la mayoría del Tribunal de Casación que se dé en la práctica la compatibilidad entre el conocimiento de unos actos prevaricadores graves con el desconocimiento de unos actos malversadores finales que mantienen un vínculo causal con los primeros.

Lo que sí sorprende, en cambio, es que se sigan criterios tan distintos a la hora de distribuir responsabilidades de conductas sustancialmente similares, disparidad que se aprecia en unos casos, ya lo hemos visto, en la sentencia de instancia y en otros en la fase intermedia de acusación a la hora de imputar el delito de malversación.

No cabe, por consiguiente, acoger el argumento de la sentencia de que el conocimiento de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que los cinco acusados cuya conducta ahora se examina asumieron la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público. Tal conocimiento no presupone necesariamente un resultado material de menoscabo y el quebrantamiento real de los caudales públicos, a tenor de los argumentos conraindiciarios recopilados en este voto particular, extraídos de datos objetivables en un contexto que se regía, no lo olvidemos, por el principio de confianza respecto a la actuación de las diferentes consejerías en el ámbito de sus respectivas funciones, y respecto también a la existencia de del control que incumbía la Intervención General.

A todo ello debe sumarse como dato decisivo, una vez más, la respuesta que dio el Tribunal al conocimiento que tenían otras autoridades y funcionarios sobre el contenido «absolutamente ilegal» del sistema adoptado. Contenido que no tenía por qué extenderse necesariamente al tramo final de la fase de ejecución del presupuesto. Tal como vino de facto a reconocerse por el Tribunal de instancia con las absoluciones dictadas con respecto a diferentes acusados, algunos de ellos muy señalados, según ya se ha constatado.

Por lo demás, ya se citó en el fundamento tercero de este voto particular el dato procesal relevante del Caso Umax, que solo se ha traído a colación desde la perspectiva procesal de la fase intermedia, al considerar significativo que los máximos dirigentes de la Consejería de Empleo no hayan sido acusados de los delitos de prevaricación y de malversación, y sí lo fueran en cambio de director general hacia abajo. Tal circunstancia tiene notable relevancia si se pondera que los hechos presuntamente delictivos se perpetraron durante varios años dentro de la misma Consejería, pese a lo cual la responsabilidad no afectó a la cúpula. La relevancia de este dato radica en que parece sugerir, con la provisionalidad que impone el carácter no firme de la sentencia recaída en tal causa, que en la estructura de esa Consejería había un escalón de Director General hacia abajo que, al parecer, en ocasiones operaba con una acuciada autonomía y no poca clandestinidad. Esto puede explicar, cuando menos en algunos aspectos, que los escalones superiores de la Consejería no se enteraran con facilidad lo que sucedía realmente en los escalones de base, donde se materializaban las decisiones y acuerdos.

Siendo así, menos puede extrañar todavía que funcionarios de la cúspide de otras Consejerías o quien ostentaba en el último periodo la Presidencia de la Junta, no estuvieran al tanto de los actos finales de la ejecución de los presupuestos de la Consejería de Empleo. Ante lo cual puede hablarse de ligereza o falta de diligencia de cuidado graves con respecto a los controles, pero esas infracciones ya no pueden considerarse como sustrato fáctico/normativo de un delito de malversación con dolo eventual sino como una infracción imprudente, ajena por tanto al tipo penal de la malversación.

Ello es aplicable a los acusados integrantes de las Consejerías ajenas a la de Empleo, dada la falta de proximidad e intermediación en el trabajo diario y su alejamiento del ámbito específico de ejecución de los hechos malversadores llevados a cabo por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo. Tesis que no puede en cambio sostenerse con relación a las autoridades y funcionarios de esta última, desde el momento que sí tenían una supervisión y un control directo, muy próximo e inmediato de lo que allí sucedía, tanto cuando establecieron el procedimiento específico como cuando éste empezó a funcionar a iniciativa de los integrantes de esa Consejería.

3. Tampoco resultan convincentes las respuestas con las que se replica en la sentencia mayoritaria a los recursos de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo cuando cuestionan la existencia de un dolo eventual aplicable al delito de malversación, recursos en los que no admiten haber ejecutado una conducta dolosa en ninguna de ambas modalidades de dolo.

(I). La defensa de D. Cesareo alegó sobre ese extremo concreto en su escrito de recurso (fund. 63.3 de la sentencia de casación) que no existe conexión racional entre la sustracción de los fondos públicos y el conocimiento que de ello pudo tener. Y se quejó de que la sentencia en ningún caso le atribuye que sustrajera fondos públicos o consintiera que otro los sustrajera. Tan solo refiere que asumió la eventualidad de que quien podía disponer de los mismos les pudiera dar un destino distinto al público para el que estaban presupuestados. Se resalta que la

sentencia impugnada no explica los indicios que permitieron concluir que debió representarse tal posibilidad y que, aun así, la aceptó de facto.

También adujo que no quedó acreditado el dolo del delito de malversación, máxime cuando «es perfectamente posible que un sujeto conozca (hipotéticamente) una tramitación irregular del procedimiento de concesión de unas ayudas o subvenciones sociolaborales, sin tener por qué asumir la eventualidad de que el destino concreto de las distintas ayudas futuras no vaya a ser el previsto».

Frente a esta argumentación impugnativa del recurrente, que desarrolla prolijamente en el recurso ante esta Sala, la sentencia de casación vuelve a insistir en las ilegalidades insertadas en el delito de prevaricación, incidiendo en que el uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Y añade que el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el Sr. Griñán asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución (fundamento 63.3 de la sentencia de casación).

Estas respuestas nucleares han sido ya tratadas en los fundamentos precedentes, dada la reiteración con que se ensamblan, entremezclan y dirimen en ambas sentencias los hechos integrantes del delito de prevaricación con el de malversación para poder aplicar finalmente ambos tipos penales.

(II) . La recurrente Doña Marcelina denuncia en su escrito de impugnación la falta del elemento subjetivo del dolo (fund. 82.2 de la sentencia mayoritaria), entre otros extremos, que de los hechos declarados probados por la Audiencia no se infiere que actuara dolosamente, ni siquiera a título de dolo eventual. Alega en el motivo que el conocimiento de las irregularidades no puede deducirse de la recepción de los informes de control financiero permanente de IFA/IDEA, ni tampoco del contenido del informe adicional del ejercicio 2003. Señala que el órgano de control no advirtió de riesgo alguno de menoscabo de los fondos públicos, ni emitió informe de actuación, conforme a lo que exigía el artículo 12.5 del Decreto 9/1999, de 19 de enero, por lo que no cabe exigir que la Viceconsejera tuviera un conocimiento más sólido del que tenía el órgano de control.

Arguye asimismo que la sentencia ha condenado por delito de malversación a los altos cargos que interviniendo en el proceso de elaboración de las normas presupuestarias tuvieron conocimiento del informe adicional de ayudas de 2003, pero en ese informe no se advertía que se estuviesen desviando los fondos destinados a ayudas a otros fines, o que se estuvieran desviando al lucro ilícito de terceras personas; se ponían de manifiesto irregularidades administrativas en los expedientes de concesión. Tampoco se advertía que el dinero para ayudas del programa 3.1.L se estuviese destinando a fines públicos diversos como los señalados en las págs. 94 y 95 de la sentencia de instancia. Y si bien se destacaban irregularidades, ello no supuso que la Intervención General emitiese un informe de actuación (artículo 12.5 del Decreto 9/1999), por lo que ha de entenderse que no apreció indicios ni riesgo de menoscabo de fondos públicos, ni tampoco advirtió de una posible responsabilidad contable.

