

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA  
SECCIÓN SÉPTIMA**

**AUTO nº 938/2013**

**Rollo 8336-2013-2M (apelación auto)**

**Diligencias Previas 174-2011**

**Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla.**

**Magistrados:**

Javier González Fernández. Presidente.

Juan Romeo Laguna. Ponente.

Esperanza Jiménez Mantecón.

Enrique García López-Corchado.

En Sevilla 13 de diciembre de 2013

**ANTECEDENTES PROCESALES**

**Primero.-** Por auto de 10 de septiembre de 2013 el Juzgado de procedencia acordó comunicar la existencia del presente procedimiento en calidad de imputados a tenor del artículo 118 bis de la ley de enjuiciamiento criminal a las siguientes a los aforados D. Manuel Chaves González, D. José A. Viera Chacón, D. José Antonio Griñán Martínez, D<sup>a</sup>. Carmen Martínez Aguayo, D. Manuel Recio Menéndez, D. Francisco Vallejo Serrano y D. Antonio Ávila Cano.

**Segundo.-** Contra dicho auto interpuso recurso directo de apelación el Ministerio Fiscal.

Las acusaciones particulares Sindicato de Funcionarios Manos Limpias, D. Antonio Sanz Cabello y D. Juan Ignacio Zoido solicitaron la confirmación del auto recurrido. La imputada D<sup>a</sup> Encarnación Poto Monge Sierra se adhirió al recurso de apelación

**Tercero.-** Remitida la causa a esta Audiencia, fue turnada a esta Sección Séptima el 25 de octubre de 2013, correspondiendo su ponencia al magistrado Juan Romeo Laguna. Se señaló el día 5 de diciembre pasado para la deliberación del recurso indicado.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**Primero.-** El primer fundamento jurídico del auto recurrido afirma:

*“Antes de abordar la cuestión que suscita la presente resolución, conviene hacer las siguientes precisiones:*

*Resulta evidente que el estado de la investigación presenta ahora unos elementos configuradores mucho más precisos que hace relativamente poco tiempo, pues sin variar el núcleo esencial que sería la concesión de subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido, aquellos oscilan desde las sobrecomisiones que supuestamente la Junta permitió cobrar a las mediadoras que gestionaban e impulsaban las pólizas, vehículo de las subvenciones, y ello a cambio de ciertos favores, a las modificaciones presupuestarias que permitieron, en términos indiciarios, desde abril del año 2000 ese uso ilícito de fondos públicos a través de la utilización palmariamente irregular de las transferencias de financiación, creando la partida fraudulenta (440) a través de un trasvase de fondos de la partida presupuestaria adecuada para la concesión de subvenciones (481) que ascendió a más de 93 millones de euros en menos de dos años. El Convenio Marco de 17 de julio de 2001 no constituyó pues el inicio sino la continuidad del sistema, pues a partir de 2002 tuvo el sistema de transferencias de financiación su acogida en el propio presupuesto. Las indiciarias consecuencias de su instauración son ya conocidas: eludir el cumplimiento de la Ley de Subvenciones, que sujetaba el procedimiento a estrictos trámites y los controles de la Intervención, provocando además millonarios desfases presupuestarios cada año durante una década.”*

Es decir, afirma que el objeto de la investigación instructora desde el inicio de la causa no es otro que la concesión de subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido, y que el devenir de la instrucción ha conducido al descubrimiento indiciario de:

1. Sobrecomisiones que supuestamente la Junta permitió cobrar a las mediadoras que gestionaban e impulsaban las pólizas, vehículo de las subvenciones, y ello a cambio de ciertos favores.
2. Las modificaciones presupuestarias que permitieron desde abril del año 2000 ese uso ilícito de fondos públicos a través de la utilización palmariamente irregular de las transferencias de financiación, creando la partida fraudulenta (440) a través de un trasvase de fondos de la partida presupuestaria adecuada para la concesión de subvenciones (481), que ascendió a más de 93 millones de euros en menos de dos años, con la finalidad de eludir el cumplimiento de la Ley de Subvenciones durante una década.

Parece que estos dos elementos configuradores de nuevo cuño han llevado a la Señora Instructora a “comunicar la existencia del presente procedimiento en calidad de imputados a tenor del artículo 118 bis de la ley de enjuiciamiento criminal a las siguientes a los aforados” que cita.

