

AL FISCAL SUPERIOR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Luis Escribano del Vando y Eduardo Maestre Cuadrado, mayores de edad, con DNI 28865592V y DNI 28697283E, respectivamente, con dirección a efectos de notificaciones en calle Sócrates, núm. 1, Bloque 14, 2º A, código postal 41927, Mairena del Aljarafe (Sevilla), actuando en sus propios nombres y Derecho, y como mejor proceda en Derecho, **DECIMOS:**

Que hemos tenido conocimiento de determinados hechos a través de publicaciones de instituciones y organismos públicos, incluso publicaciones oficiales, así como de noticias publicadas en medios de comunicación, que presuntamente podrían ser constitutivos de infracciones penales.

Que entendemos que es un deber de la Fiscalía actuar con el fin de 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, así como procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (art. 124.1 CE), debiendo actuar en defensa de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos de Andalucía, de conformidad, entre otros, con los artículos 9.1 Y 3, 103 y 148.1.18 de la Constitución.

Que por todo ello, a través del presente escrito se pone en su conocimiento los siguientes

HECHOS

CONCESIÓN DE SUBVENCIONES Y OTRAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR AGENCIAS PÚBLICAS EMPRESARIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, INCLUIDA LA LIQUIDACIÓN DE TRIBUTOS POR LA AGENCIA TRIBUTARIA DE ANDALUCÍA, E INACCIÓN DE LAS INSTITUCIONES QUE HAN DE VELAR POR LA LEGALIDAD.

Las Agencias Públicas Empresariales y de Régimen Especial de la Junta de Andalucía, tales como IDEA (antes IFA), EPSA, Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, Agencia Andaluza del Conocimiento, Agencia Andaluza de la Energía, Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, Agencia Pública de Puertos de Andalucía, Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, Agencia Tributaria de Andalucía, son entes que se rigen por el Derecho Privado, y por ello no pueden ejercer las potestades administrativas que corresponden exclusivamente a la Administración Pública, a través de los **órganos administrativos** y sus funcionarios, ya sean de carrera o interinos. Ni siquiera los laborales de la Administración General pueden ejercer dichas potestades, tal como la

jurisprudencia pacífica de los Tribunales de Justicia tiene establecido.

En el BOJA de los últimos años han sido publicadas varias resoluciones de concesiones de subvenciones por algunas de ellas.

Han sido varias las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) las que han puesto la guinda al pastel. Por un lado tenemos la **Sentencia del TSJA de 10/05/2011**, que dice literalmente sobre la concesión de subvenciones y ayudas que **"La acción de fomento mediante el otorgamiento de una subvención por parte de una Administración Pública implica el ejercicio de potestades públicas, e igualmente supone el ejercicio de potestades públicas la comprobación del cumplimiento de las condiciones y finalidades para las que se otorgó la subvención, y el reintegro de las mismas..."**. La misma Sentencia aclara que el ejercicio de esas potestades públicas corresponde exclusivamente a funcionarios públicos, y nosotros decimos más: sólo puede darlas la Administración de la Junta de Andalucía, que como dice el art. 13 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía, está formada por las Consejerías y las Agencias Administrativas. Y son numerosas las STSJA las que van poniendo día a día de manifiesto las ilegalidades que la Junta de Andalucía viene cometiendo desde hace años en este mismo sentido. Es la esencia de la Administración weberiana o "burocrática": controlar el uso de fondos públicos mediante la fiscalización previa.

En el caso de los ERE's, se ha puesto de manifiesto las numerosas subvenciones que tramita y concede la Agencia pública empresarial IDEA (puede consultarse el BOJA y la web), y no se ha escuchado ni una sola voz sobre la ilegalidad de las mismas. Ni una sola Institución Pública ha actuado para defender a la ciudadanía, para preservar la seguridad jurídica de estas actuaciones. ¿Sabe la ciudadanía cuantos millones de euros se han estado tramitando y concediendo por estos entes instrumentales empresariales sin **control administrativo** alguno? Téngase en cuenta que en el control financiero exigido a las Agencias Públicas Empresariales se utilizan técnicas de auditorías realizadas normalmente por empresas privadas, que no es un control administrativo.