Refiere también que la sentencia de instancia no declara que D^a. Marcelina hubiese conocido en ningún caso el menoscabo de fondos públicos, ni una desviación de fondos a fines no públicos ni, en definitiva, un supuesto de malversación. Según la misma, su conocimiento era de las deficiencias e irregularidades contenidas en el Informe adicional, que no hacían advertencia de menoscabo alguno.

De ahí que impugne el salto argumental de la Audiencia que la lleva desde la afirmación del conocimiento de las deficiencias o irregularidades del sistema implantado hasta considerar que la Sra. Marcelina asumió la eventualidad de que se pudiera producir una malversación de los fondos públicos como consecuencia de esas deficiencias. Tal inferencia no queda resuelta en la sentencia, ni se justifica en los hechos probados ni en los propios fundamentos de Derecho. El relato fáctico omite cualquier referencia al conocimiento que pudiera tener la acusada de que se estaban produciendo desvíos de fondos a fines no públicos, o de que esos desvíos se iban irremediablemente a producir. Sin estos hechos, y sin la afirmación de su conocimiento específico, no cabe hablar de una actuación dolosa, ni siquiera desde la perspectiva del dolo eventual, pues no se acredita que se representara como probable que con su actuación permitía que otro sustrajera o se beneficiara indebidamente de caudales públicos.

Frente a todos estos argumentos del recurso de casación que claman por una respuesta que explique el contenido indiciario que apoya el sustrato fáctico del dolo eventual y desvirtúe los datos que se citan en el recurso sobre el desconocimiento de los hechos estrictamente malversadores realizados por los funcionarios de la Consejería de Empleo, la sentencia mayoritaria vuelve a incidir en los hechos prevaricadores como argumento suficiente para tipificar ambos delitos, sin llenar aquí tampoco las llamadas lagunas probatorias que ya se han señalado en la sentencia de la Audiencia.

(III). La defensa de Don Benjamín alega en su escrito de recurso con respecto al dolo que no se hace constar en la sentencia recurrida ni consta acreditado que él tuviera conocimiento de que se estaba disponiendo de los caudales públicos para conceder ayudas o subvenciones con destino al lucro ilícito de terceras personas, por lo que no existe el elemento subjetivo del delito.

Añade que no puede identificarse el conocimiento de que en determinados expedientes se han cometido irregularidades o que se utiliza una partida presupuestaria inadecuada, con el conocimiento de que se estaban

desviando importantes sumas de dinero para procurar el beneficio ilícito de terceras personas o empresas, a las que este acusado no conocía, ni consta que tuviera ninguna relación ni interés con las mismas.

Frente a tales objeciones la Sala vuelve a incidir en que, su conocimiento sobre la forma de gestión de las ayudas al margen de todo control y del cumplimiento de las más elementales normas de procedimiento administrativo, deriva de que fue la persona que firmó las alegaciones al Informe de cumplimiento del IFA de 2003 donde la Intervención señaló un amplio elenco de irregularidades que suponían el incumplimiento total y absoluto de la normativa de subvenciones. Con su conducta contribuyó a que este ilegal proceder continuara y a que se produjera la disposición ilícita de los fondos públicos.

Al final de sus respuestas arguye, sintetizando lo expuesto con anterioridad, que no es asumible la tesis de la defensa fundada en un desconocimiento de los distintos instrumentos del sistema ilegal de ayudas que nos ocupa, ni de los informes en los que se denunció de forma constante su existencia. Y remarca que hay todo un conjunto de datos indiciarios y de pruebas directas que permiten afirmar que el Sr. Benjamín no solo tuvo conocimiento del uso indebido de las transferencias de financiación para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L y de la indebida utilización de la Agencia IDEA como entidad colaboradora (mera caja pagadora según la terminología empleada en sentencia) para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Empleo, sino que intervino en su ejecución y desarrollo, en su doble condición de miembro del Consejo de Gobierno y de miembro del Consejo Rector del IFA/IDEA, posibilitando con su conducta la ilegal disposición de los fondos públicos.

Vuelve pues a fundamentar el criterio mayoritario de esta Sala la condena del delito de malversación en los hechos prevaricadores, sin que se expongan argumentos que vinculen probatoriamente la autoría de la prevaricación con la de los actos concretos malversadores cometidos por los acusados adscritos a la Consejería de Empleo, en especial teniendo en cuenta, como la misma reconoce, que el IFA/IDEA actuaba como mera caja pagadora de lo acordado por la Consejería de Empleo.

IV. La defensa del acusado D. Virgilio alega en su escrito de recurso que el impugnante no podía imaginarse que la Dirección General de Trabajo pudiera destinar dinero público a fines ajenos al fin público, habida cuenta que no podía albergar en su conciencia una opción que no se planteaba ni siquiera el Interventor que firma el famoso informe adicional, puesto que no percibió la eventualidad de que se estuviera produciendo menoscabo de fondos públicos. Porque, evidentemente -prosigue diciendo- si de la lectura del informe adicional se debía colegir la eventual desviación de fondos públicos esto suponía, ipso iure, la existencia de menoscabo de fondos públicos. Y este menoscabo no era apreciado en aquella fecha por el Sr. Interventor. Luego difícilmente -concluye la defensa- podía albergar en su conciencia el Sr. Virgilio un riesgo que ni tan siquiera el Sr. Interventor delegado tenía en su mente.

A estas alegaciones relacionadas con la prueba del elemento subjetivo del delito de malversación, la mayoría de esta Sala responde en sus conclusiones probatorias que «la afirmación de que el Sr. Virgilio conocía que, en las modificaciones presupuestarias expuestas y en los Anteproyectos de Presupuestos correspondientes a los años 2006, 2007 y 2008, se hizo un uso ilegal de las transferencias de financiación, pues con ellas se dotó de fondos a la partida 440 del programa 22E/31L, y que intervino en su desarrollo y aplicación contribuyendo a la efectiva concesión de cantidades dinerarias en forma de supuestas ayudas o subvenciones al margen de la normativa», les lleva a considerar que la conclusión probatoria de la Audiencia es la única plausible y razonable. Argumento que complementa con la enunciación de los cargos que desempeñó en la Junta de Andalucía y los trabajos que desarrolló y los proyectos normativos en que intervino, que le permitieron conocer las ilegalidades practicadas en la tramitación de las subvenciones excepcionales objeto del presente proceso penal.

Una vez más constatamos, pues, que es el conocimiento de las ilegalidades que integran el núcleo del dolo y de la condena por el delito de prevaricación lo que se instrumenta como fundamento objetivo y subjetivo del delito de malversación, sin que llegue a examinarse específicamente la posible intervención del acusado en la fase final de la ejecución del presupuesto ni el dolo eventual del mismo con respecto al menoscabo o quebranto económico perpetrado por los integrantes de la Consejería de Empleo sobre el patrimonio público.

