

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**16038** *Pleno. Sentencia 95/2024, de 3 de julio de 2024. Recurso de amparo 2348-2023. Promovido por don Antonio Fernández García respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:95

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2348-2023, promovido por don Antonio Fernández García, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Ignacio Pérez Espina, bajo la dirección letrada de don Alfonso Martínez del Hoyo, contra: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016; (ii) la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 601-2020, y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 dictado en el mismo recurso. Han sido parte el Partido Popular, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don José Antonio Griñán Martínez y don Antonio Vicente Lozano Peña, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez; don Jesús María Rodríguez Román, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica del letrado don Luis Aparicio Díaz; y don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña Encarnación Molino Barrero. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada de este tribunal, doña Inmaculada Montalbán Huertas.

#### I. Antecedentes

1. El 10 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por el procurador don Manuel Pérez Espina, actuando en nombre y representación de don Antonio Fernández García bajo la dirección letrada del abogado

don Alfonso Martínez del Hoyo, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) Las resoluciones impugnadas en el presente proceso de amparo han sido dictadas en el marco de la denominada «pieza específica» del caso «ERE», en la que fueron condenados diversos miembros del Consejo de Gobierno y la administración de la Junta de Andalucía –incluyendo desde presidentes de la comunidad autónoma a directores generales– por haber intervenido, a lo largo de casi diez años, en el diseño y/o ejecución de un sistema de concesión de ayudas sociolaborales.

Según el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (págs. 97 y siguientes), los hechos en los que se habría articulado ese sistema de concesión ilegal de ayudas sociolaborales se dividirían en tres etapas diferentes:

«l) Primera etapa.

Hasta el año 2000 y para dar respuesta a las situaciones de crisis económicas de empresas radicadas en Andalucía la Junta de Andalucía, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, articuló un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de dichas empresas que, atendiendo a su edad, les aseguraban un nivel de ingresos hasta acceder a la jubilación. Estas ayudas eran complementarias a otras ayudas extraordinarias que se concedían a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas de acuerdo con la legislación estatal (Orden de 05 de octubre de 1994 y Orden de 5 de abril de 1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se establecía que estas subvenciones y ayudas se habrían de otorgar con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, respetando, en todo caso, las normas que les afecten del Derecho de la Unión Europea, reguladoras de la supresión de barreras comerciales entre los Estados miembros y de la libre competencia entre las empresas.

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

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

## II) Segunda etapa.

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

Por ese motivo en el caso de la empresa IAMASA se tuvo que iniciar un expediente de convalidación del gasto y el letrado del Servicio Jurídico adscrito a la Consejería de Empleo, a la vista de las deficiencias observadas por la intervención delegada, emitió informe el 9 de febrero de 2000 declarando que el gasto no era convalidable. El interventor delegado afirmó en su informe que si el expediente hubiera sido sometido a fiscalización previa, se hubiera emitido informe de disconformidad.

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

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

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

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

Los responsables de la Junta de Andalucía eran conscientes de la necesidad de una regulación específica de estas ayudas, como lo evidencia el que durante el año 2000 se elaborara un proyecto de decreto que regulara el procedimiento de concesión, que fue elevado en tres ocasiones a la Comisión general de viceconsejeros, sin que fuera finalmente aprobado. También en 2004 se elaboró un proyecto de orden en términos similares que tampoco fue aprobada.

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

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

El IFA se limitaba a materializar las ayudas que concedía la Consejería de Empleo y a través del nuevo criterio de presupuestación se lograba, de un lado, que los expedientes de gasto no fueran objeto de fiscalización en la consejería porque los fondos habían sido transferidos al IFA y, de otro, que en el IFA no pudiera llevarse a cabo esa

fiscalización ya que el Instituto estaba sujeto a control financiero permanente, de forma que solo se fiscalizaba el pago *a posteriori*.

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

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

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

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

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18 de abril de 2000 y 28 de julio de 2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 3 de noviembre de 2001 y 5 de diciembre de 2001) por importe, respectivamente, de 500, 5573, 1225, 660 y 6355 millones de pesetas.

Hasta el mes de julio de 2001 los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 7 de julio de 2001 el consejero de Empleo y el presidente del IFA firmaron un convenio marco de colaboración para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente, materializando las ayudas y se establecía que habrían de suscribirse convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos.

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

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

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

- En 2002: 34 341 351 euros.
- En 2003: 55 646 899 euros.
- En 2004: 46 146 389 euros. [En este ejercicio el IFA cambió su denominación por Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y pasó a estar adscrito a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa].
- En 2005: 72 261 575 euros.
- En 2006: 77 291 000 euros.

- En 2007: 79 207 500 euros.
- En 2008: 87 478 495 euros.

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

- Modificación de 15 de octubre de 2002, por importe de 9 944 099 euros.
- Modificación de 21 de octubre de 2002, por importe de 22 253 204,17 euros.
- Modificación de 7 de diciembre de 2005, por importe de 799 895,97 euros.
- Modificación de 7 de noviembre de 2006, por importe de 9 300 000 euros.
- Modificación de 27 de noviembre de 2007, por importe de 7 448 503, 44 euros.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 1 253 853, 89 euros.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 6 011 836,20 euros.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 8 000 000 euros.

El montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y luego 31L, de los que se dispuso todos estos años, para atender compromisos asumidos frente a terceros para ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, y también por otros conceptos mediante el mecanismo inadecuado de las transferencias de financiación, desde la Consejería de Empleo a la agencia IFA/IDEA, se elevan, si sumamos las cantidades consignadas originariamente, más los incrementos derivados de modificaciones presupuestarias, desde el ejercicio presupuestario 2000, al ejercicio presupuestario 2009, a un total de más de 680 000 000 euros.

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

- En muchos casos no ha existido expediente de concesión de la ayuda.
- El director general de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- Se ha omitido la fiscalización previa.
- No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No se consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la comisión las subvenciones concedidas a empresas.
- No consta memoria explicativa de la excepcionalidad de las subvenciones, ni los requisitos que se exigen para ser beneficiario, ni se detalla la forma en que debería realizarse la justificación del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la ayuda.
- Los convenios de colaboración por los que se han concedido las ayudas no adoptan ni la forma ni los contenidos mínimos que exige la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.
- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el “Boletín Oficial de la Junta de Andalucía”, ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
- La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
- No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

La sentencia concluye afirmando que no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas y se omitió la fiscalización previa y, siendo las deficiencias tan notables no era factible la convalidación del gasto. (Todo ello sin incluir el sin fin de ilegalidades detectadas en cada uno de los expedientes singulares que son objeto de investigación y enjuiciamiento en las distintas piezas separadas).

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

- En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7582 trabajadores.
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4787 trabajadores.
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4957 trabajadores.
- En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4833 trabajadores.
- En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5476 trabajadores.
- En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2968 trabajadores.
- En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3247 trabajadores.
- En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7000 trabajadores.
- En el año 2009, fueron 1379, afectando a un total de 30 821 trabajadores.
- En el año 2010, fueron 1490, afectando a un total de 21 450 trabajadores.

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

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

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

(v) Además, a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron buena parte de

estos fondos para fines completamente ajenos a las ayudas sociolaborales. Así, entre otros, con fondos del programa 31L se pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del Servicio Andaluz de Empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112, de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales; se financió parte de la subida salarial de trabajadores de las empresas FCC y CESP, como consecuencia de la suscripción de un convenio colectivo en el 2006, que puso fin a una conflictividad laboral de la limpieza pública de la provincia de Granada; se financiaron dieciséis muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo en diversos municipios andaluces; y se pagó a la fundación San Telmo de un curso de alta dirección, durante cinco ejercicios.

### III) Tercera etapa.

La tercera etapa se inicia en 2010, momento en el que se abandonaron las transferencias de financiación y se presupuestaron las partidas para la concesión de las ayudas, publicándose las primeras bases reguladoras de las mismas, mediante las Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011, 13 de marzo de 2012 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

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

Este [...] decreto estableció en su primer artículo que “[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, en particular, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, el título VIII del texto refundido de la Ley general de hacienda pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, así como el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la administración de la Junta de Andalucía”, lo que supone una excepción al régimen general y evidencia que el criterio seguido en los años anteriores no era conforme a derecho.

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

b) El demandante de amparo fue condenado en sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo núm. 1965-2017, por haber participado en los hechos anteriores, en su condición de viceconsejero (29 de abril de 2000 a 25 de abril de 2004) y consejero de Empleo (25 de abril de 2004 a 22 de marzo de 2010) de la Junta de Andalucía así como de presidente del Instituto de Fomento de Andalucía (6 de junio de 2001 a 28 de enero de 2003), como autor de un delito de prevaricación continuado en concurso medial con un delito de malversación continuado a la pena de siete años y once meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de diecinueve años, seis meses y un día, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Se le impuso asimismo el pago de 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

c) Interpuesto recurso de casación por la representación procesal del demandante, fue desestimado íntegramente por sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre.

d) Por auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el recurrente frente a la sentencia del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación.

3. La demanda de amparo distingue entre las vulneraciones producidas por la sentencia de instancia –los tres primeros motivos– y las que atribuye *ex novo* a la sentencia de casación –otros cuatro motivos– que cabe sintetizar como sigue:

a) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al condenarse con base en «una resultancia de “hechos probados” absolutamente inconcreta e imprecisa, que no integra los elementos del delito de malversación ni [...] describe la participación del recurrente en ellos».