**Segundo.-** Dicho auto ha sido recurrido directamente en apelación por el Ministerio Fiscal que solicita la nulidad del mismo “por motivo de carecer de suficiente descripción de los hechos investigados que afectan a cada uno de los siete aforados, imputados provisionales, adolece de la motivación necesaria, no es ajustado a derecho y debe dejarse sin efecto, debiendo procederse en su caso al dictado de un nuevo auto por el que previa concreción de los hechos por lo que cada uno de los aforados puede ser objeto de investigación se de traslado de la presente causa en calidad de imputados conforme al Art. 118 bis de la ley de enjuiciamiento criminal”.

Antes de analizar los motivos del recurso de apelación, es menester destacar que el Ministerio Fiscal está plenamente legitimado para solicitar la nulidad de dicho auto por falta de motivación por ser garante de la pureza del proceso en materia penal. Así, el artículo 1 de su Estatuto Orgánico, regulado por la Ley 50/1981 de 30 diciembre, dispone El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley; para el cumplimiento de este cometido el artículo 3 del mismo cuerpo legal le obliga a velar para “que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos

y actuaciones pertinentes” , añadiendo su artículo 6 que “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”.

**Tercero.-** La comunicación de la existencia del presente procedimiento en calidad de imputados a los aforados mencionados trae su origen en el artículo 118 bis de la ley de enjuiciamiento criminal, introducido por la Ley Orgánica 7/2002 de 5 de julio, que establece: “Del mismo modo que en el artículo anterior se procederá cuando se impute un acto punible contra un Diputado o Senador, los cuales podrán ejercitar su derecho de defensa en los términos previstos en el artículo anterior, y todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71.2 y 3 de la Constitución española.”.

El preámbulo de esa Ley Orgánica justifica su introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del siguiente modo:

“Con frecuencia se advierte que los Senadores y Diputados no tienen conocimiento previo de procedimientos que les afectan y lo adquieren a través de la solicitud del suplicatorio o de los medios de comunicación.

En otras ocasiones conocen de la existencia del procedimiento pero no saben exactamente de qué se les acusa, porque no se les ha dado copia de la denuncia o querella, no se les ha permitido tomar conocimiento de las actuaciones, declarar ante el Juez, proponer pruebas y ejercer los demás derechos comunes de cualquier imputado. Las situaciones indicadas hacen de peor condición a los Senadores y Diputados en el ejercicio de los derechos y garantías de defensa que el artículo 24.2 de la Constitución reconoce a todos en el ámbito penal. Además, facilita la remisión no justificada al Tribunal Supremo de procedimientos que afectan a los aforados y la consiguiente elevación de suplicatorios, que podrían evitarse si aquéllos hubieran podido ofrecer su versión de los hechos. Así, se alienta la presentación de querellas o denuncias maliciosas, que buscan la repercusión mediática derivada de la solicitud de suplicatorio y de la intervención del Tribunal Supremo.

Los anteriores inconvenientes podrían remediarse estableciendo expresamente la aplicación de lo establecido en el artículo 118, párrafo segundo, de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, a los Senadores y Diputados, de suerte que deba ponerse inmediatamente en su conocimiento la admisión de una denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que derive la imputación de un delito.”.

En el presente caso la imputación previa o preimputación, en palabras de la doctrina y la jurisprudencia, de este artículo 118 bis, ha sido acordada por propia iniciativa por la Sra. Juez de Instrucción en el auto que se recurre por el Ministerio Público, puesto que ninguna de las acusaciones ha solicitado la imputación de las personas aforadas que recoge aquel.

**Cuarto.-** Como decíamos en nuestro auto resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la imputada D<sup>a</sup> Magdalena Álvarez de 25 de octubre de 2013:

“... tratándose, insistimos, de una decisión judicial en el seno de una instrucción ya abierta que atribuye a persona determinada la participación indiciaria en un hecho delictivo que se está investigando, podemos añadir también las siguientes consideraciones con base nuevamente en la jurisprudencia de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo:

- 1) como recuerda la sentencia de 11-7-2013 (nº 601/2013) al analizar una resolución similar del mismo tipo -trayendo a la causa como sujeto pasivo del proceso a quien no había sido denunciado-, “ciertamente el juez de instrucción está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora quien sea el presunto autor del hecho delictivo, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el procedimiento”.
- 2) siendo deseable salir al paso de posibles alegaciones de prescripción, para que pueda entenderse que se ha “dirigido el procedimiento contra una persona determinada” deberá ser una “resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta” (artículo 132.1 del Código Penal).”

