



AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN QUINTA
BARCELONA

Rollo de Apelación nº 665/22
Juzgado de Instrucción nº 21 de Barcelona
Diligencias Previas nº 1440/21

A U T O

José M^a Assalit Vives
Rosa Fernández Palma
Ignacio de Ramón Fors

En la ciudad de Barcelona, a dos de noviembre de dos mil veintidós.

Visto ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASOCIACIÓN PARA LA TRANSPARENCIA Y LA CALIDAD DEMOCRÁTICA contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 21 de los de Barcelona con fecha 26 de junio de 2022, en las Diligencias Previas nº 1440/21; y siendo Ponente el Magistrado José M^a Assalit Vives.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 26 de junio de 2022, el Juzgado de Instrucción nº 21 de los de Barcelona dictó Auto por el que dispuso el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.





SEGUNDO.- La representación de ASOCIACIÓN PARA LA TRANSPARENCIA Y LA CALIDAD DEMOCRÁTICA formuló recurso de apelación contra la anterior resolución, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal y por la representación de ADA COLAU BALLANO.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El primer motivo del recurso versa sobre la falta de motivación y ausencia de concreción entre sobreseimiento libre y provisional lo que entiende que debe determinar la nulidad del Auto apelado.

Sobre la ausencia de concreción entre sobreseimiento libre y provisional, que efectivamente se produce en dicha resolución, de la propia redacción de la parte dispositiva de la resolución, impugnada por la parte recurrente, se desprende que nos hallamos ante el sobreseimiento libre del artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en dicho precepto se establece que el sobreseimiento debe ser el libre “Cuando el hecho no sea constitutivo de delito”.

En efecto, por el Instructor judicial se consigna, literalmente, en la parte dispositiva de la resolución: “Que no constituyendo los hechos objeto de querrela infracción penal alguna debo acordar y acuerdo el sobreseimiento y archivo de las presentes actuaciones”.

SEGUNDO.- También se solicita la nulidad de la resolución recurrida (en la alegación “PREVIA”) por cuanto considera que existe una falta de motivación en la misma, que centra en que no sólo se denunciaron hechos que podrían ser constitutivos del delito de prevaricación, sino otros hechos que podrían ser constitutivos de otras infracciones penales como malversación de caudales públicos, negociaciones prohibidas, fraude a la administración y tráfico de influencias, sin que sobre esos últimos hechos se haga mención alguna en la resolución ahora apelada. Y con respecto a ellos, la recurrente señala los que se hallarían referidos a expedientes sobre subvenciones internacionales y municipales.

Tanto sobre hechos que podrían ser constitutivos del delito de prevaricación, como sobre los hechos que podrían ser constitutivos de los delitos de malversación, negociaciones prohibidas, fraude a la administración, tráfico de influencias y “otros”, el Instructor judicial de forma genérica concluye que no se aprecia que la conducta “descrita” pueda subsumirse en ninguna de las conductas que nuestro Código Penal tipifica como tales, y ello desde la propia narración de los hechos u operaciones presuntamente ilícitas, y de los documentos, declaraciones y pruebas realizadas. Y añade literalmente: “Así las cosas, y coincidiendo con el Ministerio público que la instrucción gira fundamentalmente alrededor del delito de prevaricación aunque se imputen otros, y que excluido éste la investigación pierde su sentido. . .”.

También el Instructor judicial adiciona como fundamento de su conclusión de que los hechos no son constitutivos de infracción penal la declaración testifical de Carmen Torres conforme declaró que en el desarrollo de su función de Interventora delegada del Ajuntament





de Barcelona: "que ella nunca observó ninguna conducta más allá de meras irregularidades pero que nunca trascenderían al ámbito penal".

Y, finalmente, con respecto a la investigada, ADA COLAU BALLANO, en la resolución que ahora se revisa, dicho Instructor señaló "consta que cuando la investigada tomó posesión de su cargo con alcaldesa del Ayuntamiento delegó parte de sus funciones, entre las que figuraban la de concesión de subvenciones en las diferentes estructuras de las áreas y gerencias, no constando que diera instrucciones o indicación alguna al respecto en dicha materia.

En definitiva, este Tribunal de apelación entiende que, aunque los argumentos suministrados por el Instructor judicial resulten sucintos en atención a la complejidad fáctica y jurídica de los hechos que la parte apelante entiende constitutivos de infracción penal, tales razonamientos son suficientes para que dicha apelante puede ejercitar su defensa en solicitud de la revocación del sobreseimiento acordado, y las partes apeladas, el Ministerio Fiscal y la defensa de la investigada, puedan articular la defensa del sobreseimiento acordado -sobreseimiento libre según hemos indicado, e implícitamente el provisional-, que ellas mantienen en sus respectivos escritos, y este Tribunal pueda efectuar su función revisora con el suficiente conocimiento de causa.

Así pues, desestimamos la pretensión de nulidad formulada por la parte apelante.

TERCERO.- Ante de pasar a valorar las cuestiones de fondo que se plantean en la presente apelación queremos dejar sentado:

1.-Nuestra discrepancia con una de la tesis, sustentada en el Auto apelado y por el Ministerio Fiscal -sobre la que se efectúa remisión en dicha resolución-, conforme la instrucción gira fundamentalmente alrededor del delito de prevaricación aunque se imputen otros, y que excluido éste la investigación pierde su sentido.

Con independencia de lo que concluiremos, en otro momento sistemático, con respecto al delito de prevaricación, debemos recordar que en patologías penalmente relevantes en el ámbito de las administraciones públicas, las infracciones penales como el delito de malversación y de fraude no resultan subsidiarias del delito de prevaricación, es decir pueden ser cometidas incluso sin que se haya cometido el delito de prevaricación, así como a la inversa. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo nº 749/2022 de 13 de septiembre, que declara literalmente:

"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)".

Nótese, además, que esta Sentencia se refiere a hechos cometidos con anterioridad a la reforma del delito de malversación por la Ley Orgánica nº 1/2015, de 30 de marzo, que a nuestro juicio, con la remisión que la nueva redacción efectúa al delito tipificado en el artículo 252 del Código Penal, el ámbito de lo punible ahora resulta más amplio (modalidad de administración desleal, además de la apropiativa).





2.-Nuestra discrepancia con la valoración que efectúa el Instructor judicial de la testifical ya mencionada de Carmen Torres Morales, Interventora Delegada del Ajuntament de Barcelona, por cuanto:

2.1.-La conclusión a la que llegó en el desarrollo de sus funciones, con respecto a aquellos expedientes en que intervino en el ejercicio de sus funciones de interventora, conforme las irregularidades que observó no tenían relevancia penal, no pueden ser tenidas en consideración para resolver sobre si los hechos son constitutivos de infracciones penales, función que corresponde a los jueces y tribunales del orden penal, aunque puedan tenerse en cuenta para valorar, en su caso, la relevancia penal de su conducta.