Sostiene el recurrente que la sentencia condenatoria describe en los hechos probados dos tipos de conductas que no integran el delito de malversación de caudales públicos en grado de consumación por el que se le condena. Por un lado, un grupo de conductas que pueden resumirse como «haber puesto a disposición del director general de Trabajo caudales para que este dispusiera de los mismos», que a lo sumo constituirían actos preparatorios, pero no un delito de malversación consumado, ya que es un delito de resultado que se consume con la realidad dispositiva de los fondos y no con la mera puesta disposición del gestor para que este pueda disponer de ellos o gestionarlos más adelante. Un segundo grupo de conductas recogidas en los hechos probados aludiría a «haber dispuesto de los caudales», pero en ellas no se le atribuye participación. El actor subraya que los hechos remiten siempre al centro directivo que recibió los fondos para disponer de ellos y que fue gestor, como es natural por ser el responsable del programa presupuestario 31L (antes 22E): la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y su titular.

Descarta asimismo que el «artificial» mecanismo de la integración del *factum* en los fundamentos jurídicos permita completarlo en este caso, ya que en ellos se sigue aludiendo al centro directivo y cargo público que era competente (Dirección General de Trabajo y Seguridad Social); y en la subsunción de su actuación efectuada en los fundamentos de Derecho 26 y 46 no habría, a su juicio, más que un intento de complementación vago e inconsistente. En suma, se subsumiría su actuación en la conducta activa (sustraer) de forma contradictoria con la previa afirmación de que quien dispuso de fondos fue la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y la ausencia de cualquier resolución de concesión de las ayudas y en la modalidad pasiva (consentir que un tercero sustraiga), obviando que el director general de Trabajo al que se habría permitido la sustracción no es un tercero en el sentido del art. 432.1 del Código Penal (CP), ya que es quien tiene confiados los fondos por razón de su cargo.

b) «Vulneración de las garantías asociadas al principio de legalidad (art. 25.1 CE): condena del recurrente sin la concurrencia de los requisitos típicos del delito de malversación».

En este motivo se denuncia una aplicación inesperada e imprevisible del delito de malversación, en tanto incluye en su marco típico «un comportamiento objetivo descrito en los hechos probados que resulta completamente extraño o ajeno a las conductas penalmente tipificadas en el art. 432 CP», tanto a la modalidad activa como a la pasiva.

Por lo que atañe a la modalidad activa «sustrajere», se advierte que la afirmación de que participó directamente en la disposición de fondos es contradictoria con la afirmación reiterada de que quien tenía a su cargo y dispuso de los fondos fue la Dirección General de Trabajo y su titular, dato que, según el recurrente, viene a ratificar el «menudeo» de ciertos episodios en que pretende sustentarse la subsunción (prueba 24, pág. 872 de la sentencia de la Audiencia Provincial), que pondrían de manifiesto que la disposición se realizó por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, y en momento alguno se vincula con una resolución de concesión de ayudas o aplicación de fondos del

programa 31L por su parte. Se detiene el recurso en las exigencias en cuanto a la acción que impone el verbo típico «sustraer», que, según entiende, remite a actos concluyentes y a una relación causa-efecto que implica el dictado de una resolución acorde con las funciones competenciales del agente cuando, en su caso, solo se enuncian acciones evanescentes. En conexión con lo anterior, se defiende que el tipo exige una específica relación entre sujeto activo y objeto material, que conlleva «la facultad de intervenir y gestionar los bienes públicos que constituyen el objeto material [...] la posesión de una situación o *status* de administración y custodia que implica, en cualquier caso, la facultad de adoptar decisiones vinculantes sobre los mismos». El demandante reitera que ni como viceconsejero ni como consejero ostentó funciones propias o responsabilidades competenciales relacionadas con el programa 31L que sí tenía el director general de Trabajo.

Por lo que se refiere a la modalidad pasiva «permitiere que un tercero sustraiga», que, a juicio del actor, es la que sostiene su condena, existiría «un artificioso forzamiento del contenido literal del precepto, pues quien consiente la participación del tercero siempre ha de ser, y solo puede ser, quien tiene a su cargo los caudales; y por ello mismo, en cualquiera de los casos, es así que el “tercero” no puede ser sujeto activo idóneo del tipo». La situación en el caso es la inversa: él no disponía de los caudales y el tercero era quien tenía a su cargo los fondos (director general de Trabajo). Además del tenor literal, entiende que avala la exclusión como posible tercero del funcionario o autoridad que tiene a su cargo los bienes el hecho de que ya sería autor de la modalidad activa y que la modalidad omisiva se dirige a evitar aporías penológicas en los delitos especiales. Todavía en relación con la subsunción en la modalidad pasiva, se argumenta en la demanda sobre la falta de justificación del dolo, que debe abarcar el conocimiento del ánimo de lucro concurrente en el tercero (que no puede ser el director general de Trabajo), dado que no se oyó en juicio a ninguno de esos beneficiarios terceros.

Se añade que, planteado el *error iuris* en casación, la sentencia elude un análisis en profundidad de los puntos anteriores y apela a un pretendido precedente para mantener lo que probablemente es la primera condena con base en la modalidad pasiva por haber permitido que un tercero sustrajere los caudales, pero siendo ese tercero el sujeto agente principal de la sustracción. La interpretación que se efectúa, según el demandante, desagrega los distintos elementos que conforman la conducta típica y genera un producto normativo interpretado que poco tiene que ver con el producto original legislado y que, por ello, «compromete los mandatos de certeza y de taxatividad interpretativa como garantías específicas del derecho a la libertad de los ciudadanos». En apoyo de tal conclusión invoca doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 29 de marzo de 2006, asunto Achour c. Francia; de 21 de octubre de 2013, asunto Del Río c. España, y de 27 de enero de 2015, asunto Rohlena c. República Checa) y del Tribunal Constitucional (SSTC 137/1997, de 21 de julio; 129/2008, de 27 de octubre, y 59/2010, de 4 de octubre) sobre los límites de la interpretación judicial.

c) «Vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al no haberse efectuado una valoración racional de la prueba».

De nuevo en relación con la malversación se alega la infracción del art. 24.2 CE «al no haber efectuado el tribunal de instancia una valoración racional de la prueba y ya que de la practicada no se infiere racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, siendo ilógico, irrazonable e insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado; con resultado de infracción, por aplicación indebida, del artículo 432-1-2 del Código penal».

En apoyo de tal denuncia y tras reiterar el recurrente que el *factum* no le atribuye participación en el delito, hace en este punto del recurso un repaso por lo referido en el hecho probado 22 y en los fundamentos jurídicos 2 (apartado 34), 14, y 45 de la sentencia de la Audiencia Provincial. Del mismo concluye, en primer lugar, que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis a que se alude eran en principio ayudas para un fin público o social legítimo, como evidencia la afirmación de la sentencia condenatoria de que «parte de los fondos del programa se habrían destinado a fines

ajenos al interés público». Y, apunta en segundo lugar, «no se determina o concreta, siquiera mínimamente, el qué, el cuánto, el cuándo, el cómo ni el beneficiario de lo malversado; ni en absoluto se especifican los actos a través de los cuales se produjo la sustracción o desvío de los caudales». Destaca que no resulta una cuestión de hecho controvertida que «una parte no cuantificada ni por aproximación en la sentencia, pero en cualquier caso significativa de los fondos de la partida presupuestaria examinada, se otorgó para un legítimo fin público y social: atender necesidades urgentes de trabajadores despedidos y empresas en crisis».

Pone de relieve que «no se debatió ni practicó prueba alguna en relación a ni una sola de las ayudas concedidas con cargo al programa 31L: circunstancias de concesión, adecuación a un fin público o social, aplicación a la finalidad pública que justificó su concesión». Frente a esa «desertización probatoria», concluye que es irracional tener por probado «(i) que los beneficiarios de ayudas tuvieran o no capacidad económica para hacer frente a las obligaciones y eventualmente su solicitud fuese fraudulenta, o que (ii) los mismos hubieran o no acreditado esa falta de capacidad en su momento, o que (iii) el órgano responsable, la [Dirección General de Trabajo y Seguridad Social], a la hora de la concesión hubiere arbitrado o no los medios para efectuar las comprobaciones correspondientes sobre esa capacidad de los solicitantes». El recurrente rechaza asimismo la argumentación que alude a la ausencia de procedimiento como elemento justificativo de la malversación, ya que confunde el plano de la prevaricación con el de la malversación, atinente a la sustracción o desvío de caudales. Y advierte que «[p]artiendo de una premisa inicial consistente en la ausencia de “expediente que permita acreditar el fin público y el destino de la ayuda”, se produce un salto al vacío en el discurso y la sentencia llega de manera ilógica e irracional a la conclusión de que las ayudas no se concedieron por razón de legítima finalidad pública o social y no se destinaron a la misma».

Por último, destaca que la condena se justifica en una inconsistente lectura e interpretación de jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a partir de la cual, aun reconociéndose por el órgano judicial que no se ha practicado y, por tanto, carece de prueba sobre el cuánto, cómo y en favor de quién se malversó en cada caso, tiene por probado y pasa a condenar por un delito de malversación, de carácter continuado entre 2000 y 2009, y por un montante de 690 000 000 euros. El demandante considera, sin embargo, que las referencias jurisprudenciales aducidas atañerían a supuestos en los que tras el debate y prueba no se pudo determinar con precisión la cantidad defraudada, pero no a supuestos de ausencia de elementos probatorios, como es el caso, dado que no se debatió al respecto ni se sometió a prueba en juicio.

d) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, dada la falta de respuesta a determinadas pretensiones explícitamente incorporadas al recurso de casación.