Pero lo más grave de todo es que no sólo están ejerciendo estas **potestades exorbitantes de la Administración Pública**, sino que también **al amparo de numerosas normas y actos de encomiendas de gestión están ejerciendo otras exorbitantes potestades públicas que les está vedado**: expropiaciones, potestad sancionadora, control y verificación de fondos europeos, desahucios administrativos (como los que realiza la empresa EPSA con total impunidad), levantamiento de actas (que pierden por completo la presunción de veracidad o "iuris tantum" que tienen las actas levantadas por funcionarios), inspecciones y controles.

Y lo más grave de todo, **en la Agencia Tributaria de Andalucía, que es una Agencia de Régimen Especial, hay liquidaciones tributarias firmadas por Gerentes que tienen contrato laboral, poniendo en peligro los ingresos de la Junta de Andalucía**, lo cual es **gravísimo, a sabiendas** de que esa exorbitante potestad sólo puede ser ejercida por la Administración de la Junta de Andalucía (Consejerías y Agencias administrativas) a través de funcionarios públicos.

Y para confusión del ciudadano, en los documentos de trámite y resoluciones de las Agencias Públicas Empresariales y de las de Régimen Especial aparece junto al logotipo de la Agencia el nombre de la Consejería a la que están adscritas, así como Junta de Andalucía, haciendo creer que forman parte de la Administración, **otorgando una apariencia de legalidad que no tiene**. Ante esta apariencia, ¿que ciudadano sin un profundo conocimiento del Derecho y de la Administración pondría en duda la legalidad de estos actos?

Y traemos a colación, además de la citada Sentencia del TSJA de 10/05/2011, **autos y sentencias del TSJA que han dictaminado la ilegalidad de encomiendas de potestades administrativas a entes instrumentales**: STSJA de 25/05/2009, recurso nº 597/2008; STSJA de 16/05/2012, recurso 778/2010; Auto de 22/06/2010, sobre expropiaciones; Auto de 19/10/2009; etc. También algunas sentencias del Tribunal Supremo han confirmado las sentencias del TSJA en el mismo sentido.

Como los tribunales llevan años dictaminando que los contratados laborales de las empresas públicas, fundaciones, agencias, etc, no son empleados públicos y no pueden ejercer esas potestades administrativas, la Junta de Andalucía, en una huida hacia adelante que forma parte de la ya persistente e injustificada huida del Derecho Administrativo, ha pretendido "solucionar" el problema convirtiendo a todos estos laborales en empleados públicos. Pero han vuelto a toparse con los Tribunales de Justicia, y no sólo porque no puedan integrarse como empleados públicos, sino porque **la naturaleza jurídica de estos entes instrumentales les impide ser Administración Pública**, y por tanto, **les impide que puedan ejercer potestades públicas**. Por mucho que **una Ley otorgue potestades o funciones públicas a estos entes instrumentales**, que ya de por sí es grave, y es lo que está sucediendo, estos entes instrumentales jamás podrán considerarse Administración Pública. Dicho sea con todo respeto, como se dice coloquialmente, "*aunque a la mona se la vista de seda, mona se queda*." **A la Ley le está vedado cambiar el régimen constitucional establecido**.

Este régimen de Derecho privado de las agencias públicas empresariales (antiguos "entes de derecho público", denominados coloquialmente "empresas públicas"), reconocido por la propia Junta de Andalucía (véanse informes de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa), así como de las sociedades mercantiles, **les impide componerse de órganos y unidades administrativas**, tal como establece y clarifica los **arts. 13,14 y 35 de la Ley 9/2007**, de Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA). Por ejemplo, véase el art. 26 de los Estatutos de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía, EPSA, aprobados por Decreto 262/1985, de 18 de diciembre, para comprobar que se rigen por el Derecho privado.