2.2.-Como veremos y analizaremos más adelante, en sus declaraciones la testigo puedo hallarse condicionada, ya que no resultaría lógico sostener lo contrario, pues si hubiera apreciado infracciones penales no sólo no debería haber efectuado “observaciones”, sino “reparos” con las consecuencias que se dirán en otro momento sistemático, entre las que se halla la suspensión del procedimiento de concesión directa de subvenciones, y, además, se hallaba obligada, en tal caso, a denunciar los hechos.

CUARTO.- No procede acordar el sobreseimiento libre de la causa al amparo de lo dispuesto en el artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Cuando el hecho no sea constitutivo de delito”.

Son muchos los hechos que se relatan en el escrito de querrela cuya presentación tuvo como consecuencia que se acordara la admisión de la querrela, y la incoación del procedimiento, en méritos de Auto dictado por el Instructor judicial en fecha 29 de diciembre de 2021 (folio 467).

Ya adelantamos, a la vista de lo actuado, que a nuestro entender de estos hechos, únicamente consideramos inicial y provisoriamente como posiblemente constitutivos de infracción penal el otorgamiento por parte del Ajuntament de Barcelona de una serie de subvenciones por el procedimiento de concesión directa, es decir sin concurrencia competitiva y pública, de forma recurrente o repetida desde el año 2016 hasta el año 2020, mediante la suscripción de sucesivos convenios plurianuales con las beneficiarias de las subvenciones: ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, cuando así ya se había efectuado con anterioridad por esta propia Corporación Local, en una primera ocasión, en el año 2014, utilizando el mismo procedimiento de concesión de las subvenciones, es decir de forma directa, al amparo de lo dispuesto, en todos esos casos desde el año 2014 hasta el año 2020, en el artículo 22.2 c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones -las correspondientes a los años 2021 y 2022 se efectuaron nominativamente dentro de los Presupuestos anuales de dicha Corporación-. En dicha norma legal se dispone:

“c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública”.





La delimitación de esos beneficiarios, la efectuamos atendiendo no sólo a que son los señalados en la querrela que provoca la iniciación del presente procedimiento, sino que son los que constan agrupados en cada uno de los convenios plurianuales concertados con el Ajuntament de Barcelona en los que figuran entidades como ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS y PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA con las que la propia querrelada, ADA COLAU BALLANO, ha tenido una vinculación o relación estrecha, con anterioridad a que tomara posesión de Alcalde del repetido ayuntamiento, como ella misma admitió en su declaración como investigada, en el primer caso fue trabajadora por cuenta ajena, asalariada, de la misma desde 2007 hasta febrero de 2015, y en el segundo como fundadora, presidenta y portavoz desde 2009 hasta mayo de 2014, en la que según declaró no percibía remuneración alguna.

Consideramos que no debe extenderse a otros beneficiarios aunque también lo hayan podido ser de subvenciones del Ajuntament de Barcelona, mediante el mismo procedimiento de concesión directa recurrente o repetida, por cuanto supondría una investigación o instrucción prospectiva, que no nos corresponde efectuar, salvo en aquellos supuestos de que se produzcan en la instrucción hallazgos de análoga significación a los hechos por los que se sigue la instrucción de la presente causa.

QUINTO.- Para llegar a la conclusión alcanzada en el anterior apartado CUARTO, señalamos lo siguiente:

A.- La citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones:

1.-En su preámbulo consigna:

“Se ha considerado necesario introducir en esta ley de forma expresa un conjunto de principios generales que deben inspirar la actividad subvencional, incluyendo un elemento de planificación, y procurando minimizar los efectos distorsionadores del mercado que pudieran derivarse del establecimiento de subvenciones. Asimismo, y tomando como referencia la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se recogen los principios que han de informar la gestión de subvenciones (igualdad, publicidad, transparencia, objetividad, eficacia y eficiencia), y los requisitos que deben necesariamente cumplirse para proceder al otorgamiento de subvenciones y para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora”.

2.- En el su artículo 8 dispone:

“Artículo 8 Principios generales

1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

2. Cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.

3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) **Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.**

b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.

c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos

públicos”

3.- En el su artículo 9 dispone:

“Artículo 9 Requisitos para el otorgamiento de las subvenciones





1. En aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención, las Administraciones públicas o cualesquiera entes deberán comunicar a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, al objeto que se declare la compatibilidad de las mismas. En estos casos, no se podrá hacer efectiva una subvención en tanto no sea considerada compatible con el mercado común.

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.

4.- En su artículo 22 dispone:

“Art 22

1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

En este supuesto, y sin perjuicio de las especialidades que pudieran derivarse de la capacidad de autoorganización de las Administraciones públicas, la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor. La composición del órgano colegiado será la que establezcan las correspondientes bases reguladoras.

Excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente procederá al prorrateo, entre los beneficiarios de la subvención, del importe global máximo destinado a las subvenciones.

2. Podrán concederse de forma directa las siguientes subvenciones:

a) **Las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales**, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se entiende por subvención prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado aquella en que al menos su dotación presupuestaria y beneficiario aparezcan determinados en los estados de gasto del Presupuesto. El objeto de estas subvenciones deberá quedar determinado expresamente en el correspondiente convenio de colaboración o resolución de concesión que, en todo caso, deberá ser congruente con la clasificación funcional y económica del correspondiente crédito presupuestario.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa.

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

3. No podrán otorgarse subvenciones por cuantía superior a la que se determine en la convocatoria.





De las normas anteriormente consignadas se desprende que para que la concesión de subvenciones se efectúe por procedimiento distinto al de la concurrencia competitiva y pública, que implementa los principios que deben perseguirse en este tipo de concesiones: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, deben poderse incardinar en la excepciones que la repetida Ley se establecen: concesiones nominativas que suponen que deben quedar reflejadas en los Presupuestos anuales, establecidas específicamente en una norma de rango legal, con las garantías que ello supone, siendo aprobadas por el Pleno de la Corporación Local y, finalmente, las de “carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública”.

Para la resolución de la presente apelación nos centraremos en las últimas. Como resulta de la literalidad de la norma, el procedimiento de concesión directa, al amparo del ese apartado c), y que orilla la concurrencia competitiva debe ser utilizado con carácter excepcional, excepcionalidad que debe venir justificada no por el interés público, social, económico o humanitario, que viene exigido para que se conceda cualquier subvención sea cual sea el procedimiento elegido, sino por razones de que no se pueda seleccionar el beneficiario mediante el régimen de concurrencia competitiva.

De ello se desprende necesariamente, a nuestro entender, que esa excepcionalidad que exige el referido artículo 22.2 c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones es incompatible con la recurrencia o repetición que comporta la concesión de la subvención a una misma entidad, y con objetivos y finalidades análogas, año tras año.