En el primero y segundo de los motivos en que se alegan vulneraciones atribuidas originariamente a la sentencia del Tribunal Supremo, la demanda defiende la existencia de incongruencia omisiva contraria al art. 24.1 CE, que pone en relación tanto con el delito de malversación como con el de prevaricación. En concreto, el demandante denuncia que no se da una respuesta racionalmente fundada a los motivos décimo y undécimo de su recurso de casación ni a los motivos duodécimo y decimotercero. La pretensión jurídica sin mínima o adecuada respuesta instaba la revisión de una serie de hechos relevantes, con modificación del relato fáctico, por así justificarlo el contenido y significación de múltiples documentos que, frente a lo sostenido en la sentencia de casación, considera literosuficientes y no contradictorios. A su entender, tales hechos tenían directa incidencia en el fallo, pues servían para negar el designio de elusión de controles, que es elemento basal de la decisión de condena por malversación, y para negar la idea de que la oscuridad en la información suministrada al Parlamento provocó que durante una década se debatieran, enmendaran y aprobaran leyes del presupuesto enteramente a ciegas, que es elemento basal de la decisión de condena por prevaricación.

e) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por la inclusión *ex novo* en la sentencia de casación de datos fácticos ajenos al *factum* de la sentencia de instancia, que se erigen en factor dirimente en la confirmación de la subsunción delictiva contenida en aquella.

Argumenta que un primer hecho viene dado por la consideración de que «precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (págs. 348 y 349) y de que «se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352). De ese modo, según entiende el demandante, la sentencia de casación incorpora datos fácticos absolutamente nuevos, que (i) degradan «la agilización del pago de las ayudas a mero “pretexto”, cuando en la sentencia de instancia se incluía como hecho probado que tal agilización constituía la genuina finalidad perseguida por los encausados; (ii) e incorporan la existencia del propósito real (“deliberada finalidad”) –precisamente ocultado mediante aquel “pretexto”– de “disponer libérrimamente de los fondos” (“como si fueran propios”)». Y lo hace –continúa diciendo– desbordando los límites de su revisión, «dado que el aquietamiento de las acusaciones a la fórmula de declaración de hechos probados incorporada a la resolución recurrida le impedía toda labor reconstructiva de los mismos, pues ello habría supuesto la necesidad de revisar y revalorar toda la prueba de la acusación para extraer conclusiones fácticas integrativas que incorporarían una evidente extralimitación del objeto devolutivo, delimitado por nuestro propio recurso –y el de las demás defensas–, con una indeseable consecuencia en términos de *reformatio in peius* (STC 310/2005)».

El segundo dato fáctico esencial que considera que la sentencia de casación ha incorporado al *factum* viene dado por alejarse del pronunciamiento del tribunal de instancia, que, de entre los condenados por delito de malversación, consideró incursos en dolo directo a quienes habían formado parte de la Consejería de Empleo y en dolo eventual al resto. El Tribunal Supremo pasa a considerar que todos los condenados por el delito de malversación son autores en la modalidad de dolo directo. Así estima que se sigue de las afirmaciones efectuadas en los apartados 43.3 y 43.5, pp. 370 y ss., de la sentencia de casación de que «todas las acciones respondían a un propósito común, pero los hechos punibles han sido configurados de forma individual» o de que «no se trata de una simple dejación de deber, sino una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente». La afectación de esa nueva atribución en detrimento de la posición defensiva del recurrente deviene de que, en el recurso de casación, se combatieron los fundamentos de la condena decidida por el tribunal de instancia a partir de los propios términos y alcance de la sentencia. El recurrente subraya que sostuvo que, en el ejercicio de sus funciones y competencias como viceconsejero o consejero, no dispuso en ningún momento de los fondos ni conoció o consintió que su subordinado, el director general de Trabajo, quien los tenía a su cargo, los desviase de su finalidad pública. En la sentencia de casación se alteran sustancialmente los términos bajo los que la sentencia de instancia fundamentó la autoría del delito de malversación: ahora ya no se trata de que en el circunscrito ámbito de la Consejería de Empleo el director general, con conocimiento y anuencia –o no: ese era el debate casacional en inicio– de sus superiores directos, al conceder las ayudas dispusiera fraudulentamente de los fondos en la fase final de la ejecución presupuestaria. Lo que se afirma es que el recurrente ha actuado de previo acuerdo para delinquir con las más altas autoridades de los Gobiernos de la Junta de Andalucía y ya no se trata de conocer o consentir actuaciones ilícitas de un subordinado, sino de estar de acuerdo con sus pares y superiores en el Gobierno para que ese subordinado actuara de la forma en que lo hizo.

Sentado lo anterior, en el punto dos del motivo se defiende la aplicabilidad de los argumentos del voto particular sobre los condenados ajenos a la Consejería de Empleo a los responsables de esta, como es su caso, ya que no tenía a su cargo ni, por tanto,

pudo disponer de los fondos públicos objeto del procedimiento. Sostiene que no cabe objetivamente entender que, en cuanto que superior jerárquico, conociese o consintiese –o tuviese que conocer y hubiere necesariamente consentido– las decisiones adoptadas por el director general de Trabajo en el ejercicio de sus propias y exclusivas competencias. Ni la acusación ni luego la sentencia objetivaron o concretaron qué actuación del demandante, suprimida, hubiese impedido la realización de tales supuestos excesos por parte del director. Tampoco se advierte que haya realizado o aportado algo sin lo cual tales excesos no hubieran podido cometerse ni, en fin, la existencia de conductas concretas a las cuales hubiera venido obligado por ley y que, por su supuesta inobservancia, hubieran tenido como resultado aquellas desviadas disposiciones de fondos. Desde tal premisa proyecta los argumentos del voto relativos a la errónea práctica de identificar prevaricación y malversación que realiza la sentencia: «una cosa es asumir el sistema para agilizar y otra conocer que parte de los fondos se estuvieran distribuyendo de forma dolosamente fraudulenta por los funcionarios ejecutores del presupuesto, a quienes les eran entregados para que les dieran el destino social y económico establecido en la ley».

f) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dada la comunicación pública del fallo sin motivación mediante providencia de 26 de julio de 2022, y vulneración correlativa del derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, la de legalidad procesal (art. 24.2 CE), y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En la última queja de la demanda el recurrente imputa diversas lesiones a la providencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002 anticipatoria del fallo resolutorio del recurso de casación. Considera que la notificación del texto de la sentencia del Tribunal Supremo cincuenta días después de notificarse el fallo y hacerse público no es solo una irregularidad procesal contraria a las previsiones de los arts. 160, 789 y 900 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y 248, 266, y 270 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), sino una lesión de los derechos antedichos al emitirse una declaración firme de culpabilidad desprovista de cualquier motivación, diferida indefinidamente a pesar del público señalamiento del ciudadano como penalmente responsable, sin que pudiera reaccionar.

El demandante pone el acento en que no había concluido la fase de deliberación, dado que el voto particular no estaba redactado, como se reconoce en la providencia, y rechaza que pueda anteponerse el interés difuso de «la relevancia pública del caso» a los derechos constitucionales de la persona condenada. Por todas estas razones interpreta «en términos de pérdida de apariencia de imparcialidad este insólito modo en que el Tribunal decidió actuar» que debiera haber llevado a una nueva deliberación y dictado de sentencia por una sala de nueva composición.

Defiende, por último, que además de la lesión de derechos constitucionales, la actuación controvertida le ha irrogado un daño moral susceptible de reparación a través de una eventual reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de los servicios públicos.

El recurrente solicita que se declare la vulneración de los derechos invocados y, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones impugnadas. Por otro sí solicita la suspensión parcial de la ejecución de la sentencia (de la pena privativa de libertad) al amparo de lo dispuesto en el art. 56.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), justificando la urgencia excepcional a que alude el precepto por la finalidad de evitar que el amparo pierda su eficacia reparadora.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 290/2023, de 5 de junio, en el que se adoptaron los siguientes pronunciamientos:

(i) Previa avocación a la Sala de la decisión, se admitió a trámite el presente recurso de amparo «porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una

cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

(ii) En aplicación del art. 51 LOTC, se acordó requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla a fin de que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente recurso. También acordó requerir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 610-2020. Mediante diligencia de ordenación de fecha 24 de julio de 2023 se tuvieron por recibidas en este tribunal las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017.

(iii) Se rechazó la solicitud de suspensión formulada en la demanda de amparo con base en el art. 56.6 LOTC y se ordenó formar pieza separada de suspensión y en ella conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que efectuasen alegaciones sobre dicha cuestión. Hechas las alegaciones correspondientes, el Pleno de este tribunal dictó ATC 440/2023, de 26 de septiembre, en el que acordó denegar la suspensión interesada por el actor.

(iv) Se propuso finalmente la avocación al Pleno del conocimiento del asunto. Por providencia de 20 de junio de 2023 el Pleno de este tribunal acordó, conforme al artículo 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, “recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo que se tramita en dicha Sala con el número 2348-2023, interpuesto por don Antonio Fernández García”.