V. Por último, en lo concerniente al recurrente D. Esteban, su defensa alegó, entre otros argumentos, en el motivo quinto del recurso de casación al tratar el tema del dolo, que desde el punto de vista de los hechos probados la sentencia no declara que D. Esteban hubiese conocido ningún caso de menoscabo de fondos públicos, ni una desviación de fondos a fines no públicos ni, en definitiva, un supuesto de malversación; según la sentencia, su conocimiento se limitaba a las deficiencias e irregularidades contenidas en el Informe adicional, que no hacían advertencia de menoscabo alguno. El salto que se produce desde la afirmación del conocimiento de las deficiencias o irregularidades en el procedimiento de tramitación de las subvenciones hasta considerar que el señor Esteban asumió la eventualidad de que se pudiera producir una malversación de los fondos públicos como consecuencia de esas deficiencias, no queda resuelto en la sentencia, ni se justifica en los hechos probados ni en los propios fundamentos de derecho.

Niega también cualquier referencia en los hechos probados al conocimiento por el acusado de que se estaban produciendo desvíos de fondos hacia fines no públicos, o de que esos desvíos se iban irremediadamente a producir. Sin estos hechos, y sin la afirmación de su conocimiento específico, no cabe hablar de una actuación dolosa, ni siquiera desde la perspectiva del dolo eventual. La premisa del dolo eventual, dice, es que el resultado dañoso (la malversación) se representase como un riesgo probable para Esteban como consecuencia de su

actuación u omisión, y que ante tal probabilidad continuase con las acciones u omisiones. Pero dicha premisa no se contiene en los hechos probados, ni se razona o declara en la sentencia.

A partir de ello considera que con esos elementos no se puede entender que Esteban actuase con dolo eventual ni que se planteara que cuando intervenía en la firma de los convenios individuales de ayudas sociolaborales o a empresas que remitía la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo (ejerciendo funciones legales) estuviera permitiendo que en el tramo final de la fase de ejecución las autoridades o funcionarios ajenos a su Consejería de Innovación sustrajeran o beneficiasen ilícitamente a terceros con fondos públicos.

Ese razonamiento sobre el dolo eventual -señala la parte- solo podría acogerse desde la perspectiva de una «gran conspiración», en la que el Director General de Trabajo, los Viceconsejeros, Consejeros, Parlamentarios e Interventores se hubieran concertado para, cada uno en su posición, permitir que un tercero defraudara. Sin embargo, esta tesis no es la que acoge ni tiene por probada la sentencia recurrida, que, de hecho, absuelve al Interventor General y no condena, porque ni siquiera fueron acusados, a los miembros del Parlamento que votaron a favor de la Ley.

La Sala mayoritaria responde, en sus conclusiones finales, a estas alegaciones probatorias de la defensa y a otras que ésta expuso en la misma línea, que el acusado Esteban ocupó el cargo de Director General de la Agencia IDEA desde el 17 de junio de 2004, hasta el 14 de mayo de 2008.

Al tiempo de su toma de posesión, se hallaba instaurado el sistema de concesión ilegal de ayudas objeto de este procedimiento, en el que, desde el punto de vista presupuestario, las transferencias de financiación al IFA/IDEA desarrollaban un papel principal, al ser el mecanismo a través del cual se dotaba de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L; y añade la Sala que, desde el punto de vista de la ejecución del presupuesto, los convenios particulares otorgados al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001 constituyeron el instrumento a través del cual se comprometieron las ayudas que finalmente eran pagadas por el IFA/IDEA, que, a tal efecto, actuaba indebidamente como entidad colaboradora de la Consejería de Empleo.

Se arguye también en la sentencia mayoritaria que, al menos desde que le fueron comunicados el Informe Adicional al de Cumplimiento del ejercicio 2003 de la Agencia IDEA (el día 25 de julio de 2005), formulado por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y los sucesivos Informes de Cumplimiento, en su condición de Director General de IDEA, tuvo conocimiento tanto del inadecuado uso de las transferencias para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L, como de la de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, así como de las graves irregularidades que se realizaban en la tramitación de los expedientes tramitados por la Dirección General de Trabajo.

Pese a ese conocimiento, firmó más de 40 convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001. A través de esos convenios, se comprometió el pago de cantidades sin cobertura presupuestaria, lo que conllevó que el IFA reconociera un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esas cantidades, causando un déficit en las cuentas de la Agencia IDEA, con las consecuencias perjudiciales que ello tuvo en los fondos propios del organismo al afectar a determinadas magnitudes financieras, déficit del que fue consciente el acusado.

Y acaba diciendo la sentencia mayoritaria que, de acuerdo con lo expuesto, el Sr. Esteban, consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en cuyo desarrollo y ejecución intervino de forma directa (en particular, al firmar los convenios particulares), asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran dispuestos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

Pues bien, como puede apreciarse, la réplica de la sentencia mayoritaria del Tribunal de Casación se vuelve a centrar en las ilegalidades en que incurrió el acusado al intervenir en la fase de ejecución de los presupuestos otorgados con fines de realizar ayudas sociales a trabajadores y ayudas económicas a empresas en crisis mediante un sistema específico en que operaban las ilícitas transferencias de financiación y al mismo tiempo desempeñaba el IDEA la función de caja de pago de los costes de la concesión de las subvenciones excepcionales. No explica en cambio la cuestión probatoria relacionada con el conocimiento del tramo final de la fase de ejecución de los presupuestos, ni entra por tanto a profundizar en la prueba indiciaria que pudiera acreditar que el acusado conocía los actos fraudulentos que menoscababan y quebrantaban el patrimonio público de la Junta de Andalucía.

Noveno.

1. Aunque ya puede inferirse de los fundamentos anteriores que nuestra propuesta de resolución se orienta a la libre absolución por el delito de malversación imputado a los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo al haber sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, dedicamos un último apartado específico al examen de la autoría del delito de malversación que se les imputa, autoría que se centra por las acusaciones en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia.

La resolución mayoritaria de esta Sala comienza afirmando sobre este punto (pág. 365, fundamento 43.2) que la sentencia recurrida, a pesar de ser muy extensa, «guarda un silencio que podría calificarse de clamoroso» en relación con el criterio utilizado de atribución de autoría. Laconismo que -señala- no guarda proporción con la

extensión que ha dedicado el Tribunal de instancia a otras cuestiones jurídicas y, sobre todo, con la relevancia del problema, al haberse juzgado unas acciones prolongadas en el tiempo, con la intervención de múltiples personas que mantenían entre sí relación jerárquica y que ejercían distintas funciones dentro de una única institución: la Junta de Andalucía.

También advierte este Tribunal que los escritos de acusación no hicieron mención alguna a la coautoría, sin que tampoco la argumentación jurídica de la sentencia recurrida se refiera a ella, excepto un mero inciso tangencial. Igualmente reseña que en los hechos probados no se declara que los acusados actuaran de forma conjunta o de mutuo acuerdo, ni tampoco se argumenta en la fundamentación jurídica sobre la concurrencia de los elementos estructurales de la coautoría, tales como acuerdo de voluntades, dominio funcional del hecho o imputación recíproca a todos los coautores de sus aportaciones individuales.