Nótese que la propia testigo antes mencionada, Carmen Torres, Interventora Delegada del Ajuntament de Barcelona desde 2015, antes Interventora adjunta -según declaró en su testifical-, escribió un artículo académico publicado el 16 de mayo de 2019 en la web de la Escola d'Administració Pública de Catalunya (EAPC) de la Generalitat de Catalunya, en los siguientes términos literales:

“...
Si és pràctica comuna i general que cada any s'aprovin convocatòries de subvencions, la justificació del procediment de concessió directa té una argumentació difícil, i molt més si es reitera aquest tipus de subvenció per al mateix projecte o activitat any rere any, i per tant passa a ser una subvenció recurrent.

Molt sovint es justifica l'excepcionalitat de la utilització del procediment de concessió directa mitjançant informe tècnic, el qual justifica l'interès públic de la concessió, però no les raons per les quals no es pugui seleccionar el beneficiari mitjançant règim de concurrència, com estableix l'article 22.2.

Si, a aquest fet, li afegim que a vegades els expedients són plurianuals, i que la mateixa entitat ha rebut subvenció pel mateix concepte en anys anteriors, l'excepcionalitat té una argumentació difícil. Aquesta reiteració en la motivació de la justificació fa que l'excepcionalitat perdi la seva naturalesa per dos motius:

El fet que cada any es reiteri la concessió de subvencions pels mateixos projectes/activitats.

El fet que cada any, segurament, l'entitat local aprova l'expedient de convocatòria general de subvencions per les activitats realitzades en tots els àmbits del municipi.

En conclusió, l'excepcionalitat del procediment de concessió directa de les subvencions que regula l'article 22.1.c de la LGS és antagònica amb la recurrència que comporta la concessió de la subvenció a una mateixa entitat any rere any”.

Se cita este artículo para una mejor valoración de la testifical indicada y de su conducta en la concreta función interventora en la concesión de las subvenciones de autos.

B.- Es un requisito esencial que concurra realmente la excepcionalidad exigida por la repetida Ley, en dicho apartado 22.2 c), para que a su amparo se pueda acudir a la concesión directa de las subvenciones (y si las subvenciones son plurianuales mediante convenio), ya que, como ya hemos indicado, esa excepción justifica que se orille el cumplimiento de los





principios fundamentales que rigen la concesión de subvenciones: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

Nótese que los otros supuestos que prevé la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su artículo 22.2, para acudir a la concesión directa, son:

-a) Las previstas nominativamente en los Presupuestos de las entidades públicas, es decir con las garantías reforzadas que toda aprobación de Presupuesto exige, siendo aprobados en caso de Corporaciones Locales por el Pleno del Consistorio municipal, después de seguir el correspondiente trámite, siendo pública y transparente la subvención nominativa antes de su aprobación, y estando a disposición de todos los concejales electos la información correspondiente y pudiendo lógicamente ser debatida la misma por ello de forma pública.

-b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesta a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa. Es decir, también con las garantías y con la publicidad y transparencia propias del mismo.

Nótese que la propia testigo antes mencionada, Carmen Torres, escribió un artículo académico publicado el 16 de diciembre de 2021 en la web de la Escola d'Administració Pública de Catalunya (EAPC) de la Generalitat de Catalunya en los siguientes términos literales:

“El título preliminar de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions (LGS), regula sota la rúbrica "Disposicions generals" els **requisits essencials** de l'atorgament de les subvencions per les administracions públiques, prèvia aprovació de les corresponents bases reguladores, que són les següents:

La competència de l'òrgan administratiu concedent.

L'existència de crèdit adequat i suficient per atendre les obligacions de contingut econòmic que es derivin de la concessió de la subvenció.

La fiscalització prèvia dels actes administratius de contingut econòmic, en els termes establertes en la Llei.

La tramitació del procediment de concessió d'acord amb les normes que resultin aplicables.

L'aprovació de la despesa per l'òrgan competent.

Se cita este artículo para una mejor valoración de la testifical indicada y de su conducta en la concreta función interventora en la concesión de las subvenciones de autos. Nótese que en su declaración mantuvo que no era un requisito esencial porque en caso contrario hubiera efectuado “reparo” y no “observación” como hizo.

En apoyo de esa conclusión de que es un requisito esencial el concreto procedimiento elegido para la tramitación de la concesión de subvenciones de forma directa, es decir sin concurrencia pública, traemos a colación la doctrina de Tribunal Supremo establecida en su Sentencia, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio de 2012 (en análogo sentido la Sentencia del mismo Tribunal y Sala nº 306/2021, de 4 de marzo):

“TERCERO.- A la vista de las alegaciones de las partes, del acto impugnado y de las consideraciones que efectúa la sentencia de instancia, entendemos que procede estimar el primer motivo de impugnación.

Efectivamente, el artículo 8.1 de la ya citada Ley General de Subvenciones establece: «1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria».

De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico.

Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada.





Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:

« 3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

Es decir, la propia norma -y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad- alude a los objetivos de transparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia.

Es claro, por no ser ni siquiera discutido en el proceso, que dicho Plan Estratégico no ha sido elaborado por lo que procede, pues, estimar el primer motivo de impugnación y, con ello siendo innecesario examinar el segundo, estimar el recurso y decidir la cuestión litigiosa en primera instancia”.

En definitiva, a nuestro entender, lo que eleva a requisito esencial -seguir un determinado procedimiento para la concesión de una determinada subvención-, es precisamente la persecución de los objetivos de: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, que desde luego no se cumplen, prácticamente en su totalidad, en el caso del procedimiento de concesión directa.

SEXTO.- Los hechos de autos se refieren concretamente a aquellos que tuvieron lugar a partir de que la investigada, ADA COLAU BALLANO, tomó posesión del cargo de Alcaldesa del Ajuntament de Barcelona, es decir desde el año 2015, no obstante para una mejor comprensión de nuestros razonamientos incluiremos el primer convenio plurianual que se concertó en el año 2014 por dicha Corporación local con las entidades ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES y que tenía como objeto la concesión de subvenciones a las mismas.

En este momento sistemático debemos hacer la precisión que este Tribunal no valorará en esta resolución si las subvenciones concedidas cumplen los principios de: b) eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante, y c) eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos” reflejados como ya hemos consignado en el artículo 8.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, ni tampoco criterios de oportunidad, sin perjuicio de que al acordarse la continuación de la fase de instrucción se puedan investigar si se cumplen, al constituir en su caso elementos a valorar tanto en relación al delito de prevaricación como en otras infracciones penales como la de malversación.