Y añadíamos:

“Como dice la sentencia de 12-11-2012 (nº 885/2012) en relación a esta norma, aunque no tiene que ser “un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento”, para que quepa considerarlos “actos judiciales ... potencialmente aptos para interrumpir la prescripción” la resolución en cuestión “ha de atribuir al sospechoso la presunta comisión de un delito que proceda investigar por tales medios, se encuentra aquél nominalmente determinado, y el hecho, ha sido inicialmente calificado[, por lo que concurren todos los elementos que exige la norma].”..... “La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de denuncia o querrela, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta.”

Y Concluíamos:

“Así las cosas, de todo lo expuesto extraemos como línea maestra esencial en un auto de la naturaleza del impugnado que, al menos, debe contener una mínima relación fáctica cuya lectura permita colegir la descripción del hecho o hechos punibles de que pueda tratarse, al modo que cabe esperar de toda denuncia o querrela, a las que expresamente se refiere el artículo 118 de nuestra ley procesal penal.

Solo así podría cumplirse la finalidad garantizadora del derecho de defensa para la que ese artículo está pensado, algo que con frecuencia se olvida, puesto que la constitución del estatuto del imputado desde el inicio de la investigación (o desde que contra alguien aparecen visos de participación en lo instruido o en nuevos posibles descubiertos a la luz de la investigación, como sería el caso) -lo que se logra con esa resolución- en esencia no persigue otra cosa que evitar que la instrucción se desarrolle a espaldas de quien luego pueda ser formalmente imputado o acusado por los hechos investigados, permitiéndole influir legítimamente en la instrucción.....

No olvidamos que el artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal alude a la imputación material, y que, desde la sentencia del Tribunal Constitucional nº 186/1990, de 15 de noviembre, la inculpación formal en el procedimiento abreviado se sitúa en la

primera comparecencia ante la autoridad judicial (artículos 775 y 779.1.4ª de dicha ley)....

Es por ello por lo que entendemos que no está de más que ese tipo de resolución tuviera una mínima descripción de hechos de relevancia penal, los extraídos de la instrucción como imputables a quien se acuerda que preste declaración como imputado.”

Por su parte la sentencia del T.S. de 25 de enero de 2010 sienta: “El conocimiento por parte de los órganos de enjuiciar a los aforados no se refiere a toda posible e hipotética intervención de los aforados en posibles hechos delictivos, sino que su condición de órgano especial respecto a los órganos judiciales ordinarios, exige que su conocimiento se restrinja a la existencia de indicios de un hecho delictivo y de participación en el mismo de la persona aforada, de manera que sólo cuando existan indicios sobre un hecho delictivo y sobre la participación en el mismo del aforado, es procedente la elevación de la exposición razonada que justifique la atribución competencial al órgano encargado de la investigación y enjuiciamiento de un aforado. En este sentido una reiterada jurisprudencia ha destacado la excepcionalidad de los fueros, por lo que deben ser aplicados de forma restrictiva y una vez que existan indicios fundados de la existencia de un hecho delictivo y de la participación del aforado. Naturalmente la determinación del momento para atribuir la competencia no puede ser preciso y concreto sino que variará en cada situación concreta en función de la constatación de los indicios, de su relevancia acreditativa de los hechos y de la participación y, también, de las necesidades de la investigación que se realiza en las diligencias de las que trae causa.”

Entendemos que el auto recurrido ha de ser considerado como un complemento del dictado el 28 de junio pasado, no recurrido por el Fiscal, en el que se ampliaba la instrucción a un total de veinte personas por su actuación entre, al parecer, los años 1999 y 2010 como altos cargos de la Junta de Andalucía, desde una consejera del gobierno autonómico, hasta secretarios generales técnicos, pasando por viceconsejeros y directores generales, entre otros, de hasta tres consejerías (Hacienda, Empleo e Innovación), aparte de interventores y otras personas relacionados por cargos directivos con el IFA-IDEA. Y decimos complemento porque en el auto recurrido se dice expresamente que se han utilizado “modificaciones presupuestarias que permitieron , en términos indiciarios, desde abril del año 2000 ese uso ilícito de fondos públicos a través de la utilización palmariamente irregular de las transferencias de financiación, creando la

partida fraudulenta (440) a través de un trasvase de fondos de la partida presupuestaria adecuada para la concesión de subvenciones (481), que ascendió a más de 93 millones de euros en menos de dos años, .....Las indiciarias consecuencias de su instauración ya son conocidas: eludir el cumplimiento de la Ley de Subvenciones durante una década.”.