Refiere también la posición mayoritaria (pp. 368 y 369) que la sentencia de la Audiencia al argumentar el juicio de autoría con respecto a los distintos acusados identifica individualmente los hechos que se atribuyen a cada uno de ellos aisladamente. En el caso del delito de prevaricación, explica, individualiza las resoluciones dictadas por cada uno de los acusados y en lo referente al delito de malversación realiza también esa individualización, ya que a unos se les condena por la disposición ilícita de fondos y a otros por consentir esa disposición. Sin embargo se destaca que no imputa a todos los acusados la totalidad de los actos calificados como delictivos, por lo que excluye el efecto más característico de la coautoría: la imputación recíproca. A cada acusado se le condena por su conducta y el delito no se construye por la contribución global de todos los acusados, sino que se aprecian tantos delitos como conductas de los singulares acusados.

Asimismo resalta la mayoría de este Tribunal que, a pesar de que la Audiencia utiliza expresiones que pudieran conducir a la convicción de una actuación conjunta, la acción ilícita no se concreta en la aportación plural sino en los actos individuales realizados por cada acusado. Pues si bien resulta altamente probable que existiera concierto previo entre las autoridades que pusieron en funcionamiento el sistema y concierto adhesivo en aquellas otras que se sumaron con posterioridad a las prácticas ilícitas, en este caso para afirmar la responsabilidad penal no es necesario acudir a la coautoría. Se entendió que era suficiente individualizar la conducta de cada acusado y desde su singularidad determinar si en cada caso concurrían los elementos típicos exigibles.

Por lo cual, prosigue la mayoría del Tribunal, los hechos sancionados no son la ideación, desarrollo o mantenimiento de un nuevo sistema de presupuestación y ayudas, sino la adopción de las resoluciones administrativas singulares que lo posibilitaron (en el caso de la prevaricación) y la posterior disposición ilícita de fondos o las omisiones que hicieron posible esa disposición (en el caso de la malversación). Y matiza que, aunque es cierto que todas las acciones respondían a un propósito común, los hechos punibles han sido configurados de forma individual.

La dinámica comisiva no habría consistido, pues, en la realización de un hecho al que contribuyeran las aportaciones de cada acusado, sino en distintos hechos, realizados individualmente por distintas autoridades a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, que se explican porque tenían una finalidad común y se produjeron en el ámbito de una misma organización administrativa (pág. 370).

En lo que atañe al delito de malversación de caudales públicos, que es el que ahora nos interesa constatar, precisa esta Sala que el análisis es más complejo porque el tipo penal incluye dos modalidades de acción. La primera modalidad es la sustracción o disposición de los bienes en beneficio de tercero, que se atribuye a los acusados que intervinieron directamente en la disposición de fondos. La segunda modalidad es un tipo de comisión por omisión en la que el resultado de la sustracción se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarla. La omisión supone el conocimiento por parte del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, ya que el tipo no exige ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores. Sin embargo, prosigue la sentencia de la que discrepamos, no se trata de una simple dejación de deber, sino de una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente. Precisamente porque se impone al funcionario que incumple su deber la misma pena que al sustractor no se trata de un supuesto de participación en el delito cometido por otro sino en un delito en que se sanciona el incumplimiento del deber propio del funcionario. Éste asume por disposición legal la custodia del patrimonio público y tiene frente a él la posición de garante, en la medida en que el ordenamiento jurídico no sólo espera que actúe en cumplimiento de su deber, sino que también espera que evite el resultado (fund 43.5 pp 370 a 373, sentencia de casación).

En este caso, remarca la mayoría del Tribunal, se ha condenado por esta modalidad comisiva a los acusados que, conociendo cómo se estaba llevando a cabo la concesión y pago de las ayudas y teniendo competencia para impedir la sustracción de los fondos no lo impidieron. Al analizar la autoría de cada uno de ellos, ha precisado sus competencias, deduciendo de ellas que, por el conocimiento que tuvieron de la irregularidad gestión de los fondos, contaban con capacidad legal para impedir la aprobación y pago de las ayudas. Podrían, se dice, haber aprobado las partidas presupuestarias para la concesión de las subvenciones utilizando la clasificación adecuada, lo que hubiera posibilitado el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía, así como la tramitación de los expedientes de concesión con arreglo a derecho y no lo hicieron.

Visto lo anterior, este Tribunal considera que debe ponerse el acento en que el precepto penal aplicado prevé específicamente un tipo de comisión por omisión sancionando la conducta de quien consiente la sustracción

por otro, lo que es sumamente revelador de la intención del Legislador de sancionar no sólo a quien materialmente dispone de los caudales públicos sino de todo aquel que consiente esa disposición. Lo que según el criterio expuesto obliga a determinar, más allá de la asignación formal de competencias, qué personas tienen la capacidad y el deber de evitar la comisión del delito, circunstancia que está en necesaria relación con el conocimiento que se tenga de la forma en que se va a disponer de los bienes públicos.

Y acaba al final recordando la sentencia mayoritaria que en el delito de malversación la autoría admite las dos modalidades que describe el Código Penal. Unos acusados dispusieron ilícitamente de los fondos y otros lo consintieron, pudiendo evitar el resultado.

2. La Jurisprudencia de esta Sala (STS 758/2018, de 9 de abril de 2019, y las que en ella se citan: 320/2005, 37/2006, 213/2007, 234/2010, 64/2012, 325/2013, 25/2015, y 482/2017) exige para que proceda aplicar la figura de la comisión por omisión, en general, los siguientes requisitos: A) Que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe (STS 758/2018).

Pues bien, todas estas cuestiones que suscita la aplicación de la modalidad de autoría de comisión por omisión es claro que no han sido tratadas de forma específica por la sentencia recurrida. A los cinco acusados cuya autoría ahora se dirime se les condena por el delito de malversación por asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados y por permitir que el Director General de Trabajo dispusiera de esos fondos.

Las graves lagunas apreciadas en el análisis y en la motivación de la sentencia de la Audiencia de Sevilla que revisamos concernientes a las cuestiones relativas a la autoría en la modalidad de comisión por omisión, justifican el calificativo de «clamoroso» que le dedica la sentencia mayoritaria, atendiendo al sonoro silencio que emerge sobre esa relevante cuestión en todo el discurrir de la sentencia impugnada sobre un tema de semejante envergadura a la hora de dirimir la responsabilidad penal de los cinco acusados.

El Tribunal de instancia expresa con claridad que los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo son autores materiales y directos del delito de prevaricación. Pero cuando se trata de ponderar la autoría del delito de malversación, obvia toda referencia al examen analítico del tipo objetivo y apoya la condena únicamente en un liviano dolo eventual que define bajo el simple rótulo de «asumir la eventualidad» de un destino de los fondos públicos vinculados al programa 31L «ajenos al fin público al que estaban destinados».

La sentencia mayoritaria intenta solventar el «clamoroso silencio» de la Audiencia sobre la autoría añadiendo los párrafos que con anterioridad hemos recogido con el fin de interpretar y elaborar lo que debía hacer y no hizo el Tribunal sentenciador de instancia. Pero como no se está ante un simple descosido en medio de un razonamiento sino ante una palmaria ausencia de instrumentaria argumental, la labor tampoco pudo ser suplida por la mayoría de este Tribunal, o cuando menos de facto no lo fue.