Siguiendo el orden cronológico, con respecto a los convenios en los que se conceden subvenciones plurianuales a las entidades ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA y ENGINYERIA SENSE FRONTERES (dichas entidades se presentaron como entidades agrupadas, es decir no existe un convenio por cada una de ellas, sino sólo uno que las engloba), constan los siguientes convenios:

1.- Convenio plurianual referido a los años 2014, 2015 y 2016, con plazo de ejecución de 1.9.2014 a 31.8.16:





1.1.- El total de la subvención solicitada, para todas estas anualidades: 240.000.-€, con un porcentaje de financiación de la subvención en relación al coste total del proyecto del 79,73%.

1.2.- Procedimiento de concesión directa y con carácter excepcional (expediente 20140645).

1.3.- Aprobación del convenio regulador de la subvención otorgada al proyecto en fecha 26 de noviembre de 2014, por la Comisión de Gobierno.

1.4.- En fecha 19 de noviembre de 2014 se incorpora informe de fiscalización de la subvención (fiscalización previa limitada).

De acuerdo con dicho informe suscrito por la Interventora Adjunta Carmen Torres Morales, se señala que: A la vista del artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, el importe que el Ajuntament soportará ha de conceptuarse como una subvención y, en concreto, una subvención directa, y que de acuerdo con el artículo 22.2 c) de la LGS, las subvenciones directas pueden concederse, con carácter excepcional, cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otros debidamente justificados que dificulten su convocatoria pública. (este informe consta en el pen "Kingston" unido entre los folios 732 y 733)

2.- Convenio plurianual referido a los años 2016, 2017 y 2018 con plazo de ejecución de 1.9.16 a 31.8.2018:

2.1.- El total de la subvención solicitada, para todas estas anualidades: 324.600.-€, con un porcentaje de financiación de la subvención en relación al coste total del proyecto del 77,23%.

2.2.- Procedimiento de concesión directa y con carácter excepcional (Convenio 16S14345/expediente 20160513).

2.3.- Aprobación del convenio regulador de la subvención otorgada al proyecto en fecha 29 de diciembre de 2016, por la Comisión de Gobierno.

2.4.- En fecha 21 de diciembre de 2016 se incorpora informe de fiscalización de la subvención, que incluye la recomendación en el sentido de incluir esta subvención como subvención nominativa en el presupuesto de la corporación.

De acuerdo con dicho informe suscrito por la Interventora Delegada Carmen Torres Morales se señala lo siguiente: No obstante, en relación a la concesión directa de esta subvención en base al apartado c) del nº 2 de la Ley General de Subvenciones (LGS), debe tenerse en cuenta que esta subvención se va repitiendo desde hace años y por lo tanto, su carácter excepcional no parece justificado. En cualquier caso y en atención a su carácter recurrente y constando en el expediente el interés público y la imposibilidad de concurrencia pública, su concesión directa se habría de fundamentar en el apartado a) del nº 2 del artículo 22.2 de la LGS y, por tanto, debería figurar de forma nominativa en los Presupuestos de la corporación. Teniendo en cuenta las prestaciones del proyecto a desarrollar y que los gastos en retribución de personal suponen un 73% del coste total del proyecto, este podrá tener naturaleza contractual y por





lo tanto, se debería regular por lo que dispone la Disposición Adicional 2ª del Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo. (este informe consta en el pen “Kingston”)

Nótese, sobre este último aspecto de dicho informe, que la Administración, en el desarrollo de la actividad de fomento, cuando subvenciona, busca fomentar o promocionar una actividad privada para que ésta converja con el interés público y general, y si la actividad que concretamente se subvenciona es la única que efectúa la entidad subvencionada, y, además, el monto económico de la subvención representa un importante porcentaje del coste de su estructura, nos encontraríamos que se estaría financiando su estructura y con ello su naturaleza jurídica no sería la propia de la subvención sino la contractual que tiene otra regulación.

3.- Convenio plurianual referido a los años 2018, 2019 y 2020 con plazo de ejecución de 1.1.18 a 31.12.2020:

3.1.- El total de la subvención solicitada, para todas estas anualidades: 324.600.-€, con un porcentaje de financiación de la subvención en relación al coste total del proyecto del 80%.

3.2.- Procedimiento de concesión directa y con carácter excepcional (Codi subvencio 18S16530/expediente 20180411).

3.3.- Aprobación del convenio regulador de la subvención otorgada al proyecto en fecha 24 de diciembre de 2018, por la Comisión de Gobierno.

3.4.-En el mismo pen Kingston (pen Kingston/Secretaria General/expediente 3 página 157) obra informe del Departamento de Serveis Jurídics Exp. 20180411, firmado por la Asesora Jurídica Dolors Ibáñez Cantón, en fecha 13 de diciembre de 2018, en el que en el apartado 7 se consigna:

De la propia memoria justificativa se desprende que el proyecto es excepcional, pero si éste ha estado subvencionado en los ejercicios anteriores para el mismo proyecto se pondría en duda la excepcionalidad de la actividad a subvencionar, y por lo tanto debería vehicularse su tramitación a través del procedimiento de concurrencia competitiva del artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Y en este sentido debe tenerse presente que la convocatoria general de subvenciones del Ajuntament de Barcelona contempla de manera complementaria a los proyectos específicos de distrito, ayudas a actividades que se incluyen en los 27 ámbitos de ciudad que prevé la misma convocatoria.

3.5.-En el mismo pen “Kingston” la Intervención hace constar (no se halla firmado) que en el informe emitido el 21 de diciembre de 2018, en relación al contrato nº 18S16530: “Conveni Ass Observatori Drets Humans (DESC) projecte “Drets d'habitatge”:

Teniendo en cuenta que la entidad beneficiaria es (ilegible), a la vez contratista del Ajuntament, se habría de verificar que la subvención otorgada no se destina a financiar recursos aportados por la entidad para ejecutar los contratos que tiene formalizados.





Además, teniendo en cuenta que las prestaciones del proyecto desarrollado y que los gastos directos en retribuciones o para servicios personales suponen aproximadamente un 70,70% del total coste del proyecto, éste podría tener naturaleza contractual y por lo tanto, se habría de regular por las disposiciones contenidas en la LCSP.

En cuanto a la concesión de esta subvención en base al apartado c) del nº 2 del artículo 22 de la Ley General de Subvenciones, debe tenerse en cuenta que esta subvención se repitió ya, al menos, el año pasado y por lo tanto, su carácter excepcional no parece justificado.

En cualquier caso y en atención a su carácter recurrente y constando en el expediente el interés público y la imposibilidad de concurrencia pública, su concesión directa se habría de fundamentar en el apartado a) del nº 2 del artículo 22.2 de la LGS y, por tanto, debería figurar de forma nominativa en los Presupuestos de la corporación.