5.a) El recurrente de amparo ha ratificado las alegaciones ya formuladas en la demanda en escrito registrado en este tribunal el 28 de julio de 2023, argumentando además, al amparo de lo dispuesto en el art. 52 LOTC y en línea con lo sostenido en la justificación de la especial trascendencia constitucional, que se ha producido una aplicación inesperada e imprevisible del delito de prevaricación a su conducta lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Aduce que el Parlamento de Andalucía tuvo siempre conocimiento y asumió todas y cada una de las modificaciones presupuestarias referidas en el *factum* y que en él se debatió, enmendó y aprobó año tras año la partida presupuestaria «Transferencias de financiación a IFA/IDEA». En consecuencia, todas las actuaciones de los acusados, también la suya, habrían sido *secundum legem* y en la razonable confianza de su adecuación a las sucesivas leyes de presupuestos. Concluye que no concurren los requisitos legales del art. 404 CP, ya que la condena se asienta en una «paradoja esencial –un sinsentido evidente– como lo es la propia concepción de una ley ilegal», sin que la participación en la elaboración de un proyecto de ley constituya una resolución de carácter administrativo, sino un acto que posibilita la formación de la voluntad general por parte del Parlamento. Pone el acento finalmente en el dato de que se haya apreciado un concurso medial entre los delitos continuados de prevaricación y malversación, por cuanto «la anulación de la condena por el delito-base del concurso, la prevaricación, tendría un irremediable efecto arrastre en cuanto al delito-consecuencia», el de malversación.

b) Las partes personadas en el presente proceso de amparo han presentado las siguientes alegaciones:

(i) El Partido Popular, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación 27 de julio de 2023, ha interesado, en escrito registrado en este tribunal el 26 de septiembre de 2023, la desestimación del recurso de amparo.

El escrito de alegaciones del Partido Popular comienza efectuando diversas consideraciones generales sobre los recursos de amparo planteados contra las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo que incluyen un reflejo amplio del relato fáctico y referencias al juicio probatorio y de autoría sin mayor especificidad respecto del actor. Aborda a continuación los motivos planteados en la

demanda de amparo, empezando por las vulneraciones de derechos imputadas a la sentencia de instancia. Descarta el primer motivo –lesión del derecho a la presunción de inocencia, porque los hechos probados no integran los elementos típicos del delito de malversación ni la participación del demandante– tras reproducir en extenso los fundamentos de la sentencia de casación que se ocuparon de una queja análoga, cuyo resumen de los hechos probados y exposición de la motivación probatoria y fáctica del mismo, en particular respecto a los alegatos de descargo, hace suyas. Constata así que no puede apreciarse la lesión del derecho a la presunción de inocencia invocada, ya que la condena «tiene apoyo y justificación en prueba de cargo suficiente, directa en muchos casos y rectamente valorada». Sobre esta cuestión vuelve al alegar respecto del tercer motivo de la demanda, que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haberse efectuado una valoración racional de la prueba respecto de la disposición de fondos públicos con fines ajenos al interés público general. Comparte lo dicho en el fundamento 111.2 de la sentencia de casación, que reproduce y nuevamente hace suyo. Sostiene que allí responde el Tribunal Supremo a las consideraciones del demandante «con cita de los argumentos de la sentencia de instancia relevantes para entender que los hechos, lejos de lo que se dice, fueron debatidos y que existen numerosos medios de prueba que acreditan que hubo pleno debate probatorio, que permite sostener, sin duda, la ausencia de finalidad pública o social», en especial, las pruebas que se detallan sobre las finalidades de cada grupo o tipo de ayudas, a partir de las cuales, «un juicio racional y lógico permite calificar al sistema como carente de interés público general, como sistema destinado al reparto libérrimo o arbitrario de fondos públicos».

Tampoco considera que concurra la vulneración de las garantías asociadas al principio de legalidad (art. 25.1 CE) que la demanda atribuye a la sentencia de instancia por haber condenado a pesar de la falta de concurrencia de los requisitos típicos del delito de malversación. De nuevo con apoyo en la extensa cita de los pasajes pertinentes de la sentencia del Tribunal Supremo en respuesta al motivo de casación que cuestionaba la calificación de los hechos, concluye que el repaso de las actuaciones del recurrente consignadas en los hechos probados «basta para justificar que se le apliquen ambas modalidades de disposición de fondos, por su dominio funcional de los actos que así se indican de concesión con su intervención directa en el cambio de sistema de presupuestación y uso de transferencias de financiación, firma de convenios y otros, por todo lo cual es razonable plenamente que le impute participación directa de la disposición de los fondos (modalidad activa) y permitir que el director general de Trabajo dispusiera de los mismos (modalidad pasiva)». Subraya la parte que «en su mandato como consejero era el titular legal de la competencia para otorgar subvenciones, lo que refuerza su responsabilidad respecto de actos de quienes actuaron de hecho como delegados suyos (dos directores generales), tanto por permitir su realización, como por evitar controles». A su entender, no hay nada de imprevisible o irracional en su condena por malversación, sino que «[f]ue plenamente consciente de la significación del cambio de sistema de presupuestación y, con seguridad, determinante en la solución sistemática adoptada o acordada con el Sr. Viera, cuando eran consejero y viceconsejero, respectivamente, ante los reparos en las ayudas a HAMSA, actuación que persistió durante tantos años y por tan elevado importe».

Por lo que se refiere a las vulneraciones imputadas únicamente a la sentencia del Tribunal Supremo, el escrito de alegaciones del Partido Popular descarta la doble denuncia de incongruencia omisiva efectuada en los motivos primero y segundo de este bloque de quejas con apoyo en la respuesta ofrecida en este punto por el auto del Tribunal Supremo que resolvió los incidentes de nulidad actuaciones formulados contra la sentencia de casación (FFJJ 22 y 23) y en lo argumentado sobre los motivos décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero en esa sentencia (FJ 109 –motivo décimo–, FJ 102 y respuesta común en el apartado V –motivo undécimo–, FJ 110 –motivo duodécimo– y FJ 103 –motivo decimotercero–).

En cuanto al tercer motivo dirigido contra la sentencia de casación, niega categóricamente que esa sentencia haya introducido, sin la debida intermediación, elementos fácticos novedosos, carentes de sustento probatorio, para confirmar la condena por malversación. Subraya que la Sala Segunda ni ha revocado una sentencia absolutoria ni ha agravado la condena del recurrente y concluye, con amplia cita de dicha sentencia y del auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, que nada de lo expuesto en esa resolución «altera hecho probado alguno», pues se trata de «meras consideraciones jurídicas en el juicio de autoría o tipicidad» y ello en la medida en que «la función revisora de la casación no se limita en la forma estrecha que las partes sostienen en sus incidentes». Se rechaza igualmente que la sentencia casacional haya alterado «la modalidad de dolo que aprecia, a la vista de los hechos probados», siendo, en todo caso, lo «decisivo» que los hechos probados no hayan sido modificados ni se hayan reelaborado las pruebas. En este punto opone a la pretendida aplicabilidad al recurrente de la tesis del voto particular sobre la ausencia del elemento subjetivo del delito de malversación no solo que el voto excluye expresamente de sus razonamientos a las autoridades de la Consejería de Empleo, sino los errores jurídicos de su argumentación. Destaca entre ellos que el voto desconozca que el *factum* recoge que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo «conocieron la alta probabilidad o, en muchos casos, la efectiva concurrencia del riesgo de desvío de fondos públicos».

Respecto del último motivo de la demanda, referido a la difusión del fallo de casación sin motivación, el escrito de alegaciones puntualiza que no se trató de una filtración ni de una mera comunicación pública, sino de la difusión de una resolución (providencia) previamente notificada a las partes, concluidas las deliberaciones y fijado el fallo, pendiente solo de redacción el voto particular. Niega por ello que vulnerara el derecho a la presunción de inocencia o el derecho al honor, ya que «se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal», lo que no puede «equipararse a una condena pública sin motivación». Rechaza asimismo que el motivo pueda fundamentarse en la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, que se cita en la demanda, ya que en su artículo 4 prevé la posibilidad de divulgar información sobre el proceso penal por motivos de interés público, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado, por lo que con mayor razón cabe informar de una resolución alcanzada en una deliberación del Tribunal Supremo tras una previa condena por la sentencia de la Audiencia Provincial. Descarta también la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, ya que la anticipación del fallo no mermó la imparcialidad de los miembros del Tribunal Supremo, pues se produjo una vez finalizada la deliberación y quedando pendiente la redacción del voto particular frente a la sentencia mayoritaria ya redactada, circunstancias análogas a las de la sentencia «*in voce*» prevista en nuestra legislación (art. 789.2 LECrim). A los anteriores argumentos suma los manifestados por el Tribunal Supremo en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

(ii) Don José Antonio Griñán Martínez, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, evacuó el trámite de vista en escrito registrado en este tribunal el 7 de noviembre de 2023, dándose por instruido.

(iii) Don Antonio Vicente Lozano Peña, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, evacuó el trámite de vista en escrito registrado en este tribunal el 7 de noviembre de 2023, dándose por instruido.

(iv) Don Jesús María Rodríguez Román, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 20 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las diferentes vertientes desarrolladas en el recurso.

El escrito de alegaciones incluye «argumentos de apoyo» en relación con la condena por el delito de malversación del art. 432 CP, tanto en lo referido a sus elementos objetivos como subjetivos. Destaca, de un lado, la inexistencia de connivencia o acuerdo en el actuar delictivo y que, mientras que la sentencia de instancia afirma la existencia de

una coautoría con división de funciones, el Tribunal Supremo la convierte en autoría individual directa; así como que no existe referencia alguna al art. 11 CP o argumentos para fundar una posición de garante a pesar de condenarse por un delito en comisión por omisión. De otro lado, en lo que atañe al elemento subjetivo, denuncia que la sentencia de casación desborda y transforma la convicción alcanzada por la Audiencia Provincial en lo que atañe a la existencia de dolo eventual, unificando la parte subjetiva (el dolo) de los delitos de prevaricación y de malversación.

(v) Don Francisco Vallejo Serrano, al que se tuvo por personado en diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023, ha solicitado, en escrito registrado en este tribunal el 23 de noviembre de 2023, que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las diferentes vertientes desarrolladas en el recurso con argumentos análogos a los reflejados en el escrito de don Jesús María Rodríguez Román que acaban de exponerse.