Los fragmentos que dedica la sentencia mayoritaria a examinar la modalidad de la comisión por omisión en el delito de malversación no tratan apenas uno de los principales requisitos de esa categoría de autoría: la posición de garante y su alcance en el caso concreto. Sobre este particular los cinco recurrentes cuya autoría se cuestiona han utilizado como argumento general, tal como señala la sentencia mayoritaria (pp. 371 y 372), que a los funcionarios que no intervinieron en los actos dispositivos no se les puede atribuir la posición de garantes por el solo hecho de que tengan encomendadas genéricas funciones de superior dirección o de coordinación y control o de aprobación de instrumentos normativos. Y además que no basta con un deber general de control, sino que exige un especial deber jurídico del autor. Y no sólo eso, pues se exige además una específica obligación legal o contractual de actuar, o la creación de una ocasión de riesgo, de modo que la omisión pueda equipararse a la acción. En otro caso todo superior jerárquico sería responsable penalmente, en concepto de autor en comisión por omisión, de los delitos del subordinado, lo que parece evidente que no es la intención del legislador y ensancharía de manera injustificada el ámbito punitivo, convirtiendo en autor criminal a todo responsable por culpa in eligendo o in vigilando. Al margen de esas alegaciones genéricas han formulado los cinco acusados numerosas objeciones específicas en sus escritos de recurso sobre la condición de garante en la comisión por omisión, con el objetivo de constatar la falta de posibilidad de un control directo e inmediato sobre la Consejería de Empleo. Han esgrimido en sus diferentes impugnaciones numerosas objeciones centradas en la carencia de posibilidades jurídicas y reales de vigilar y supervisar el tramo final de la ejecución de los presupuestos, centrado en la distribución del patrimonio público entre numerosos beneficiarios particulares y empresas en crisis, dado que todo ello se realizaba en una Consejería ajena

a las suyas. Ver al respecto las pp. 125 a 139 del recurso de Cesareo; las pp. 145 a 164 del recurso de Marcelina; pp. 266 a 272 del recurso de Benjamín; pp. 211 al 214 del recurso de Esteban; y pp. 125 a 142 del recurso de Virgilio. Sin embargo, una parte importante de estas alegaciones específicas quedaron sin responder en la sentencia de casación.

3. La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa (STS 758/2018). En este caso, tal como ya se precisó en su momento, la forma de operar las consejerías en la práctica, la intercomunicación existente entre ellas y las posibilidades de que la interrelación funcional permita un control, vigilancia o conocimiento específico sobre su funcionamiento son aspectos, sumamente relevantes, que en modo alguno han sido abordados en profundidad ni aclarados ni en la sentencia de instancia ni en la de casación que expresa el parecer mayoritario.

De otra parte, dejando a un lado el tipo objetivo, y centrados en el tipo subjetivo de la comisión por omisión, la jurisprudencia estima que la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. Sin embargo, cuando de imprudencia se trata, se apreciará culpa respecto a la omisión cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generó su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado. O cuando el obligado a realizar la acción no consiguió impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que intentó el deber de garantía (STS 758/2018).

Pues bien, en lo referente a la problemática que suscita el dolo en el caso concreto, y en particular el dolo eventual, que es el aplicado por la Audiencia al no contar con prueba acreditativa de la existencia de un dolo directo, hemos de remitirnos a todo lo expuesto de forma extensa en los fundamentos precedentes de este voto particular, incluida la conclusión final de que no concurren en este caso los elementos imprescindibles para apreciar ninguna modalidad de dolo en la conducta de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo que han sido condenados por el delito de malversación. Solo añadiremos ahora alguna matización relativa a algunos de los argumentos expuestos sobre esa cuestión por la mayoría de este Tribunal y por el Ministerio Fiscal.

Nos referimos en concreto a la tendencia que muestran este Tribunal de casación y la acusación pública a dar entrada al dolo directo en cuanto hay alguna oportunidad de introducir incisos o circunloquios que propicien penetrar en esa cuestión. Y así, la sentencia mayoritaria, aprovechando ahora el examen de la autoría, afirma que es cierto que «todas las acciones respondían a un propósito común, pero los hechos punibles han sido configurados de forma individual» (pág. 370).

En la pág. siguiente, al desarrollar la modalidad de comisión por omisión, afirma la sentencia mayoritaria que «La omisión supone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo irrelevante que haya mediado concierto entre aquél y el autor material de la sustracción, ya que el tipo no exige ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustratores. Sin embargo, entendemos que no se trata de una simple dejación de deber, sino una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente».

En ambos casos se comprueba cómo la sentencia mayoritaria utiliza una terminología propia del dolo directo (las cursivas que la remarcan son nuestras), sin atender al criterio probatorio de la Audiencia, que ha fijado como techo acreditado del elemento subjetivo el límite del dolo eventual, sin acoger la verificación de un dolo directo en la conducta de los acusados.

En la misma línea argumental deben interpretarse las palabras de la sentencia de casación cuando el Tribunal asevera que «el Sr. Cesareo asumió la eventualidad de que se diese a los fondos transferidos al IFA/IDEA, a través de las transferencias de financiación, un destino distinto del de la satisfacción de fines públicos. La asunción de esa eventualidad, vinculada al conocimiento del incumplimiento de la normativa para la concesión de subvenciones y ayudas públicas en el caso concreto (precisamente, derivada de la ilegal utilización de las transferencias de financiación), demuestran que el recurrente, asimismo asumió la posibilidad de que los fondos públicos fuesen destinados al enriquecimiento de terceras personas o empresas en crisis, es decir, que se destinasen a fines particulares» (página 553).

En ese caso el Tribunal opera con terminología propia, a lo sumo, de una conducta imprudente, dado que para que pueda aplicarse el dolo eventual se precisa que el autor conozca y asuma la alta probabilidad de que se materialice un delito de peligro concreto que previamente ha percibido, y no una mera posibilidad. Por su parte el Ministerio Fiscal, en el informe que emite en el recurso de casación (pp. 279 a 281) afirma de manera inequívoca que se está ante una conducta dolosa ejecutada con dolo directo por, entre otros, los cinco acusados cuya conducta ahora analizamos, conducta que ha evolucionado mediante la ejecución de diferentes actos malversadores realizados con conocimiento de lo que se estaba haciendo y con el propósito de que se alcanzaran los objetivos malversadores previstos merced a su funcionamiento.

Sin embargo, esta no es la versión fáctica que fue recogida en la sentencia recurrida como resultado probatorio. La Audiencia declaró probada una conducta malversadora realizada de forma material y con dolo directo por un sector importante de los acusados integrados en la Consejería de Empleo. Pero no acogió como cierto que

los cinco recurrentes realizaran actos malversadores con dolo directo ni que sus actos dolosos de prevaricación por el que fueron condenados tuvieran como objetivo y propósito realizar una conducta malversadora.

Las alegaciones del Ministerio Público ponen el dedo en la llaga sobre la dificultad de poder compatibilizar en la práctica una conducta dolosa con dolo directo como medio de conseguir el resultado de un delito realizado con dolo eventual que genera un grave menoscabo patrimonial. La solución a ese dilema no tiene que ser admitir como probado que los acusados que actuaron con dolo eventual con respecto al delito de quebranto patrimonial incurrieron en una conducta de dolo directo, como pretenden imponer a través de algunos de sus argumentos el Ministerio Fiscal, y en algunas fases de sus razonamientos la mayoría de esta Sala. Por el contrario, la cuestión debe dirimirse entre la opción de si realmente existe un dolo eventual con respecto al delito de malversación o si, como segunda alternativa, no concurren en el caso ni siquiera los requisitos de esa modalidad de dolo, por lo que la conducta de aquéllos ha de considerarse atípica con respecto al delito de malversación.