No obstante, en el interrogatorio efectuado por la defensa de la investigada, se le exhibió un informe de fiscalización, firmado por ella, en el mismo Convenio/Subvención de la misma fecha, 21 de diciembre de 2018, en el que no se efectúa “observación” alguna. (pen Kingston/Secretaria General/expediente 3 página 160).

4.- Convenio plurianual referido a los años 2020, 2021 y 2022 con plazo de ejecución de 1.9.20 a 31.8.2022:

4.1.- El total de la subvención solicitada, para todas estas anualidades: 324.600.-€, con un porcentaje de financiación de la subvención en relación al coste total del proyecto del 80%.

4.2.- Procedimiento de concesión directa con carácter excepcional, damos por supuesto que es directa, (Convenio 20XC0381/expediente 20200555), salvo la referida a 2021 y 2022.

4.3.- Aprobación del convenio regulador de la subvención otorgada al proyecto en fecha 31 de diciembre de 2020, por delegación expresa en la cuarta teniente de la alcaldía efectuada el 28 de diciembre de 2020 en relación a la tramitación administrativa de expedientes de la referida área.

4.4.- En fecha 31 de diciembre de 2020 se incorpora informe de fiscalización de la subvención (fiscalización previa limitada).

4.5.- En el informe del Departament de Serveis Jurídics del Àrea de Drets Socials, Justícia Global, Feminisme i LGTBI (que no se halla firmado, consta (página 54), lo siguiente:

Séptimo.- Las razones de interés público y social, así como el carácter excepcional y la singularidad de la actividad a subvencionar que dificulten su tramitación mediante el procedimiento ordinario en régimen de concurrencia competitiva habría de justificarse, a la vista de lo previsto en el artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en la memoria justificativa emitida por la Dirección de Innovación Social que consta en el expediente.





Sin embargo, no corresponde a este Departamento de Servicios Jurídicos la valoración de la corrección técnica y argumental de la motivación de la memoria justificativa, sino la constatación de su existencia, a los efectos que prevé la normativa de subvenciones y el artículo 50 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público.

4.5.- Las anualidades correspondientes a los importes de los ejercicios 2021 y 2022 constan en los presupuestos municipales respectivas como subvención nominativa.

SÉPTIMO.- A la vista de las subvenciones concedidas a las entidades agrupadas ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, que hemos relacionado en el anterior apartado SEXTO, y teniendo en cuenta lo declarado por la testigo Carmen Torres Morales, interviniendo en el primer convenio referido a las anualidades 2014, 2015 y 2016, como Interventora Adjunta, y en las restantes subvenciones como Interventora Delgada, llegamos a la provisional conclusión, propia de la fase procesal en que nos hallamos, que con la aprobación de las subvenciones (convenios) se infringía la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al seguirse para su concesión el procedimiento de concesión directa, en lugar del ordinario de concurrencia competitiva y pública mediante la correspondiente convocatoria, pues con ello se orilló la materialización de los principios ya indicados de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, ya que como señala el artículo 22.1 de la citada Ley:

“1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios”.

Y, a nuestro juicio, como ya hemos adelantado y razonado, ello supone el incumplimiento de un requisito esencial que lógicamente debería haber supuesto la denegación de las subvenciones solicitadas correspondientes a las anualidades 2016 y siguientes, hasta la anualidad 2020, ambas inclusive, ya que la correspondiente a los años 2021 y 2022 como se indica en anterior apartado SEXTO subapartado 3.5: Las anualidades correspondientes a los importes de los ejercicios 2021 y 2022 constaron en los presupuestos municipales respectivos como subvención nominativa.

A pesar de esa ilegalidad, a nuestro entender y de forma provisoria, concluimos que dichas subvenciones pasaron los controles previstos legalmente de los informes jurídicos, de intervención, las decisiones del órgano administrativo gestor, y finalmente de la decisión de la Comisión Permanente del Ajuntament de Barcelona.

Ello supondría, también afirmado de forma provisional, las correspondientes consecuencias en el orden administrativo, que podrían suponer la declaración de su nulidad. No obstante, nos centrarnos en su valoración jurídico penal.





También se podrían haber producido otras infracciones de las normas legales, e irregularidades, en el procedimiento como pueden ser la ya señalada en el informe de la Intervención (pen Kingston) que los gastos directos en retribuciones o para servicios personales suponían aproximadamente un 70,70% o superior del total coste del proyecto y por ello éste podría tener naturaleza contractual y por lo tanto, se habría de regir por las disposiciones contenidas en la LCSP.

Por otro lado, consta en el Documento nº 4 aportado mediante DVD obrante al folio 501: Pla Estratègic de Subvencions 2021-2023, sin que se hayan aportado el referido a años anteriores. En caso de no existir ese plan estratégico previo a las subvenciones concedidas en años anteriores, ello supondría también el incumplimiento de un requisito esencial como indica la Sentencia del Tribunal Supremo ya citada.

En cualquier caso, a nuestro juicio, como desarrollaremos en otro apartado, el incumplimiento que puede tener relevancia penal es el conceder de forma recurrente, reiterada, subvenciones de forma directa.

Sobre los controles ya mencionados, tiene especial interés el de la Intervención, efectuada por la Interventora Delegada Carmen Torres Morales. Sobre el mismo testificó ante el Instructor judicial.

La consecuencia de informar con “reparo” es efectivamente la señalada por la expresada Interventora. En este sentido cabe señalar lo dispuesto en los artículos 215 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que dispone:

“Artículo 215 Reparos

Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución.

Artículo 216 Efectos de los reparos

1. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o liquidación de derechos a favor de las entidades locales o sus organismos autónomos, la oposición se formalizará en nota de reparo que, en ningún caso, suspenderá la tramitación del expediente.

2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquél sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
- c) **En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.**
- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Como resulta de este último precepto legal, 216.2 c) entendemos que al haberse omitido en el expediente que se tramitara la subvención por el procedimiento de concurrencia competitiva, a nuestro juicio, y también provisoriamente, la referida Interventora debería haber formulado un “reparo” con las consecuencias ya señaladas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 del mismo texto legal:

“Artículo 217 Discrepancias





1. Cuando el órgano a que afecte el reparo no esté de acuerdo con este, corresponderá al presidente de la entidad local resolver la discrepancia, siendo su resolución ejecutiva. Esta facultad no será delegable en ningún caso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, corresponderá al Pleno la resolución de las discrepancias cuando los reparos:

- a) Se basen en insuficiencia o inadecuación de crédito.
- b) Se refieran a obligaciones o gastos cuya aprobación sea de su competencia.

La referida Interventora dijo en su declaración que únicamente efectuó “observaciones” sobre el procedimiento de concesión directa, en lugar de “reparos” porque, a su juicio, no era un requisito esencial, lo que supuso que no quedara suspendido el procedimiento hasta que se llevara a cabo un proceso contradictorio con el órgano administrativo gestor, añadiendo que de todas formas prevalecería el criterio de éste (minuto 6 de la última grabación de esa testifical).