Además, ha de tenerse en cuenta el **carácter mercantil** de las mismas, que incluso pueden **intervenir en el mercado**, con actuaciones, por ejemplo, de promoción, preparación y desarrollo de suelo urbanizado para fines residenciales, industriales, de equipamiento y de servicios, etc.

Los numerosos empleados laborales, incluido el personal directivo, de las Agencias Públicas Empresariales (antiguas empresas públicas) y Sociedades Mercantiles, así como los Gerentes Provinciales de la Agencia Tributaria de Andalucía, no tienen la condición de

funcionarios públicos **ni son titulares de órganos administrativos**, circunstancia que les impiden legalmente **desempeñar funciones públicas, tal como se deduce del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 7/2007, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público**: *"En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca."*

Ninguna agencia pública empresarial o de régimen especial ni sociedad mercantil de la Junta de Andalucía puede formar parte de la Administración Pública. Se rigen por el Derecho Privado, dada su naturaleza. Como dice la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE-, las sociedades mercantiles estatales **se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial y de contratación**. Estas normas administrativas son las únicas aplicables, por ejemplo, a las agencias empresariales, que se rigen por sus estatutos. Y así debe ser tanto en el Estado como en cualquier Administración Autónoma o Local.

Por tanto, cada uno a lo suyo: **la empresa, sea pública o privada, podrá prestar servicios de ejecución material de lo que decide la Administración, y la Administración a satisfacer el interés general**, y cuando ésta ejerce **poderes y facultades exorbitantes respecto de los particulares** tiene que estar **sometida absolutamente al Derecho Administrativo**, y de ninguna manera entregar dichos poderes y facultades a estos entes que, en concurrencia con el resto de particulares que actúan en el mercado, están sometidos al Derecho mercantil, laboral y civil, es decir, privado.

Es decir, en la Junta de Andalucía, **las agencias públicas empresariales en ningún caso podrán ejercer las potestades administrativas que sólo corresponden a los órganos administrativos de la Administración General** (Consejerías y Agencias Administrativas) a través de los altos cargos -titulares de dichos órganos- y los funcionarios adscritos a los mismos.

Y lo que más sorprende de todo esto es que **este sistema de actuación lleva años funcionando** sin que ninguna de las instituciones de control haya actuado en defensa de la ciudadanía y por el restablecimiento de la legalidad, dada la manifiesta ilegalidad de estas actuaciones, que son muy evidentes.

¿Como es posible que ni la Fiscalía, la Cámara de Cuentas, el Defensor del Pueblo Andaluz, el Consejo Consultivo, el Consejo Económico y Social, la Inspección General de Servicios de la Administración de la Junta de Andalucía, su Gabinete Jurídico, su Intervención General, etc. no hayan puesto de manifiesto en sus actuaciones, informes y dictámenes esta "barbarie jurídica" que es el origen del descontrol en el uso de los fondos públicos, y en la aparición del "crimen organizado" en la Administración de la Junta de Andalucía, como se empieza a publicar en los medios de comunicación ante la proliferación de casos de corrupción?

Nos encontramos ante hechos presuntamente delictivos, tales como el de prevaricación, usurpación de funciones públicas, nombramiento ilegal, y aquellos relacionados con el uso indebido de fondos públicos.

La observancia del núcleo estricto de lo que constituye la normativa básica de toda organización administrativa tiene efectos directos sobre la validez y eficacia de los actos administrativos. Y esto es lo que se ha puesto precisamente en juego: **la inseguridad jurídica creada es de tal calibre que es incomprensible que ninguno de los órganos de control haya detectado estas ilegalidades.** ¿Por qué?