Desde luego, lo que no cabe es considerar acreditado un dolo directo en lugar de un dolo eventual en esta instancia de casación, una vez que el techo de la convicción probatoria lo ha fijado la Audiencia en el dolo eventual, por lo que las alegaciones del Ministerio Fiscal y también en algún caso de la sentencia mayoritaria no pueden compartirse.

Todo evidencia, en virtud de la redacción de su sentencia, que el Tribunal de instancia ha declarado probada la autoría material y directa de los cinco recurrentes (cuya impugnación ahora se dilucida) con respecto al delito de prevaricación. Sin embargo, cuando se introduce lacónicamente en la autoría del delito de malversación, la circunscribe a un dolo eventual que define citando únicamente el elemento de la voluntad ("asumir la eventualidad"). Sin que, por lo demás, cualifique la conducta prevaricadora con adjetivos finalistas que la relacionen con el delito de malversación, como pudieran ser las expresiones «con la finalidad de...», «con el objetivo de...», «con la intención de...», «con la pretensión de...», «con el propósito de», etc.

Así las cosas, resulta comprensible y coherente con las tesis que postulan que tanto la sentencia mayoritaria como el Ministerio Fiscal intenten reconvertir el dolo eventual de la malversación en un dolo directo cuya presencia surgiría ya con la conducta prevaricadora, pues son conscientes de que el enorme salto que habría de darse entre una conducta meramente prevaricadora y lo que es un delito de malversación no puede quedar cubierto con un dolo eventual con los mimbres que le asigna el Tribunal de instancia.

Existe una diferencia sustancial entre realizar un procedimiento de concesión de subvenciones con varias ilegalidades importantes con el fin de agilizar y obtener un grado elevado de rapidez en su tramitación, como se reconoce en la sentencia mayoritaria en numerosos apartados ya citados, y lo que puede considerarse perseguir el objetivo de generar graves menoscabos en el caudal público de la Junta de Andalucía para beneficiar gratuitamente a personas e empresas particulares que en ningún caso tendrían derecho a subvenciones. En el primer supuesto se está ante un delito de prevaricación y en el segundo ante un delito grave de malversación.

Las ilegalidades propias de la prevaricación podrán, evidentemente, perjudicar el reparto justo de las subvenciones y las prioridades en la rapidez en su concesión, aspectos que podrían estar relacionados con criterios arbitrarios a la hora de respetar el orden de prioridad en la distribución de ese patrimonio público entre los ciudadanos de una Autonomía política. Sin embargo, tal conducta, que queda comprendida dentro del ámbito de la figura penal de la de la prevaricación, poco tiene que ver en el ámbito penal con repartir dinero público gratuitamente entre personas y empresas que no tienen derecho alguno a subvenciones de ninguna índole, comportamiento claramente subsumible dentro del delito de la malversación.

En la sentencia recurrida la Audiencia alcanza la convicción de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo no tenían el propósito o la intención directa de realizar esa conducta malversadora, pero sí considera que con su comportamiento prevaricador generaron un peligro para que personas integradas en la Consejería de Empleo llevaran a cabo graves actos malversadores para el erario público. En vista de lo cual, los condena por una conducta punible de comisión por omisión con dolo eventual por no haber neutralizado ese peligro que derivó en los actos malversadores ejecutados por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo.

Frente a ello, quienes suscribimos este voto particular entendemos que no se dan en la conducta de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo los elementos propios del dolo eventual del tipo penal de la malversación, basándonos para ello en los numerosos argumentos que se han vertido en los fundamentos precedentes.

A tal efecto, partimos de la base de que los actos malversadores se cometieron en el ámbito propio y específico de la Consejería de Empleo, ajena a la de los referidos acusados. Y también es importante señalar que fue en la Dirección General de Empleo donde se centró la ejecución de los actos malversadores.

Decimos que ello es importante porque no deja de ser curioso que la mayoría de esta Sala recoja en su argumentación inculpativa la declaración del Director General de Trabajo, D. Borja, que fue precisamente la persona que llevó la iniciativa y protagonismo en todo el reparto delictivo y adjudicación del dinero malversado, según los datos que se recogen en numerosos apartados de la causa, y también en los hechos probados y motivación probatoria de la sentencia de la Audiencia. Es más, si se examinan con atención las fechas de los hechos se puede comprobar que D. Borja tomó posesión de la Dirección General de Trabajo el 28 de septiembre de 1999 y desempeñó el cargo hasta el 29 de abril del año 2008. Y fue a partir de esta fecha cuando se comenzaron a

descubrir las graves ilegalidades que se habían realizado en su oficina de trabajo y comenzaron a irse solventando algunos de los graves hechos perpetrados en la fase final de la ejecución del presupuesto, y más en concreto en el reparto y adjudicación de las subvenciones excepcionales.

En la sentencia mayoritaria, al examinar la prueba de cargo concurrente contra la cúpula de la Junta de Andalucía se expone que el propio Director General de Trabajo (D. Borja) reconoció en su declaración prestada en fase de instrucción que ante los problemas que planteaba la Intervención Delegada recibió instrucciones para que buscara un nuevo sistema de financiación que sorteara esos controles. Se trata de la declaración de quien se perfila como centro neurálgico de los actos defraudatorios desarrollados, cuya salida de la Consejería de empleo permitió que estos fueran detectados. Con independencia de ese dato, examinadas sus declaraciones, y más allá de su utilidad a otros efectos, según las mismas aparecen transcritas, no se detectan afirmaciones sobre las que construir un conocimiento ni siquiera una elevada sospecha por parte de ninguno de los cinco acusados a los que este voto afecta, sobre los actos de menoscabo del erario público que en la fase final de ejecución del presupuesto se realizaron desde la Consejería de Empleo, y especialmente desde la Dirección General que el Sr. Borja capitaneaba.

Los datos objetivos que figuran en las actuaciones, de los que ya hemos dado cuenta en fundamentos precedentes, abundan en indicios que desvanecen la construcción de una autoría en régimen de comisión por omisión contra los cinco acusados que ahora se examinan, dado que se trata de autoridades y funcionarios que son ajenos a lo que se podía estar tramando y ejecutando en el reparto de subvenciones dentro de un sector concreto de la Consejería de Empleo. No consta tampoco planificación alguna por parte de la Consejería de Economía ni por la de Innovación acerca de una eventual entrega fraudulenta de cantidades de dinero público a favor de personas sin legitimidad alguna para recibirlas. El conocimiento de tal supuesto hipotético se les ha atribuido a personas que, dentro de la Junta, estaban más al tanto de lo que sucedía en la Consejería conflictiva. La posición de garante no debe aplicarse a sujetos alejados de un control próximo e inmediato del espacio competencial específico en que se llevó a la cabo la conducta propiamente malversadora. Y tampoco figuran en la sentencia de instancia datos indiciarios objetivos que permitan afirmar el conocimiento por parte de los citados acusados de una situación de peligro concreto que esté próxima a transformarse en el resultado malversador perpetrado por varios integrantes de una Consejería, sobre los cuales no aparecen motivos para desconfiar de que vayan a ejecutar nada menos que una desviación de conducta que supere un comportamiento propio de una injusticia en el reparto o asignación de unas subvenciones, hasta convertirlo nada menos que en un despojo apropiativo del dinero público en perjuicio del patrimonio de una Comunidad Autónoma.