Ello parece incompatible con lo dispuesto en el artículo 217.1 del referido texto legal, ya que, aunque es cierto que no puede imponer su criterio en caso de “reparo”, también lo es que quien tiene la competencia para resolver la discrepancia entre la Interventora y el órgano gestor es el Presidente de la entidad local, facultad que no puede delegar, es decir debería haber sido la investigada.

OCTAVO.- En este momento sistemático debemos valorar si los hechos que hemos delimitado en apartados anteriores pueden ser constitutivos de delito, y en especial del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal que dispone:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de nueve a quince años”.

El Tribunal Supremo tiene declarado, sobre este tipo penal, en su Sentencia nº 749/2022, de 13 de septiembre, literalmente lo siguiente:

“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 una 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 custodia 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"

También es de interés traer a colación, en cuanto a la vulneración del procedimiento, lo declarado por el mismo Tribunal Supremo, en las siguientes resoluciones:

- Sentencia nº 797/2015, de 24 de noviembre, que literalmente declara:

"En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal de la Alcaldesa, y su deseo imperiosos de adjudicar a la empresa TISA la subvención máxima, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para valoración de la puntuación correspondiente a dicha empresa, forzando un informe favorable y finalmente falsificándolo, burlando totalmente los controles prevenidos para optimizar el gasto de los fondos públicos, e incurriendo en un absoluto desprecio de los procedimientos administrativos, establecidos precisamente para velar por el gasto responsable de los fondos públicos"

- Sentencia nº 605/2013, de 8 de julio, que literalmente declara:

"CUARTO.- Con amparo en el art. 849-1º LECr ., en el ordinal correlativo, denuncia infracción de los art. 404 en relación al 11 del C. Penal .

1.Referidos igualmente a las obras de la Casa consistorial, aduce que no se dan las exigencias legales para responsabilizarle por la modalidad delictiva de comisión por omisión, ya que no existe un específico y determinado deber de actuación, legal o contractual, del alcalde recurrente, cuya omisión equivalga a la acción tipificada en el art. 404 C.P .

Acepta que conforme al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala (30 de junio de 1997) es posible esta modalidad comisiva en el delito de prevaricación, refiriendo como respaldo argumentativo la S.T.S. de 5 de enero de 2001 .

2.Reconocida esta modalidad comitiva por la Sala, la posición de garante del alcalde es indudable, basándonos en su propia declaración. Como tal alcalde solo él posee todo el cúmulo de obligaciones inherentes al cargo, las que precisamente por ejercerlas, las conocía y abiertamente incumplió. Al superar el presupuesto de las obras el 20 % omitió convocar a nueva licitación, y no solo eso, sino en lugar de hacerlo se abstuvo de cualquier acuerdo o pronunciamiento, posibilitando con ello el comienzo y continuación de las obras de espaldas a la ley con elusión de las comunes obligaciones de contratación administrativa.





El alcalde debió ordenar la suspensión inmediata de las obras, tan pronto tuvo conciencia del desaguado que se proyectaba, actuando de conformidad a la Ley del Suelo de 1976 y del Reglamento de Disciplina Urbanística (R.D 2187/78), y de las facultades que como Presidente de la Corporación ostenta, pero lo cierto es que conscientemente consintió en la ilegalidad, precisamente porque también la propiciaba con su inacción. Esa pasividad produjo el efecto de la flagrante ilegalidad cometida. El art. 404 en relación al 11 C.P. ha sido correctamente aplicado. El motivo ha de claudicar”.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora consignado en estos razonamientos jurídicos y la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo del delito de prevaricación cometida por autoridad o funcionario público, concluimos que los hechos, tal como los hemos delimitado, pueden ser constitutivos de un delito de prevaricación en el que puede haber tenido participación la investigada, o incluso otras personas sobre las que no se ha dirigido la causa contra ellas como investigadas, y sin perjuicio de que se puedan haber cometido otros delitos, lo que debe tener como consecuencia la revocación del acuerdo de sobreseer libremente la causa, que se contiene en la resolución apelada.

NOVENO.- A continuación, debemos resolver sobre si procede, en su lugar, acordar el sobreseimiento provisional previsto en el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con respecto a la investigada: ADA COLAU BALLANO.

Adelantamos ya nuestra conclusión de que no se puede descartar, en el momento procesal en que nos hallamos, que la referida investigada haya podido participar en la comisión de infracciones penales por las que se le investiga en la presente causa, y teniendo en cuenta que debe proseguirse el procedimiento de investigación e instrucción de la causa, que además que es compleja, no entendemos que concurra el presupuesto contemplado en el artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que hubiera determinado acordar el sobreseimiento provisional.

Nos referimos únicamente a esa investigada y no en relación a otras personas, por cuanto en el momento en que se dictó el Auto apelado no se había investigado a otras, aunque tampoco se puede descartar que hubieran podido participar en los hechos. Nótese, que de lo que hasta aquí se ha expuesto, quienes hayan llevado a cabo la gestión de los expedientes de subvención objeto de la presente causa, el denominado órgano gestor, pudieron haber decidido desestimar inicialmente las propuestas de las entidades beneficiarias en cuando éstas solicitaron por segunda vez, y siguientes, de forma recurrente, reiterada, la concesión de subvenciones plurianuales por el trámite excepcional de concesión directa, sin concurrencia competitiva, y también, posteriormente, lo podrían haber decidido en el mismo sentido, ante las “observaciones” que habían efectuado la Interventora y la asesora jurídica del área, ya señaladas con anterioridad; y también la propia Interventora que en lugar de emitir “observaciones”, a nuestro juicio, debería haber emitido “reparos” lo que hubiera supuesto la suspensión temporal del procedimiento, y abierto un proceso contradictorio, con decisión del mismo por la investigada como Alcalde del Ajuntament de Barcelona, sin posible delegación.

Para sustentar nuestra conclusión, de que no procede acordar el sobreseimiento provisional, con respecto a la referida investigada, debemos valorar lo siguiente:





A.- ADA COLAU BALLANO, tuvo una vinculación o relación estrecha, con anterioridad a que tomara posesión de Alcalde del repetido ayuntamiento, como ella misma admitió en su declaración como investigada, en ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS (DESC) pues fue trabajadora por cuenta ajena, asalariada, desde 2007 hasta febrero de 2015, y en PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA (PAH) como fundadora, presidenta y portavoz desde 2009 hasta mayo de 2014, en la que según declaró no percibía remuneración alguna.