Y ahora, en un ejercicio que debería ser innecesario, debemos recordar conceptos fundamentales del Derecho Administrativo, que parecen haber sido marginados en las actuaciones que se ponen de manifiesto. **No hay peor situación que la de tener que demostrar lo evidente.**

Los **privilegios**, algunos **exorbitantes**, de la **Administración Pública** son situaciones y poderes que el Ordenamiento Jurídico le otorga a las Administraciones territoriales, y que **las colocan en una situación desigual y superior, respecto de los administrados que con ella se relacionan.**

Es fundamental recordar qué es la Administración Pública y cuál es su finalidad. Dice la exposición de motivos de la Ley 30 /1992: *"El título II dedica su capítulo I a regular los principios generales del régimen de los órganos administrativos, derivados de los principios superiores de **indisponibilidad de la competencia, jerarquía y coordinación, en el marco de lo previsto por el artículo 103 de la Constitución.** Plenamente respetuosa con la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, la Ley se limita a regular el núcleo estricto de lo que constituye la normativa básica de toda organización administrativa, **cuya observancia tiene efectos directos sobre la validez y eficacia de los actos administrativos**" (el subrayado y la negrita es mía).*

Las **potestades exorbitantes** del poder ejecutivo, por mandato constitucional y estatutario, **no pueden salir de la organización de la Administración Pública:** las potestades o funciones de expropiación, desahucio administrativo, autorización, sanción, concesión de subvenciones y ayudas, liquidación y recaudación de tributos, detención y arresto policial, y demás funciones públicas, sólo pueden ser realizadas con la participación directa o indirecta de funcionarios públicos, y siempre dentro de la Administración Pública, pues de no ser así, **tendría efectos sobre la validez y eficacia de los actos administrativos.**

No podemos obviar que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Además, **la ley garantiza la imparcialidad de sus funcionarios públicos.** ¿Acaso está garantizada la imparcialidad de los empleados laborales de un ente instrumental? Nunca podrá estarlo si sus empleados no tienen el derecho a la inamovilidad que posee un

funcionario público.

Según el **Estatuto de Autonomía de Andalucía**, la **Administración de la Junta de Andalucía** (constituida exclusivamente por las Consejerías y agencias administrativas, según el artículo 13 de la LAJA) sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, **racionalidad organizativa**, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, **protección de la confianza legítima**, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, **con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico, y desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos.**

Por tanto, **los entes instrumentales no son Administración de la Junta de Andalucía**, sino entes al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía. Por tanto, la labor que desarrollan no está sujeta en todo a los mismos principios que la Administración de la Junta de Andalucía, y por este motivo **no pueden ejercer ninguna función pública, y mucho menos las exorbitantes prerrogativas de las Administraciones Públicas.**

Ni sus empleados laborales pueden instruir procedimientos administrativos ni los gerentes pueden resolverlos, como lleva ocurriendo varios años.

Para el desempeño de cualquier función o ejercicio de potestades públicas como las comentadas de otorgamiento de subvenciones, debe constar acreditado el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio, entre otros requisitos imprescindibles, o el nombramiento como titular de un órgano administrativo, de forma previa y documentalmente notoria, entre otros aspectos, lo que sigue:

- a. Acto administrativo publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), donde figura fecha y año de superación de proceso selectivo de acceso al empleo público y de nombramiento como funcionario de carrera, y al de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 14 y 23.2 de la CE y jurisprudencia constitucional; acreditación documental del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad con publicidad).
- b. En el caso de titulares de órganos administrativos, actos de nombramiento por el Consejo de Gobierno y publicación en el BOJA.
- c. Documento del Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía y del resto del Ordenamiento Jurídico.
- d. Inscripción en el Registro General de Personal, como personal perteneciente a la Administración Pública de la Junta de Andalucía, ya sea como funcionario de carrera o como interino.
- e. Código de la plaza que ocupa, existencia de dotación presupuestaria para su cobertura y pago, de la Administración de la Junta de Andalucía, aplicación

presupuestaria de la que se paga el salario público (Capítulo I del Presupuesto de la Junta de Andalucía).

- f. Documento de "toma de posesión" en un puesto de la RPT de la Administración General de la Junta de Andalucía, nómina de los emolumentos que recibe por su trabajo, titulación profesional acreditada, categoría administrativa, que ostenta.
- g. Funciones y competencias públicas que está desempeñando de facto, de acuerdo con el puesto que ocupa en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo (RPT) publicada en el BOJA.
- h. Nombramiento y cargo de la autoridad administrativa responsable de la atribución de competencias y funciones públicas que tienen legalmente atribuidas y que desempeñan.