6. El Ministerio Fiscal ha presentado alegaciones, registradas en este tribunal en fecha 8 de enero de 2024, previa prórroga del plazo conferido al efecto acordada en diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023, en las que solicita que se dicte sentencia que desestime íntegramente el recurso de amparo. Tras una sucinta exposición de los antecedentes y de los motivos de la demanda, el fiscal responde a cada uno de los motivos tal y como han sido articulados en la demanda, si bien antepone el examen del tercero al del segundo por denunciar, como el primero, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

(i) Frente a ese primer motivo, el fiscal recuerda que el análisis de la queja de presunción de inocencia debe partir del conjunto de los elementos probatorios, sin fragmentar o disgregar la apreciación y, con tal premisa, descarta la alegada lesión del derecho por la inconcreción e insuficiencia del relato de hechos probados. A esa conclusión conduce, en su opinión, el repaso de la exposición de las pruebas de cargo en la sentencia de instancia en los folios 852 y siguientes y de la respuesta de la sentencia de casación a los motivos por infracción de la presunción de inocencia en el fundamento jurídico 111 (folios 761 y ss.). Considera que ambas resoluciones «han expuesto y analizado extensamente el conjunto de pruebas de cargo practicadas en el juicio oral en forma contradictoria respecto del demandante amparo, y específicamente han respondido a lo que expone en este motivo de amparo en lo que se refiere a la condena por delito consumado de malversación, tanto en la modalidad activa como pasiva, en el marco de una actividad continuada [...] de forma que incluyen actos de disposición de fondos, en ambas modalidades». Todavía en las alegaciones relativas al primer motivo de la demanda aclara el fiscal que la alusión en él al derecho a conocer la acusación, formulado como el derecho de las partes a conocer con claridad y precisión los hechos sobre los que se basa la declaración de condena, carece de sustantividad propia, al insistir en la falta de hechos que sustenten la decisión, con lo que estaría en juego la presunción de inocencia en el mismo sentido ya rechazado.

(ii) Sostiene el fiscal que tampoco concurre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haberse efectuado una correcta valoración de la prueba que se alega en el tercer motivo del recurso de amparo, alusivo a la falta de prueba sobre el desvío del fin público de los fondos y la participación del recurrente en los hechos, a la luz de las respuestas dadas a estas cuestiones en las sentencias impugnadas y sus consideraciones en general sobre la prueba y su valoración, a las que se remite. No obstante, trae a sus alegaciones algunas de las consideraciones efectuadas por la sentencia condenatoria al valorar la prueba y por la sentencia de casación al rechazar el motivo de casación análogo.

Por lo que se refiere a la sentencia de instancia, recoge parte de sus afirmaciones sobre el programa 31L en relación con la actuación del recurrente como viceconsejero y consejero de empleo:

«1.<sup>a</sup> Punto 8: Como viceconsejero, intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004. Y por primera vez, en los presupuestos del 2002, se incluyó en el anteproyecto de presupuesto el uso de la transferencia de financiación al IFA dentro del programa 31L, a sabiendas de que su finalidad era la concesión de subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, siendo el órgano gestor la Dirección General de Trabajo.

2.<sup>a</sup> Punto 13: Siendo Consejero de Empleo, siguió haciendo este uso inadecuado de las transferencias de financiación en las distintas modificaciones presupuestarias que se produjeron, incrementando el programa 22E y luego 31L, en lo relativo a las transferencias de financiación al IFA, en materia de relaciones laborales. Interviniendo igualmente en su aprobación en el Consejo de Gobierno.

3.<sup>a</sup> Punto 22: tenía conocimiento del déficit en la Consejería de Empleo, de la que era titular, concretamente en el programa 31L.

4.<sup>a</sup> Punto 24: a): tomó la decisión de firmar, en su calidad de viceconsejero de empleo, con varios directivos de la empresa Santana, unos documentos/contratos de garantía indemnizatoria por permanencia en la empresa, mientras se ejecutaba el plan de acción social. Contratos que remitió en fecha 24 de julio de 2003, al entonces director general de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, y que se plasmaron en la suscripción de pólizas a favor de cada directivo, como beneficiario, y la empresa Santana, como tomadora, cuya prima se pagó con fondos del programa 31L.

b) Tuvo conocimiento, como viceconsejero, de la decisión del consejero, José Antonio Viera, de dar ayudas a los ayuntamientos con cargo al programa 31L, porque constan los convenios en las sesiones del consejo rector.

c) Tuvo conocimiento de que con cargo al programa 31L se pagaron nóminas a trabajadores de empresas en situación de crisis.

d) Por consiguiente, el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Disponiendo, y permitiendo que el director general de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

Asimismo, el fiscal apela al análisis en esa resolución de las circunstancias que llevan a apreciar la existencia del delito de malversación en relación con las subvenciones a empresas vinculadas a indemnizaciones por despido en un expediente de regulación de empleo, pero en cuyo expediente no consta la existencia de ningún análisis económico por la Consejería de Empleo sobre las circunstancias del beneficiario y su capacidad para hacer frente a las obligaciones; y con otras subvenciones con fines diversos, en ocasiones sin ningún objeto claramente definido y sin relación directa con la tramitación y aprobación de un expediente de regulación de empleo, que se recogen en un cuadro en los folios 1713 y 1714.

Por último recuerda que la sentencia condenatoria, respecto de los cargos de la Consejería de Empleo, concluye que la gravedad de los incumplimientos evidencian la ausencia de procedimiento o control y que el sistema permitía destinar los fondos a «su antojo», sin atender a interés público alguno, incluir beneficiarios que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas o que un número indeterminado de ellos siguiera percibiendo las rentas aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral o haber pasado a la situación de incapacidad.

Por lo que atañe a la sentencia del Tribunal Supremo, el fiscal subraya que «recuerda los cargos que desempeñó y sus funciones y competencias, afirma que la inclusión de las transferencias de financiación en los anteproyectos de presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004, constituyó una suerte de evolución del sistema de concesión de ayudas ilegales, pues hasta ese momento se habían estado usando, según

hemos expuesto, las modificaciones de presupuestos, resume las pruebas que permiten afirmar que (i) suscribió el convenio marco que, unido a las transferencias de financiación, permitían la concesión ilegal de las ayudas sociolaborales; (ii) sabía de su ilegalidad, por cuanto quedaban exentas de la fiscalización previa, entre otros aspectos; y (iii) sabía que el destinatario e importe de las ayudas se decidían en la Consejería de Empleo, ya que él mismo no solo firmó los acuerdos para llevar a cabo las transferencias de financiación al IFA por delegación del consejero, sino que, además, como presidente del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) emitió las oportunas certificaciones de incorporación de dichos fondos al PAIF de la entidad. Afirma asimismo que siguió haciendo uso de las transferencias de financiación durante el tiempo en que fue consejero de Empleo y miembro del Gobierno y que si tuvo conocimiento del uso de las transferencias de financiación en su condición de viceconsejero, el mismo conocimiento debe atribuírsele en su condición de consejero de Empleo, máxime cuando durante el tiempo en que ocupó el cargo el procedimiento ilegal de concesión de subvenciones se desarrolló y consolidó (recordemos que fue consejero de Empleo hasta el 22 de marzo de 2010). Posteriormente menciona el sistema de fragmentación de ayudas a Pickman, y cómo a partir del consejo rector de 27 de mayo de 2003, se decidió que el criterio para calcular las ayudas sociolaborales se llevaría a cabo por cada trabajador y no por el importe total de la ayuda, y ello, pese a que, al firmarse el convenio, se hacía por la totalidad de la ayuda concedida o por una parte de ella y esa era la cantidad que se pagaba, con lo que se evitaba someter los convenios provisionales a la ratificación del Consejo de Gobierno, y al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

El fiscal termina sus alegaciones sobre el motivo aclarando que solo ha transcrito parte de los argumentos empleados por las resoluciones judiciales, que no se circunscriben a la queja formulada, sino que realizan una valoración del conjunto de la prueba, pero dicha transcripción muestra que, «dadas las pruebas y su valoración por los tribunales, no se ha producido la lesión constitucional denunciada».

(iii) El fiscal descarta a continuación la vulneración de las garantías del principio de legalidad que el recurrente vincula a la falta de concurrencia de los requisitos típicos del delito de malversación, no sin antes advertir de que el motivo reproduce en gran medida lo aducido en desarrollo de la primera queja de amparo, relativa a la presunción de inocencia, remitiéndose a lo ya dicho al respecto en el escrito. Parte en sus alegaciones de que el recurrente ha sido condenado por un delito continuado en relación con actos realizados a lo largo de un dilatado periodo de tiempo en el que desempeñó diversos cargos y a partir de una valoración en conjunto de la prueba, circunstancias que impedirían «aplicar a todo el período considerado algunas de las afirmaciones efectuadas por el recurrente».

Respecto a la queja del recurrente de que no tenía a su disposición los fondos objeto de delito de malversación, opone que de las «competencias de los diversos órganos cuya titularidad correspondió a lo largo del tiempo al demandante de amparo se desprende que las sentencias recurridas razonaron sobre su competencia para disponer de los fondos y, en consecuencia, su atribución de responsabilidad por el primer inciso del artículo 404 (*rectius*, art. 432) del Código penal».