Pues bien, ya en aquel auto destacábamos la necesidad de una motivación reforzada cuando, como vuelve a ser el caso, “se plantea(ría) la posibilidad de un actuar ilegal por parte de (...) poderes propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículo 1.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía), a su vez parte integrante de la organización territorial del Estado conforme al artículo 137 de la Constitución Española, como ya recordábamos en nuestro auto de 5 de julio de 2011 (Rollo nº 4049/2011).”.

Dicho de otro modo, cuando, como es el caso, la eventual extensión del proceso a terceras personas se basa en una decisión propia del juez instructor con basa en el resultado de lo investigado, en un asunto además de tan especial complejidad, es más que razonable esperar que se explicita, de un lado, en qué se fundamenta el nuevo giro dado al proceso y, de otra parte, qué concretas conductas penales relevantes- si quiera mínimamente esbozadas- atribuye a cada de las personas a las que se refiere la nueva orientación de la causa.

Y nuevamente hemos de decir que el auto apelado “está basado en una construcción sugerente, que no explícita, de la ilicitud penal de la actuación” de sucesivos gobiernos autonómicos a lo largo de, al menos, una década, “lo que refuerza -insistimos- las exigencias de una máxima precisión en la descripción de los supuestos hechos punibles, y, dada la excepcionalidad del caso, una -mínima siquiera- exposición, como en otros autos similares ha hecho, de los indicios derivados de lo instruido que, en su caso, la llevarían a colegir que el sistema legal fue ideado ex profeso para delinquir y/o mantener una actividad delictiva” por las personas a que afecta aquella resolución.

En efecto, no razona el auto apelado qué participación pudiera tener cada uno de los aforados en dichas modificaciones presupuestarias, para el caso de que esa sea la razón de la preimputación, pues tampoco se puede descartar, dada la generalidad de los

hechos descritos en el auto recurrido, que quiera decir que alguno o todos los aforados hayan podido participar en la concesión de sobrecomisiones a las aseguradoras que han actuado como mediadoras en las pólizas colectivas con las que se afrontaba el pago a los trabajadores afectados por los EREs, que igualmente son objeto de investigación en esta prolija, compleja y voluminosa causa.

Como se infiere de la propia lectura del artículo 118 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya transcrito, se remite al contenido del artículo 118 de la misma Ley, por lo que a la comunicación de imputación a los aforados se ha de exigir los mismos mimbres que a la imputación del artículo citado en último lugar.

**Quinto.-** Los aforados, preimputados por delitos de prevaricación y malversación, por hechos que se dice en el auto acontecieron desde el año 1999 al 2010, como parece inferirse de la lectura del segundo párrafo del fundamento jurídico inicio del auto que se recurre (folios 1 y 2), ejercieron los siguientes cargos:

D. Manuel Chaves González fue Presidente de la Junta de Andalucía desde el año 2000 al año 2009.

D. José Antonio Viera Chacón consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico del año 2000 hasta 2004.

D. José Antonio Griñán Martínez. Consejero de Economía y Hacienda de Andalucía (2004-2009). Vicepresidente segundo de la Junta de Andalucía (2008-2009). Presidente de la Junta de Andalucía (2009-2013) ,

D<sup>a</sup>. Carmen Martínez Aguayo fue Viceconsejera de Hacienda de la Junta de Andalucía (2004-2009), Consejera de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía (2009-2010), Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía desde el año 2010 y continua.

D. Manuel Recio Menéndez fue Gerente de la Agencia de Innovación y Desarrollo en Almería (2004-2008); Secretario General de Economía en la Junta de Andalucía (2009-2010) y consejero de Empleo de la Junta de Andalucía entre 2010 y 2012.