Con la citada relación documental se habilita a los empleados en cuestión para el acceso al EMPLEO PÚBLICO y su **condición de funcionario de carrera**, una vez, cumplido el sistema legalmente establecido, y permite a los funcionarios de carrera la posterior provisión de puestos de trabajo, garantizando la imparcialidad y objetividad en la actuación de la Administración Pública.

Y así consta acreditado documentalmente para todos los funcionarios de carrera de la Junta de Andalucía, señalando los archivos de las Consejerías de la Junta de Andalucía competentes en materia de personal y hacienda pública para la correspondiente prueba documental, respecto a la totalidad del personal de las Agencias Públicas Empresariales y de Régimen Especial y sus órganos directivos, como los Gerentes, para comprobar si realmente cumplen con los requisitos para ser funcionarios de carrera y ejercer potestades públicas.

Que el bien jurídico protegido en el caso que nos ocupa es el correcto funcionamiento de la Administración pública (legalidad, seguridad jurídica, objetividad, imparcialidad y neutralidad, con transparencia y publicidad) a cuyo fin nuestro ordenamiento tipifica, en el título XIX, los distintos tipos penales.

Por todo ello, es necesaria la intervención e investigación de estos hechos, dado que las actuaciones denunciadas son susceptibles de incurrir presuntamente en el TIPO delictivo de usurpación de funciones públicas, prevaricación y/o nombramiento ilegal, regulados en los arts. 402, 404 y siguientes del Código Penal.

Participan en estos, como posibles autores o colaboradores necesarios, a todo el personal de las Agencias Públicas Empresariales o de Régimen Especial que instruyen los expedientes administrativos, al personal directivo que los resuelve en todas y cada una de las provincias andaluzas, así como los titulares de órganos administrativos de las Consejerías de la Junta de Andalucía **que han otorgado esas funciones o competencias** a las citadas Agencias. Les resulta de aplicación presuntamente lo previsto en el artículo 28.1.b) del Código Penal, puesto que permiten, amparan, y facilitan desde sus puestos y cargos el desempeño efectivo de competencias y funciones públicas, por personal que no es EMPLEADO PÚBLICO; actúan por la vía de hecho, sin que estos tengan habilitación legal para ello y prescinden de la previa existencia de relación orgánica

de servicio, plaza ocupada de la relación de puestos de Trabajo (RPT) y nombramientos públicos, así como de la documental administrativa necesaria para cualquier desempeño efectivo y habilitación legal, requisito inexcusable para el ejercicio de cualquier competencia y función pública.

Se señalan los archivos de las Consejerías o Agencias de la Junta de Andalucía citadas en la relación anterior para la correspondiente **prueba documental** relativa a las tareas y funciones administrativas que están desempeñando el personal que no es empleado público.

Asimismo, y como posible prueba documental para la investigación que en su caso inicie la Fiscalía, se señala la absoluta necesidad de que por parte de la misma se solicite a cada uno de los funcionarios públicos y altos cargos o autoridades de las Consejerías competentes, sean o no responsables de estos hechos, que **CERTIFIQUEN** por escrito que el ejercicio de las funciones mencionadas, que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, en ningún caso han sido o son realizadas por personas que no son funcionarios públicos o no son autoridades titulares de órganos administrativos de las Consejerías de la Junta de Andalucía.

Que en base a todo lo anterior, **SOLICITAMOS** a esa Fiscalía adopte las medidas oportunas para el restablecimiento inmediato de la legalidad constitucional vigente, y del ordenamiento jurídico aplicable, así como depurar las posibles responsabilidades penales que, en su caso, correspondan.

En Sevilla, a veinte de marzo de dos mil trece

Fdo.: Luis Escribano del Vando

Fdo.: Eduardo Maestre Cuadrado