Por lo que atañe a la imposibilidad de aplicar el segundo inciso del art. 404 CP (*rectius*, art. 432) y sancionar por permitir que un tercero sustraiga los caudales públicos, no solo destaca que el recurrente tenía la disposición de los fondos, sino que el director general de Empleo no tenía competencia jurídica para ello, sin que de la lectura del convenio marco de 17 de junio de 2001 se desprenda «que sea dicha Dirección General, y no el propio consejero, el competente para otorgar esas ayudas, de modo que dicha Dirección General se configura más bien como una simple ejecutora de lo acordado por el consejero, como se desprende de las estipulaciones primera y segunda de dicho convenio». A ello suma que la competencia «no fue objeto de delegación en favor del director general hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010» y que el recurrente impartió directrices al director general de Trabajo sobre la aplicación del citado convenio marco. No considera, en fin, exigible a los tribunales «una

especificación de a qué título de imputación había de atribuirse cada uno de los hechos relevantes por los que fue condenado».

(iv) El fiscal considera infundada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva atribuida en los motivos cuarto y quinto de la demanda a la sentencia del Tribunal Supremo, por la falta de respuesta a determinadas pretensiones explicitadas en diversos motivos de casación. Opone a la queja las respuestas dadas en la sentencia de casación a esos motivos de casación en los que se solicitaba la exclusión de determinados hechos y la inclusión de otros en el relato fáctico, así como lo razonado frente a quejas análogas en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

(v) También solicita el fiscal la desestimación del motivo sexto, ya que, como mostraría la argumentación que conduce a rechazar una denuncia análoga en el fundamento jurídico 4 del auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, las frases cuestionadas en la demanda en tanto que introducción de datos fácticos ajenos al *factum* “no han añadido nada nuevo a lo declarado en los hechos probados de la sentencia de instancia, sino resumido o concretado todo el conjunto de hechos declarados probados por dicha sentencia”. En la fundamentación jurídica de esa sentencia estaba ya la alusión a la finalidad del cambio del sistema presupuestario para justificar la vinculación causal entre el criterio ilegal de presupuestación y la posterior malversación y en ella se contenían afirmaciones coincidentes con las cuestionadas, alusivas a que se pretendía «eludir la fiscalización previa» y la «tramitación de los correspondientes expedientes».

(vi) Respecto del motivo séptimo (*sic*), dirigido contra el voto particular de la sentencia de casación, el fiscal apunta en primer lugar que la queja no se efectuó en el incidente de nulidad de actuaciones, por lo que concurriría una causa de inadmisión del recurso [art. 50.1 LOTC en relación con el art. 44.1 a) y c) LOTC]. Subsidiariamente observa que el motivo debe desestimarse, ya que los votos particulares, aun cuando se incorporan a la resolución, no se pueden identificar con la sentencia, sin que lo afirmado en ellos, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica, sea base o fundamento del fallo de la sentencia, por lo que no pueden lesionar derecho fundamental alguno.

(vii) Por último se aborda la queja que pone fin al recurso, formulada como vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dada la comunicación pública del fallo sin motivación y vulneración correlativa de derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El análisis de lo aducido en el motivo, la respuesta dada en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, las previsiones normativas aplicables y la doctrina constitucional concernida –en especial, la STC 244/2007, de 10 de diciembre– lleva al fiscal a circunscribir la queja a una posible lesión del derecho al honor. En efecto, estima que, en tanto la sentencia, según refiere el auto del Tribunal Supremo, estaba ya redactada y faltaba solo el texto del voto particular, «no puede afirmarse en ningún caso que los magistrados integrantes de la Sala hubieran perdido su imparcialidad». Y, de otro lado, que el fallo anticipado informaba de la confirmación de la sentencia de instancia condenatoria, por lo que «no hubo lesión del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal».

Para valorar la posible lesión del derecho al honor considera necesario «llevar a cabo una valoración ponderativa que tome en consideración todas las circunstancias del caso, y en particular, la eventual colisión del derecho invocado por el recurrente con el interés constitucionalmente legítimo que se identifica con la existencia de una opinión pública libre, e incluso, desde una perspectiva simétrica a la que sugiere la doctrina constitucional expuesta, con el derecho a recibir información veraz que con carácter general –y extensión al conjunto de la ciudadanía– proclama el artículo 20.1 d) CE». En el caso, a su juicio, el hecho de que hubiera sido ya condenado en primera instancia, siendo dicha condena pública y notoria, el interés público del asunto y la finalidad del Tribunal Supremo de responder a esa atención con información veraz y fidedigna son factores muy relevantes que determinan la inexistencia de la lesión denunciada. Insiste

en que, a diferencia de otros supuestos examinados por la doctrina constitucional, «en el presente caso no se enjuicia la actuación de un tercero ajeno al proceso que implica una vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento extraprocésal, sino que es el propio órgano constitucionalmente competente para declarar la culpabilidad o la inocencia de acusado el que, sobre la base de una previa condena en la instancia, y con la certeza –que además hace expresamente pública– de que la decisión adoptada es ya definitiva, la difunde para dar satisfacción a un interés constitucionalmente legítimo como es el de asegurar una información institucional que ofrezca garantías plenas de veracidad y certeza, dando satisfacción al correlativo derecho de los ciudadanos».

7. Por providencia de 2 de julio de 2024 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 3 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y orden de análisis de las quejas.

1.1 Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que le condenó como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de siete años, once meses, y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de diecinueve años; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestima el recurso de casación formulado por el demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020), y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

El recurrente alega en su escrito de demanda diversas vulneraciones de derechos fundamentales que cabe ordenar como sigue: (i) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por tres razones: en tanto la condena por el delito de malversación se basa en unos hechos probados inconcretos e imprecisos que no integran el tipo penal ni describen su participación en ellos –motivo primero de la demanda–, se asienta en una valoración de la prueba irracional, sin que se infiera la comisión del hecho y su participación y siendo ilógico, irrazonable e insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado –motivo tercero– y se confirma por el Tribunal Supremo a partir de datos fácticos ajenos al *factum* de la sentencia de instancia introducidos *ex novo* en la sentencia de casación –motivo sexto–; (ii) del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por no concurrir los requisitos típicos del delito de malversación, ni en la modalidad activa de sustraer ni en la pasiva de permitir que un tercero sustraiga –motivo segundo–; (iii) del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva de la sentencia del Tribunal Supremo dada la falta de respuesta a determinadas pretensiones del recurso de casación –motivos cuarto y quinto–; (iv) y del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal (art. 24.2 CE) en relación con los derechos al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haberse publicado el fallo de la sentencia de casación antes de ser notificada íntegramente al demandante –motivo séptimo–.

La representación procesal del Partido Popular ha interesado la desestimación íntegra del amparo, con los argumentos que han sido sintetizados en el antecedente de hecho 5 b).

Las representaciones procesales de don José Antonio Griñán Martínez y don Antonio Vicente Lozano Peña evacuaron vista dándose por instruidas y las de don Jesús María Rodríguez Román y don Francisco Vallejo Serrano han interesado que se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las diferentes vertientes desarrolladas en el recurso con los argumentos expuestos asimismo en el antecedente 5 b).

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha interesado en su escrito de alegaciones la desestimación íntegra de la demanda de amparo con los argumentos que han sido expuestos en el antecedente de hecho 6.

Debe precisarse que la delimitación del contenido impugnatorio del recurso viene dada por las quejas formuladas por el actor en la demanda de amparo y no se ve alterada por la denuncia de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por una aplicación inesperada e imprevisible del delito de prevaricación a su conducta que efectuó en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC.

Como recuerda la STC 90/2024, de 17 junio, FJ 2 A), es en la demanda donde «ha de individualizarse el acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, con indicación de la razón para pedirla o *causa petendi* (STC 185/1996, de 25 de noviembre, FJ 1), sin que sean viables las alteraciones introducidas con ulteriores alegaciones (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 1, y 39/1999, de 22 de marzo, FJ 2), cuya ratio es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no ampliarlo o variarlo sustancialmente (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 2)» [por todas, SSTC 13/2008, de 31 de enero, FJ 3, y 52/2021, de 15 de marzo, FJ 2 c)]. En particular, no cabe esa ampliación en el trámite de alegaciones previsto en el art. 52 LOTC, pues «es en la demanda de amparo donde queda fijado el objeto procesal, definiendo y delimitando la pretensión» (SSTC 235/1994, de 20 de julio, FJ 1; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1, y 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4).

En el presente caso, el recurrente planteó la vulneración del derecho a la legalidad penal en su demanda de amparo exclusivamente en relación con su condena como autor de un delito de malversación de caudales públicos. No es sino al cumplimentar el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC que introduce como pretensión novedosa la lesión del art. 25.1 CE por su condena como autor de un delito de prevaricación, que no puede entenderse como reforzamiento de la argumentación preexistente, sino como una nueva queja que, por tal autonomía y novedad, no puede conectarse con el contenido original de la demanda como refuerzo o argumento adicional y sobre la que las partes no han podido formular alegación alguna. En tal medida, este motivo no puede ser objeto de pronunciamiento.

### 1.2 Orden de análisis de las quejas.

Se considera procedente, por razones de ordenación sistemática de las materias a tratar, examinar en primer lugar la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (segundo motivo de amparo) y a continuación las relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, primero las atribuidas a la sentencia condenatoria (motivos primero y tercero) y después la imputada a la sentencia de casación (motivo sexto), para, seguidamente, examinar el resto de vulneraciones atribuidas a la sentencia del Tribunal Supremo (motivos cuarto, quinto y séptimo), cuyo análisis puede verse condicionado por la respuesta que reciban las anteriores.