Debe tenerse en cuenta que siendo entidades con poca estructura, al menos cuando ella tenía la indicada vinculación, es de todo punto razonable concluir que conocía que una fuente relevante de financiación de las misma había sido, a partir del año 2014, el convenio regulador de subvenciones para los años 2014, 2015 y 2016, aprobado en fecha 26 de noviembre de 2014, por la Comisión de Gobierno del Ajuntament de Barcelona, y que se concedían directamente sin concurrencia competitiva pública, por tener carácter excepcional, por ser inicialmente difícil acudir a la concurrencia competitiva pública.

Lógicamente, resulta razonable que supiera que las referidas entidades seguirían solicitando en el futuro, para anualidades a partir del mismo 2016, subvenciones con carácter recurrente.

B.- Ya en la citada primera concesión de subvenciones para 2014 a 2016, la solicitud fue efectuada de forma agrupada, actuando conjuntamente: ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, por lo que lógicamente los proyectos presentados por esa agrupación tenía relación con diversos ámbitos en que la administración local podía desarrollar una de sus actividades, la de fomento, ello podía justificar en el 2014 que se acudiera a la contratación directa al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.2 c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, teniendo en cuenta que al ser la primera vez que se interesaban podía haber dificultad para realizar convocatoria con concurrencia competitiva y pública, pues difícilmente se podían obtener de forma urgente proyectos de tal amplitud por otras entidades. No obstante, a partir de ese primer convenio, para las siguientes anualidades, a partir de 2016, inclusive, había tiempo suficiente, desde el año 2014 para preparar convocatorias con concurrencia competitiva y pública, que materializara los principios ya repetidos de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación, mediante convocar varios concursos anuales, o incluso plurianuales, uno por cada una (o por más de una) de las actuaciones a las que las entidades beneficiarias se obligaban y que inicialmente en el año 2014 había quedado agrupado en una única concesión directa.

Nótese, que los convenios de constante referencia, bajo el Objetivo General de garantizar el derecho a una vivienda digna y a una segunda oportunidad a las personas afectadas por las ejecuciones hipotecarias y desahucios por motivos económicos, posteriormente adicionando el objetivo de garantizar el derecho al consumo de energía o agua, se establecían una serie de actuaciones relativas al asesoramiento, apoyo psicosocial, atención a los impagos, todos ello a los afectados, además de negociación colectiva y formación, es decir era posible separar esas actuaciones procediendo a efectuar varias convocatorias por





cada una (o más de una de las referidas actuaciones), a fin de facilitar que a las convocatorias de concurrencia competitiva pública se pudieran presentar otras entidades ya creadas o de nueva creación para participar en ellas.

En todo caso, a mayor abundamiento, debemos señalar que hasta que no se efectúa una convocatoria de concurrencia competitiva pública no se puede conocer con seguridad que no van a concurrir más entidades interesadas. En el caso de que con relación a un concreto proyecto convocado, con concurrencia competitiva pública, no hubieran interesados, siempre cabía la posibilidad de acudir a la concesión nominativa incluyéndolo en el Presupuesto anual de la Corporación Local con las garantías que ello suponía su aprobación por el Pleno del Consistorio.

La forma de operar escogida, como ocurre en el caso de autos, con agrupación de proyectos y de beneficiarios de la subvención, tiene como consecuencia, buscada o no de propósito, que podía servir de justificación para que se orillase el procedimiento ordinario de concurrencia competitiva pública en una primera ocasión (2014), no podía servir para justificar las siguientes concesiones de forma recurrente y repetitiva en el tiempo.

C.- De la lectura del “Informe evolución subvencions otorgades per l'Ajuntament de Barcelona i ens dependents 2014-2020 per tipologies de subvencions”, emitido por la Gerencia de Recursos de dicha corporación local (DVD doc 3 al folio 501), resulta claro:

-Un incremento de subvenciones desde el año 2014: 55.417.805.-€, hasta el año 2019: 67.175.902 (en el año 2020: 76.952.401.-€).

-Una reducción, desde el año 2015 hasta el año 2020, de las subvenciones excepcionales al amparo del artículo 22.2.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, es decir directas no nominativas.

En este sentido, la declaración de la investigada conforme ello fue consecuencia de la política del gobierno municipal, que denota, desde luego, una correcta gestión, ya que con ello se cumple con los repetidos principios que deben presidir la concesión de subvenciones.

No obstante, llama la atención que esa política no haya afectado a las entidades ya mencionadas ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, máxime cuando, como hemos indicado, había tiempo suficiente para que con respecto a las anualidades 2016 y siguientes se hubiera preparado la convocatoria o convocatorias -anual o plurianual- en concurrencia competitiva pública, optando por la recurrencia, repetición, en la concesión directa.

D.- En el documento “Notes sobre el funcionament de la Comisión de Govern de l'Ajuntament de Barcelona” emitido por la Secretaria General del Ajuntament de Barcelona (aportado como Documento nº 6 en DVD unido al folio 501), se desprende que es una práctica normal y legal la delegación del poder resolutorio administrativo que originariamente ostenta el/la Alcalde/sa en la Comisión de Gobierno.





Precisamente la facultad de aprobar subvenciones es una de ellas.

En dichas “Notas” se consignan literalmente que:

“2.-En directa correspondencia amb aquesta naturalesa política, la composició de la Comissió de Govern està reservada a membres electes de la Corporació Municipal, nomenats i cessats lliurement per l'Alcaldeessa que la presideix”.

De ello se colige que la investigada en todo caso tenía, al tiempo de los hechos, facultades sobre la composición de dicha Comisión de Gobierno, en la que no se hallaban miembros de los partidos políticos que se hallaran en la oposición. Según lo declarado, como testigo, por la Interventora, en dicha Comisión se hallaban miembros de la formación política de la investigada y del PSC.

E.- Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso citando el Decreto de Fiscalía de archivo de las Diligencias de investigación referidos a los mismos hechos por los que se sigue la presente causa, la investigada tenía el deber de abstenerse por el motivo contemplado en el apartado e) del artículo 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:

“Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar”.

Este motivo de abstención concurriría cuando en el año 2016 se aprobó en fecha 29 de diciembre de 2016, por la Comisión de Gobierno, que presidía, la subvención plurianual a la que se ha hecho mención en el anterior apartado SEXTO (1.3), en relación a ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS (DESC) ya que fue asalariada en dicha entidad hasta febrero de 2015, según sus propias manifestaciones como investigada.

En la letra a) del mismo precepto también es motivo de abstención tener interés personal en el asunto.

La investigada en su declaración mantuvo que considera que no tenía interés en la concesión de las referidas subvenciones.

En el mismo sentido que el Ministerio Fiscal, este Tribunal no considera que esa falta de abstención, por sí sola, deba tener consecuencias, y menos penales, sin perjuicio de que pueda ser valorada como un elemento más para adoptar la conclusión que alcanzamos en la presente resolución.