No se entiende, pues, el empecinamiento de la tesis mayoritaria en incriminar por malversación a los cinco acusados que ni siquiera pertenecen a la Consejería de Empleo, acudiendo incluso a declaraciones irrelevantes del principal factótum de los actos malversadores, cuando no consta prueba directa alguna de que esos acusados intervinieran en acto concreto alguno insertable en el tramo final del reparto y distribución del dinero público. Sin que, por lo demás, se aporten datos objetivables que justifiquen crear con ellos un grupo de responsables aparte mediante la modalidad de comisión por omisión en el ámbito objetivo y apreciando un dolo eventual en el subjetivo. Se desestructura así la sentencia al escalonar los modelos de responsabilidades y generar graves contradicciones con respecto a otros intervinientes que tenían los mismos conocimientos que ellos en lo atinente al grueso de las ilegalidades prevaricadoras. Todo lo cual sugiere que se ha operado en ese apartado de la sentencia con criterios poco jurídicos al forzar las modalidades de la acción delictiva y de la entidad del elemento subjetivo del delito de malversación.

Las referencias que hacen la sentencia mayoritaria y el Ministerio Fiscal al deber de los acusados de evitar el resultado de las conductas malversadoras de los integrantes de la Consejería de Empleo serían correctas si aquéllos actuaran con un dolo eventual con respecto a ese resultado malversador. Sin embargo, tal como se ha venido reiterando en los fundamentos precedentes, ese dolo eventual no concurre en el caso concreto en el comportamiento de los acusados cuya condena ahora examinamos.

Si a todo ello le sumamos que la sentencia recurrida no contiene desarrollo argumental mínimamente consistente de la concurrencia de los requisitos del dolo eventual en el caso concreto, y se pondera también lo que se ha argumentado en los fundamentos precedentes sobre la no concurrencia de tales requisitos en el delito de malversación atribuido a los cinco recurrentes, deviene clara la inexistencia de la autoría de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo con respecto al delito de malversación. Especialmente si no consta prueba de su intervención directa en el tramo final de la fase de ejecución del presupuesto, cuando se decidió y materializó la distribución y adjudicación de las subvenciones.

Décimo.

1. De manera reiterada hemos señalado (entre otras muchas, por citar alguna de las más recientes, en STS 304/2022, de 25 de marzo) que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que

cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

La constatación del dolo, y en concreto de su elemento intelectual en orden al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, se ha resuelto de forma reiterada por la jurisprudencia a través de la prueba indiciaria. De manera que han de ser los datos externos que resulten observables y verificables empíricamente los que permitan inferir, a través de máximas de experiencia y reglas de lo razonable (con una base de legitimación social), cuáles eran los niveles de conocimiento del acusado.

La prueba de indicios ha sido admitida tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000, 117/2000, 111/2008, 109/2009, 126/2011, 128/2011, 175/2012 y 15/2014) como por la jurisprudencia de esta Sala de casación (SSTS 1085/2000, de 26 de junio; 1364/2000, de 8 de septiembre; 24/2001, de 18 de enero; 813/2008, de 2 de diciembre; 19/2009, de 7 de enero; 139/2009, de 24 de febrero; 322/2010, de 5 de abril; 208/2012, de 16 de marzo; 690/2013, de 24 de julio; 481/2014, de 3 de junio; 43/2015, de 28 de enero; 45/2017, de 8 de marzo; o 639/2019 de 19 de diciembre, entre otras), como idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, sometida a la concurrencia de una serie de presupuestos. Desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia. Desde una perspectiva material, el control a través del recurso de casación se debe proyectar en la verificación de la existencia de varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega; es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001, 137/2002, 229/2003, o 111/2008).

2. Al descender ya a la cuestión probatoria que se suscita, y una vez ponderado el análisis que hemos efectuado de la prueba de cargo y de descargo sobre el dolo eventual, puesto en relación con los diferentes recursos de los cinco acusados ajenos a la Consejería de Empleo en los que se centra este voto particular, se constatan una serie de argumentos probatorios que generan graves interrogantes sobre la tesis incriminatoria de la Audiencia y también de la mayoría de esta Sala. Hasta el punto de estimar que la condena de esos acusados por el delito de malversación alberga dudas razonables que tenían que haber determinado un fallo absolutorio para los cinco impugnantes. Tales argumentos, que ya han sido desarrollados ampliamente en los fundamentos precedentes, los sintetizamos a continuación. Con carácter previo conviene insistir en que la Audiencia omite llamativamente el análisis específico de los elementos del dolo eventual y su operatividad en el presente caso, análisis en el que se habría de ponderar la fuerza y el potencial exculpatorio que albergan los contraindicios que citan las defensas. De modo que al indicio incriminatorio reiterado por las dos sentencias centralizado en los actos dolosos prevaricadores que acabaron proporcionando el dinero público que fue después materialmente malversado por los funcionarios de la Consejería de Empleo, han de oponerse los contraindicios que desvanecen cualquier conclusión probatoria acerca del conocimiento propio del dolo eventual que se atribuye a los acusados ajenos a tal Consejería en orden a los actos malversadores integrados en el último tramo de la fase de ejecución.

Tanto la Audiencia como la sentencia mayoritaria de la que discrepamos priorizan y magnifican para apoyar la existencia del dolo eventual de los acusados ajenos a la Consejería de Empleo con respecto al delito de malversación, las ilegalidades prevaricadoras en que incurrieron, cuya perpetración conllevarían de por sí el descontrol y el despilfarro en el otorgamiento de las subvenciones y la producción de los actos malversadores de terceras personas. Sin embargo, tal como ya se ha razonado (fundamento octavo), no puede admitirse la conducta grave prevaricadora como factor automáticamente determinante de la comisión de un delito de malversación. Se trata de dos conductas que pueden no representarse al unísono en la mente de los autores de la prevaricación con la intensidad y solidez que requiere el dolo, ni aun como eventual. Para esto habrían de ponderarse otros factores que las sentencias no analizan y a los que ya nos hemos referido: principio de confianza aplicable con respecto a los funcionarios que realizaron los actos concretos malversadores en el último tramo de la ejecución del presupuesto; proximidad e intermediación en el control y supervisión de los ejecutores de los actos malversadores de la Consejería de Empleo; el grado de advertencia de la Intervención de la Junta de Andalucía en lo que afecta a posibilidades de

ejecución de actos de menoscabo y de quebranto del patrimonio público por parte de otros funcionarios; la forma en que trabajaba en la práctica la Consejería de Empleo; los límites competenciales de cada una de las Consejerías; etc.

Desde otra perspectiva, es importante sopesar la falta de pruebas acreditativas de indicios que apuntalen con solvencia la inferencia que permitiera afirmar que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo conocieran el peligro concreto de que las autoridades o funcionarios de esa Consejería se disponían a realizar graves actos dolosos de malversación. Sin que puedan considerarse suficientes las meras posibilidades genéricas o en abstracto de que ello pudiera suceder.