2. Breve delimitación fáctica y jurídica del proceso «ERE» y de la condena del demandante de amparo.

En los antecedentes de esta sentencia se ha reproducido el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (fundamento de Derecho 1, págs. 97 y siguientes) del relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, concerniente al sistema de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis objeto del denominado proceso «ERE». Dado el contenido de la demanda de

amparo y la extensión del relato fáctico de la sentencia de instancia, resulta conveniente, antes de proceder al examen individualizado de cada una de las quejas formuladas, hacer unas consideraciones previas con la finalidad de facilitar la comprensión de los hechos objeto del proceso *a quo* y del enjuiciamiento que en esta sentencia se va a llevar a cabo de la demanda de amparo. Consideraciones referidas, la primera, a una sucinta exposición de los hechos que dieron lugar al proceso penal del que trae causa este recurso de amparo; la segunda, al objeto de la denominada «pieza específica» y su superposición con las restantes piezas desgajadas de la matriz del caso «ERE»; la tercera, a los concretos hechos enjuiciados en el proceso penal; y, en fin, la última, a los hechos que han determinado la condena del demandante de amparo.

#### 2.1 Sucinta exposición general de los hechos del proceso «ERE».

a) Entre los años 1990 y 2000, el Gobierno de la Junta de Andalucía, con la finalidad de dar respuesta a las situaciones de crisis económica de empresas con centros directivos en la comunidad autónoma, articuló, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico –anteriormente Consejería de Trabajo e Industria–, un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de dichas empresas que, atendiendo a su edad, les aseguraran un nivel de ingresos hasta acceder a la jubilación. Ese sistema complementaba las ayudas previas a la jubilación ordinaria del sistema general de la Seguridad Social y las ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

La aplicación presupuestaria utilizada para clasificar este gasto, dentro del programa 22E, era la relativa a «Transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro» (concepto 481.00.22E). Las ayudas se tramitaban como subvenciones excepcionales estando sometidas a la normativa en materia de subvenciones, así como a la Intervención delegada de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. La función interventora comprendía la intervención previa o crítica de todo gasto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores; la intervención formal de la ordenación del pago; la intervención material del pago; y, en fin, la intervención de la aplicación o empleo de las cantidades destinadas a obras, suministros o adquisiciones y servicios.

En la tramitación de sendos expedientes sobre estas ayudas, el interventor delegado de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico formuló reparos en el informe de fiscalización, que, si bien no llegaron a impedir su concesión, la dificultaron y retrasaron.

b) Según consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, la necesidad de prolongar las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis y los reparos formulados a su tramitación motivó que el Consejo de Gobierno, la Consejera y el Viceconsejero de Hacienda, durante los años 2000 y 2001, aprobasen un total de siete modificaciones presupuestarias, mediante las que se crearon en el programa 22E, sendas aplicaciones presupuestarias, conceptos 440.12.22 y 440.00.22, denominadas, respectivamente, «Transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía –IFA–» y también, «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales». En cinco de esas modificaciones presupuestarias las cantidades minoradas correspondieron a las partidas presupuestarias 472.00.22E «Transferencias corrientes a empresas privadas en materia de relaciones laborales, acciones que generan empleo», y 481.00.22E, «Transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro, acciones que generan empleo». En las otras dos modificaciones presupuestarias las cantidades se detrajeron de diversos programas y conceptos presupuestarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

El destinatario de estas modificaciones presupuestarias para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis era el IFA, entidad de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, que como principal instrumento para financiar su actividad –el fomento de la actividad empresarial, la creación de empleo y la instauración de nuevas

tecnologías— contaba con las denominadas transferencias de financiación, en sus modalidades de explotación y capital. Las transferencias de financiación tenían como objeto equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del IFA.

En el segundo semestre del año 2000 se elaboró el proyecto de Decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. Con esta disposición se pretendía —según se recogía en su preámbulo— «articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas ayudas». En su art. 7.3 se preveía que estas ayudas «podrán ser concedidas a través del Instituto de Fomento de Andalucía». El proyecto de decreto no llegó a ser elevado para su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Hasta el mes de julio del año 2001, los fondos recibidos por el IFA fueron entregados a los destinatarios de las ayudas mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA. El 17 de julio de 2001, el consejero de Empleo y el presidente del IFA suscribieron el «Convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social» (el convenio marco). En virtud de dicho convenio, el IFA se comprometía a prestar asistencia técnica permanente a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (DGTSS), materializando las ayudas que, en su caso, otorgase la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la citada dirección general, a las empresas u otros entes públicos o privados. Se contemplaba la suscripción de convenios particulares entre el Director General de Trabajo y el IFA, en los que habían de concretarse las previsiones del Convenio Marco, debiendo contener, al menos, las siguientes especificaciones: (i) objeto y alcance del convenio particular; (ii) estimación económica de la asistencia o cuantía de las ayudas a materializar, empresas u otros entes públicos o privados, así como consignación presupuestaria a cuyo cargo habían de realizarse la transferencia de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía de dar cuenta inmediata a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

En la mayor parte de los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA se hizo constar expresamente que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la dirección general, autorizando esta su pago. En ningún caso llegaron a constituirse las comisiones de seguimiento previstas en el Convenio Marco.

Tras la firma del convenio marco, el consejo rector del IFA debía de intervenir en la materialización del pago de las ayudas, aprobando, en su caso, los pagos derivados de la firma de cada convenio particular de importe superior a 450.000 euros. Las ayudas que superasen la cuantía de 1 200 000 euros debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

c) En los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de los años 2002 a 2009 se introdujeron en un nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, las aplicaciones presupuestarias «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» —concepto 440.00— y «Transferencia de financiación al IFA/IDEA» —concepto 440.51—, en las que se recogían los créditos destinados a favor del IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. Los fondos percibidos por el IFA —que en el año 2004 pasó a denominarse Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), adscrita a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa— se destinaban a pagar lo ordenado por la consejería conforme a lo previsto en el Convenio Marco.

Los proyectos de las leyes de presupuestos fueron presentados al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda, aprobación y control (art. 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), acompañados, en lo que ahora interesa, de las correspondientes memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L, de cuyo contenido la sentencia de instancia extrae las siguientes conclusiones, que reproduce la sentencia de casación (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196):

«9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuesto anual de la Junta de Andalucía:

A) La descripción de los objetivos y actividades contenidos en las fichas del programa 31L, son, como hemos visto, del siguiente tenor:

- “Transferencias al IFA”.
- “Transferencias al AIDA”.
- “Mantenimiento empleo y tejido productivo andaluz”.
- “Gestión de subvenciones”.
- “Ayudas prejubilaciones y expedientes de regulación de empleo”.
- “Suscripción de convenio”.

B) Por lo que se refiere a las memorias de los informes económico financieros, en la descripción de las actividades y objetivos contenidos en las mismas, son, como hemos visto igualmente, del siguiente tenor:

- Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades.
- Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
  - Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica.
  - Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
  - Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.
  - Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
  - El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.
  - La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias.
  - Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas.
  - Realización de transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz.
  - Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de seguridad social.

– El programa presupuestario 31L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, centro directivo que tiene atribuidas las competencias que corresponden a la consejería en materia de relaciones laborales.

– Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras.

– Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.

– Continuar la línea de colaboración con IDEA en aplicación del concierto de ayudas para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor desde el año 2001.

– En aras del mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, continuará en vigor durante el ejercicio de 2003 el convenio marco entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001 referido a las ayudas a las empresas para prejubilaciones, expedientes de regulación de empleo y proyectos de viabilidad, con el que se pretende atender a los sectores o empresas en crisis para que se mantenga el mayor volumen de empleo posible.

– Mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz: cobertura de las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e impulso a la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.»

Las citadas partidas presupuestarias –440.00 «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» y 440.51 «Transferencias de financiación al IFA/IDEA»– fueron aprobadas por el Parlamento de Andalucía en las correspondientes leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009, cuyos importes resultaron incrementados como consecuencia de la aprobación de sucesivas modificaciones presupuestarias.

El IFA/IDEA, como consecuencia de la aprobación de las leyes de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias, recogió en su presupuesto de explotación, en la rúbrica «Otros gastos de explotación», los importes que preveía recibir del programa presupuestario 31L. El criterio adoptado por el IFA/IDEA a efectos de contabilidad fue el de reflejar la realidad económica de la operación de mera intermediación, es decir, reconocer como un activo –derecho de cobro– los importes a percibir de la consejería, vía transferencias de financiación de los conceptos 440.00 y 440.51, y como un pasivo –obligaciones– los compromisos de pago que asumía por orden de la consejería mediante la suscripción de los convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, en desarrollo del convenio marco.

Según consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, el Consejero de Empleo –don José Antonio Viera Chacón– y el vicepresidente del IFA –don Antonio Fernández García–, para evitar dar información a los miembros del consejo rector del IFA ajenos a la Consejería de Empleo, así como que tuvieran que ser ratificadas por el Consejo de Gobierno las ayudas superiores a 1 200 000 euros y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía», decidieron sustraer al conocimiento del consejo rector, a partir de la reunión de 27 de mayo de 2003, todas las ayudas sociolaborales, con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la suma total de las ayudas recibidas por el conjunto de trabajadores de cada empresa. Respecto de las ayudas destinadas a las empresas, el método utilizado fue el fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos.

En el ejercicio 2009 se dejaron de suscribir convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IDEA, dictándose por el director general de

Trabajo resoluciones concediendo las ayudas y ordenando su pago al director general de IDEA.