Debemos añadir que la investigada, en su declaración ante el Instructor judicial, mantuvo que en las reuniones de la Comisión de Gobierno que presidía, se hallaba presente el Secretario General de la Corporación, por lo que ella estaba en la confianza de que no había impedimentos legales, y que los expedientes de concesión de subvenciones no tenían reparos porque ni no hubiera sido así, éste lo hubiera advertido. No obstante, también añadió que no había debate jurídico sobre la legalidad de las subvenciones, pero sí podía haberlo político, pues una de las finalidades de las reuniones de dicha Comisión era que todos sus integrantes tuvieran conocimiento de lo que se iban a aprobar, por lo que también de las subvenciones





que se iban a conceder por la misma, de lo que se colige que la investigada sí tenía también ese conocimiento previo, antes de la aprobación, de qué subvenciones se otorgarían y por ello qué entidades se beneficiaban.

DÉCIMO.- Sentado lo anterior, a nuestro juicio, la investigada debía ser conocedora de que ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, seguirían solicitando subvenciones de forma recurrente y repetida -después de que ella se desvinculara de las dos primeras-, y que ello se produciría durante su mandato como Alcaldesa, y que se efectuaría mediante concesión directa, es decir sin concurrencia competitiva pública, lo que suponía orillar la materialización de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación que debe regir de forma ordinaria tales subvenciones, lo que se produjo desde el año 2016 hasta el 2020, ambos inclusive, ya que no fue hasta el año 2021 y 2022 que figuraron como subvenciones nominativas en el Presupuesto del Ajuntament de Barcelona, siendo dichos principios claramente interiorizados por la investigada, pues en su mandato, como hemos indicado, se redujeron las subvenciones de concesión directas al amparo del supuesto excepcional. Tal forma de otorgamiento se produjo de forma repetida contando con la aprobación de la Comisión de Gobierno que ella presidía, en la que en lugar de abstenerse en la primera decisión de ese órgano de gobierno de dicha corporación local, o de informar a los miembros de dicha comisión de que, al menos en apariencia podía haber una colisión de intereses, lo que hubiera supuesto un examen más profundo de las circunstancias de las referidas concesiones por parte de los restantes miembros de dicha Comisión, teniendo en cuenta que por el volumen de decisiones que la misma debe adoptar, tales miembros difícilmente podían percatarse de la ilegalidad de las decisiones que adoptaban, máxime cuando en el expediente constaban las “observaciones” ya consignadas (cuando a nuestro juicio debían ser “reparos” de la Interventora) y de la asesora jurídica de la Gerencia de Drets Socials.

Así pues, este Tribunal considera que existen suficientes elementos para no descartar su participación en los hechos de autos que podrían ser constitutivos de delito, principalmente el de prevaricación, si se confirmara finalmente a lo largo de este procedimiento la comisión de infracciones penales, manteniéndose desde luego la presunción de inocencia en su actuación en estos hechos hasta que pudiera resultar lo contrario, pudiendo seguir ejercitando su derecho de defensa con total plenitud al mantener la condición de investigada.

En definitiva, no procede acordar el sobreseimiento provisional de esta causa, debiéndose acordar su continuación a fin de que se sigan investigando los hechos y sus participes, con la práctica de las diligencias de prueba que se dirán, y las que considere el Instructor judicial oportuno acordar dentro de los términos de la presente resolución, y pudiendo éste también acordar la prórroga de la investigación al amparo de lo dispuesto en el artículo 324 del Código Penal si así lo considera procedente, todo ello con libertad de criterio.

UNDÉCIMO.- Debemos recordar en primer lugar que el Instructor judicial puede acordar de oficio las diligencias que estime conveniente con libertad de criterio, que, lógicamente, como consecuencia del dictado de la presente resolución se hallarán dirigidas, al menos





inicialmente, a investigar los hechos según han quedado delimitados en ésta y a sus partícipes, incluso aunque no tengan la condición de investigados.

Además, concluimos que las diligencias interesadas en su día por la parte apelante, y que finalmente fueron desestimadas por el Instructor judicial en sus resoluciones, siendo la última el Auto de fecha 25 de junio de 2022, que resolvió el recurso de reforma interpuesto por ella contra el Auto de 2 de mayo de 2022 y la Providencia de 4 de mayo de 2022, no deben ser objeto de la presente apelación pues la recurrente se aquietó y no consta hubiera formulado en relación a las mismas recurso de apelación.

Resta resolver sobre las diligencias interesadas por la apelante en su recurso de apelación, y en este sentido consideramos pertinentes y necesarias sólo las solicitadas y señaladas en el escrito de formalización del recurso de apelación con los apartados 2, 3, 4 y 5 (el 5 únicamente en relación a los expedientes, que no obren ya en la causa, relativos a otras subvenciones, que pudieran haberse otorgado también a las entidades ASSOCIACIÓ OBSERVATORI DRETS ECONÒMICS, SOCIALS I CULTURALS, PLATAFORMA D'AFECTATS PER LA HIPOTECA, ALIANÇA CONTRA LA POBRESA ENERGÈTICA Y ENGINYERIA SENSE FRONTERES, entre los años 2020 a 2021, ambos inclusive).

Por todo lo expuesto, se estima parcialmente el recurso de apelación en el sentido de revocar la resolución recurrida y los sobreseimientos acordados, explícita o implícitamente, es decir tanto el libre como el provisional, debiéndose continuar el procedimiento, en la fase en que se hallaba antes de su dictado, a fin de que se sigan investigando los hechos y sus partícipes, con la práctica de las diligencias de prueba expresadas, y las que considere el Instructor judicial oportuno acordar dentro de los términos de la presente resolución, y pudiendo éste también acordar la prórroga de la investigación al amparo de lo dispuesto en el artículo 324 del Código Penal si así lo considera procedente con libertad de criterio.

DUODÉCIMO.- Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

HA LUGAR a estimar PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de ASOCIACIÓN PARA LA TRANSPARENCIA Y LA CALIDAD DEMOCRÁTICA contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 21 de los de Barcelona con fecha 26 de junio de 2022, y en su consecuencia se REVOCA PARCIALMENTE la resolución recurrida y los sobreseimientos acordados, explícita o implícitamente, es decir tanto el libre como el provisional, debiéndose continuar el procedimiento, en la fase en que se hallaba antes de su dictado, a fin de que se sigan investigando los hechos y sus partícipes, con la práctica de las diligencias de prueba expresadas, y las que considere el Instructor judicial oportuno acordar dentro de los términos





de la presente resolución, y pudiendo éste también acordar la prórroga de la investigación al amparo de lo dispuesto en el artículo 324 del Código Penal si así lo considera procedente con libertad de criterio.

Se declaran las costas de la presente apelación de oficio.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, y remítanse las diligencias al Juzgado de Instrucción de procedencia a los efectos legales oportunos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