Que los informes encargados por la Consejería de Empleo a bufetes jurídicos profesionales ni siquiera fueran puestos a disposición de los integrantes de otras consejerías, o el peculiar esquema de imputaciones seguido en otros supuestos estrechamente vinculados, como pudiera ser el caso Umax, son contraindicios que debilitan notablemente la probabilidad de que los acusados ajenos a esa Consejería tuvieran conocimiento del peligro concreto que se cernía sobre el patrimonio público debido a los actos fraudulentos ejecutados en el tramo final de la fase de ejecución del presupuesto, dedicado a la distribución de las subvenciones a trabajadores y empresas en crisis.

Ha de tenerse también muy presente el dato singularmente ilustrativo de que no se pudiera apreciar el dolo eventual en la conducta del Interventor General y de otras autoridades y funcionarios que tuvieron acceso a los informes y anexos de los años 2003 y 2005, reiteradamente citados, y también a los de otros años posteriores. Pues si en tales casos se consideró por la Audiencia en sentencia, en unos casos, y también en la fase intermedia en otros supuestos, que se estaba ante una inferencia demasiado abierta para dar el salto del delito de prevaricación al de malversación, carece de todo fundamento serio y riguroso que ese criterio correcto se abandonara después, cuando se trató de la condena de los integrantes de las Consejerías de Economía y de Innovación.

Las dudas que llevaron a la Audiencia a excluir la existencia de dolo eventual en aquellos casos tenían necesariamente que apreciarse y mantenerse con respecto a las autoridades y funcionarios de esas dos últimas consejerías, al no concurrir datos objetivables de una entidad consistente y suficiente que pudieran justificar ese doble rasero de valoración probatoria. Pues el conocimiento de la implantación del procedimiento específico y las consecuencias genéricas de descontrol que ocasionaba eran conocidas por el grueso de las autoridades y funcionarios implicados en su tramitación, al hallarse al tanto de los posibles efectos provenientes de la manipulación e instrumentalización de las transferencias de financiación y del sistema de pago que se estaba aplicando para materializar las subvenciones. Todo indica que en un caso se operó con argumentos probatorios sustentados en las máximas de la experiencia y en las reglas de lo razonable, mientras que en el otro -el referente a los cinco recurrentes que examinamos- se aplicó como argumento una mera especulación sobre algo que pudo haber sucedido hipotéticamente pero que carece de una prueba seria y sólida.

Igualmente se estima de suma relevancia que en ambas sentencias se distinguieran dos tramos cualitativamente diferentes en el desarrollo de los hechos: el primero de ellos centrado en la implantación del nuevo sistema específico con los fines de rapidez y agilidad en la tramitación y disposición de los presupuestos destinados a las subvenciones sociolaborales y a empresas; y el segundo tramo, correspondiente a la última fase de ejecución dedicada a la distribución, reparto y asignación de las subvenciones. Sin que después se examine el elemento subjetivo del delito de malversación con el rigor necesario para fundamentar una modalidad de dolo que no es contemplada con mucho entusiasmo ni por esta Sala ni por el Informe del Ministerio Fiscal. Y ello a pesar de que el dolo eventual es el elemento que utiliza la Audiencia como artificio conceptual para conectar los dos tramos referidos en un concurso medial que parece clamar por un dolo de una mayor intensidad y con mucho menos contenido especulativo e incierto en su estructuración racional.

En la misma línea contraria a la tesis inculpativa de los cinco recurrentes examinados ha de ser contemplada la jurisprudencia que se cita en la sentencia de la Audiencia y también en las de esta Sala para apoyar la aplicación de un dolo eventual. Se invocan sentencias de casación en las que se dilucidan condenas basadas en dolo directo, que solo aluden a la modalidad eventual a través de referencias retóricas empleadas a modo de cláusula genérica de cierre para el supuesto que las defensas consideraran insuficiente los elementos probatorios en que se basaba la condena por el dolo directo.

3. El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que «el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa) (SSTC 56/2003 y 135/2003, 263/2005, 300/2005, 123/2006 y 66/2009).

Pues bien, en este caso es patente que, tal como se ha venido argumentando, la Audiencia de Sevilla utilizó como criterio probatorio para sustentar el dolo eventual a través del que conformó el elemento subjetivo del delito de malversación el mero hecho de que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubieran colaborado en la implantación de un sistema de otorgamiento de subvenciones que se saltaba controles relevantes de fiscalización

con el fin de obtener rapidez y aligeramiento en el reparto y adjudicación de las subvenciones sociolaborales y también de las que se entregaban a las empresas en crisis. Este dato es el que sirvió al Tribunal de instancia y en el que se ha apoyado igualmente la sentencia mayoritaria para considerar que no solo pretendían conseguir la asignación de subvenciones por un sistema más rápido y efectivo, sino que también estaban conociendo y asumiendo que esas subvenciones se adjudicaban en el último tramo del procedimiento administrativo acudiendo a actos defraudadores en su distribución y reparto que perjudicaban gravemente al erario público.

Tal inferencia, a pesar de que parte de la premisa de que los acusados no conocían directamente los actos malversadores que pudieran estar realizando los integrantes de la Consejería de Empleo, es utilizada después para colegir que sí conocían cuando menos la posibilidad de que ello pudiera suceder debido al sistema ilegal que estaban aplicando para ejecutar las subvenciones. Lo cual no impedía que permitieran que se prosiguiera realizando este arriesgado sistema de distribución de las subvenciones, asumiendo así un menoscabo del erario público derivado del sistema ilegal que aplicaban, cuyos hechos fueron integrados bajo la figura del delito de malversación.

Tal conclusión no puede, sin embargo, acogerse debido a los hechos conindiciarios que devalúan y enervan el alcance de la conducta prevaricadora como instrumento bastante para sustentar el dolo eventual propio del delito de malversación. La inferencia que hace la Audiencia en este caso resulta excesivamente abierta, genérica e indeterminada para poder sentar la conclusión de que los cinco acusados de las Consejerías de Economía e Innovación conocían el peligro concreto -el auténticamente relevante para activar la aplicación del dolo eventual en un delito de resultado- que entrañaba el nuevo sistema por permitir que los propios integrantes de la Consejería de Empleo se dedicaran a menoscabar y quebrantar el caudal público para lucro propio o de terceros.

Así pues, según nuestro criterio y en lo que afecta a nuestra discrepancia, el juicio deductivo que hace la Audiencia deja abierto un espectro de posibilidades que fisura el razonamiento inferencial que lo sustenta. Los indicios barajados no son unívocos y concluyentes, sino que construyen una secuencia incriminatoria a través de inferencias demasiado ambiguas y abiertas, que generan márgenes de incertidumbre en los aspectos nucleares sobre los que se construye la autoría de los acusados que nos ocupan.

En vista de los razonamientos precedentes, ha de concluirse que estamos ante una prueba de cargo que no puede considerarse concluyente y suficiente para poder declarar probado el sustrato fáctico y normativo del dolo eventual del delito continuado de malversación atribuido a los D. Cesareo, Dña. Marcelina, D. Benjamín, D. Virgilio y D. Esteban, que debieron por tanto ser absueltos de ese tipo penal por haberse vulnerado con su condena el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ana María Ferrer García Susana Polo García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.