D. Francisco Vallejo Serrano fue Consejero de Salud de la Junta de Andalucía (2000-2004) y Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2004-2009) en el mismo periodo presidente de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía,

D. Antonio Ávila Cano, Secretario general de la Consejería de Economía y Hacienda (2002-2009). Consejero de la Presidencia de la Junta de Andalucía (2009-2010). Consejero de Economía, Ciencia e Innovación de la Junta de Andalucía (2010-2012). Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (2012-2013).

No se explica en el auto recurrido ni siquiera someramente qué hechos concretos haya podido cometer cada uno de los aforados que pudieran ser constitutivos de delito. Tan solo en cuanto al Sr. Recio Menéndez se dice que durante su mandato como consejero de Empleo suscribió orden de 27 de abril de 2010 por la que se formalizó la Encomienda de Gestión de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía a la que, con carácter general, corresponde la promoción y desarrollo de la actividad económica en Andalucía y, en concreto, entre sus competencias se encuentra la de ejecutar actuaciones singulares en el apoyo a empresas que atraviesan dificultades coyunturales, estando facultada, a tales efectos, para la realización de las actuaciones de carácter técnico, material, jurídico o de servicios que, en relación con materias de su competencia, le encomiende la Administración de la Junta de Andalucía.

Con esta única concreción parece que se excluye su posible participación delictiva durante los años en los que fue Secretario General de Economía en la Junta de Andalucía, frente a la preimputación que parece se dirige por ostentar este último cargo al aforado Sr. D. Antonio Ávila, sin que se pueda descartar, dada -insistimos- la generalidad de la preimputación, que se pretenda que también haya cometido este último aforado algún hecho con apariencia delictiva durante el desempeño de los cargos de Consejero de la Presidencia de la Junta de Andalucía o Consejero de Economía, Ciencia e Innovación de la Junta de Andalucía.

Tampoco el auto examinado razona si a todos los aforados se les preimputa tanto el delito de malversación como el de prevaricación, o tan solo alguno de ellos, ni si esos delitos han sido cometidos presuntamente y en su caso por acción u omisión. Tampoco dice si han cometido un delito básico del delito de malversación de causales públicos del artículo. 432.1 del C.P., o de los tipos agravado o atenuado de los apartados 2 y 3 del mismo artículo.

En cuanto al delito de prevaricación, es decir el dictado de una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia, tampoco se razona por la Señora Instructora si ha sido cometido, en su caso, por acción u omisión por las personas aforadas.

Por las razones expuestas, se estima que el auto directamente apelado por el Ministerio Fiscal no se ajusta a las exigencias que el derecho a una tutela judicial efectiva y de defensa harían deseables en la llamada al proceso de las personas aforadas que menciona al amparo del artículo 118 bis de la L.E.Cr. Por ende, procede estimar el recurso de apelación y anular el auto recurrido para que por la Sra. Magistrada-Juez de Instrucción se dicte nueva resolución que en relación con las personas aforadas que cita el auto anulado.

**Sexto.-** En lo que a la adhesión al recurso de apelación concierne hemos de hacer las siguientes puntualizaciones:

1) no cabe adhesión al recurso de apelación en fase de instrucción en el seno del procedimiento abreviado, como se desprende del artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que tales adhesiones deberán equipararse a petición de estimación del recurso sin que, en caso de haber transcurrido para los adheridos el plazo para recurrir el auto controvertido, puedan añadir pretensiones propias o específicas.

2) en cualquier caso, la apelante adhesiva no está legitimada para actuar en esa condición ya que el auto recurrido no se refiere a la misma, sino que se limita a la preimputación de personas aforadas con las que D<sup>a</sup> Encarnación Poto no tiene relación alguna.

**Séptimo.-** Procede asimismo declarar de oficio las costas de esta segunda instancia, a tenor de los artículos 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En función de lo expuesto,

**ACORDAMOS:** Estimamos el recurso de apelación objeto de este rollo interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Revocamos el auto dictado por la Sra. Magistrada-Juez de Instrucción el día 10 de septiembre de 2013, dejándolo sin efecto para que se dicte nueva resolución que se ajuste a los términos de la presente.

Declaramos de oficio las costas que puedan devengarse en la tramitación de esta segunda instancia.

Esta resolución es firme, no cabe contra ella recurso ordinario alguno. Notifíquese a las partes. Remítase al juzgado de procedencia testimonio de esta resolución; una vez recibido acuse de recibo archívese este rollo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.