El control financiero del IFA/IDEA se limitó a verificar que se había efectuado el pago de las ayudas ordenado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, ya que formalmente no se trataba de ayudas concedidas por el IFA/IDEA.

d) En el año 2010 se abandonaron las transferencias de financiación al IDEA y se presupuestaron en los correspondientes programas las partidas destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, publicándose las bases reguladoras de las convocatorias para su concesión mediante Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 y de 13 y de 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por el Decreto ley 4/2012, de 16 de octubre, de la Junta de Andalucía, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

En el citado decreto-ley se estableció que a estas ayudas sociolaborales no les eran de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, previendo una completa regulación de las mismas referida, entre otros extremos, a los criterios de concesión, los sistemas de control, las obligaciones de colaboración y declaración, las acciones de reintegro, el régimen disciplinario, así como su sujeción a una fiscalización previa.

e) En resumen, el sistema de otorgamiento de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis hasta el año 2010 fue el siguiente:

(i) En la década de los años 1990 estas ayudas se tramitaron como subvenciones excepcionales, siendo concedidas y pagadas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

(ii) Desde el año 2000 hasta el año 2010 las ayudas las concedió la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, y el pago lo efectuaba el IFA/IDEA. Su régimen se establecía en los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, al amparo del Convenio Marco de 17 de julio de 2001.

(iii) Al IFA/IDEA se le atribuyeron los fondos para el pago de las ayudas mediante transferencias de financiación. La utilización de estos créditos no estaba sometida a un control previo, sino a un control *ex post*: el llamado «control financiero permanente». Este control se limitaba a comprobar la legalidad del pago; examinar las cuentas anuales, y analizar críticamente los programas asignados al instituto.

(iv) Al IFA/IDEA se le dotó de fondos, al principio, durante los años 2000 y 2001, mediante modificaciones presupuestarias y, después, estableciendo en las leyes de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009 unas partidas presupuestarias específicas, en el programa 31L, para que abonase dichas ayudas, cuyo importe inicial se incrementó a través de la aprobación de modificaciones presupuestarias.

El seguimiento del referido sistema de otorgamiento de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis hasta el año 2010 permitió, según las resoluciones impugnadas:

(i) Que se concediesen las ayudas sociolaborales sin publicación de bases reguladoras que garantizaran la publicidad y conocimiento general por los posibles destinatarios de las ayudas, sin registro en la Base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía, sin establecer el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas de rentas abonadas por la Consejería de Empleo y sin exigencia de justificación alguna o seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, todo lo cual permitió que percibieran las rentas de las pólizas personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado o que siguieran percibiéndolas quienes ya se habían incorporado al mercado laboral;

(ii) Que se concediesen ayudas a empresas en crisis sin realizar convocatorias que garantizaran la publicidad y conocimiento general, sin el obligatorio registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía y sin que una gran parte de esas ayudas dispusiera de un objeto concreto, lo que facilitó que las ayudas fueran concedidas para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales y

(iii) Que se destinasen fondos del programa 31L a fines distintos y ajenos a los recogidos para este en los correspondientes presupuestos.

## 2.2 La «pieza específica» y las demás piezas del proceso «ERE».

La causa matriz de los «ERE» se desgajó en una primera pieza denominada «pieza específica» y, en lo que aquí interesa, en un número no inferior a otras 200 piezas que tienen por objeto las ayudas individuales concedidas a empresas o determinados grupos de empresas.

El Tribunal Supremo declara en su sentencia, que en la «pieza específica», de la que trae causa la presente demanda de amparo, han sido enjuiciados, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de fondos públicos o permitir su disposición, «un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos». En las piezas dedicadas a las ayudas individuales son objeto de investigación, en cambio, cada una de esas ayudas, «lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas».

Entre la «pieza específica» y las piezas individuales existe, afirma la sentencia de casación, una posible zona de coincidencia, «la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos». Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que «[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no solo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas [...]. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz [“pieza específica”] el proceso de “diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes” y en las distintas piezas separadas la concesión y pago de las distintas ayudas». Esta división –reconoce el Tribunal Supremo– «podía dar lugar a que hubiera coincidencia entre la pieza matriz [“pieza específica”] y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en “el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes”, dentro de este grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares», como los «Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social, [...] los directores generales del IFA/IDEA y, en general, [...] cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos» (fundamento de Derecho 3.4; págs. 122-133).

## 2.3 Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

Los hechos enjuiciados en la «pieza específica» se delimitan material y cronológicamente en el fundamento de Derecho 3.4 (págs. 135-137) de la sentencia del Tribunal Supremo en estos términos:

«(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18 de abril de 2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo

el 1 de diciembre de 2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso.

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

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

– Aprobación de las modificaciones presupuestarias de fechas 28 de julio de 2000, 7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 13 de noviembre de 2001, 5 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 21 de octubre de 2002, 18 de marzo de 2004, 17 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007, 22 de diciembre de 2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 1 de diciembre de 2009.

– Otorgamiento del convenio marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) de 17 de julio de 2001, suscrito por don José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo de la Junta de Andalucía y don Antonio Fernández García, como presidente del IFA.

– Otorgamiento de los convenios particulares suscritos a partir de la firma del convenio marco, firmados hasta su cese por el acusado don Francisco Javier Guerrero Benítez, como director general de Trabajo y por el IFA. En relación con este último, firmados por su presidente hasta el 28 de enero de 2003 y posteriormente por los directores generales de dicho instituto.

– Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27 de mayo de 2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del consejo rector del IFA.

– Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa Pickman SA, según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el consejo rector del IFA en su sesión de 2 de marzo de 2004.

– Concesión de las ayudas sociolaborales.

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

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

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

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

crisis [apartado B)] o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias [apartado C)].»

La sentencia de la Audiencia Provincial dedica el apartado vigesimosegundo de los hechos probados (págs. 91-96), al que se refiere el último párrafo que se acaba de transcribir de la sentencia del Tribunal Supremo, a fijar el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y 31L, de los que se dispuso año tras año para atender a los compromisos asumidos frente a terceros mediante el mecanismo de las transferencias de financiación al IFA/IDEA para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Tras cuantificar su importe anual, la sentencia de instancia distingue entre los fondos del programa 31L que tuvieron por objeto ayudas sociolaborales, a las que dedica el subapartado A); los destinados a empresas en crisis, que son objeto del subapartado B), y, finalmente, los que se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de dicho programa, que describe en el subapartado C).

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

«C) Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo, así podemos reseñar que se abonó:

– Facturas emitidas por las mercantiles Tapsa y Cicm, derivadas de varios contratos de campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del [Servicio Andaluz de Empleo], por un total de 3 386 017,00 euros, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15 de julio de 2003 a 2 de marzo de 2004.

– Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el consejero de Gobernación, por el cual la Consejería de Empleo realizará las actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 Andalucía, de las dependencias correspondientes a las alas noroeste y suroeste de la sexta planta del edificio Pabellón de Italia. Los gastos de esta cesión se compensaron contablemente con otros saldos de la agencia IDEA dentro de la Comunidad de bienes “Centro de Empresas Pabellón de Italia”.

– Financiación del programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería, conforme al convenio firmado el 26 de septiembre de 2003, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180 304 euros, para la realización de cursos *on line*.

– Financiación de campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, conforme al protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, de fecha 14 de abril de 2005, que supuso el abono a la entidad Cenforpre de 491 424,43 euros, mediante la suscripción de póliza de rentas y de capital, en la que figuraba como beneficiario José Antonio Gómez Román.

– Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, SA, FCC Medio Ambiente, SA, y CESPAS, SA, como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006, que puso fin a la conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada. El pago de estas cantidades se realizó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, SA, y FCC Medio Ambiente, SA, habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276 222,24 euros.

– Colaboración en la financiación de dieciséis muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo, por municipios andaluces, en los ejercicios 2002 a 2004, de los cuales catorce eran regidos por el PSOE, uno por el PA, y uno por IU, en la fecha de la concesión, y siendo mayoritariamente pertenecientes a la provincia de Sevilla, –solo uno en Jaén y dos en Cádiz–.

– En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1 192 000 euros para el pago a la Fundación San Telmo, del “Curso de alta dirección de instituciones sociales”, para un total de cien personas.»

#### 2.4 Hechos por los que ha sido condenado el demandante de amparo.

El fundamento fáctico de la condena de don Antonio Fernández García, conforme a lo referido en los hechos probados y en los fundamentos de Derecho 26 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, viene integrado por (i) su intervención en la elaboración y tramitación de los presupuestos de Andalucía de los ejercicios 2002 a 2009; (ii) su intervención en la tramitación y/o aprobación de diversas modificaciones presupuestarias desde el año 2000 hasta el año 2009; (iii) y su relevante papel en relación con las ayudas sociolaborales y los convenios a través de los que se instrumentaron, ya que tomó parte en las decisiones sobre la concesión de aquellas, la forma de cuantificarlas y la información sobre las mismas y firmó tanto el convenio marco como diversos convenios particulares; (iv) todo ello en el ejercicio de sus diversos cargos y con conocimiento «de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó».

El demandante fue viceconsejero de Empleo de 29 de abril de 2000 a 25 de abril de 2004, consejero de Empleo desde ese día hasta el 22 de marzo de 2010 y presidente del IFA de 6 de junio de 2001 a 28 de enero de 2003. En relación con el ejercicio de esos cargos se reseñan en el extenso relato fáctico y los fundamentos de Derecho 26 y 49 los siguientes hechos relevantes:

(i) Tuvo conocimiento de las dificultades que habían surgido en el pago de las ayudas sociolaborales como subvenciones excepcionales sometidas a control previo y asistió a las sesiones de la Comisión general de viceconsejeros celebradas el 13 de diciembre de 2000 y el 17 y 21 de enero de 2001 en las que presentó un proyecto de decreto para regular la tramitación de las ayudas de otra forma, con intermediación del IFA, que fue objeto de observaciones por el interventor general, alusivas a la necesidad de indicar la aplicación presupuestaria o de fijar un contenido mínimo de exigencias. El proyecto, finalmente, no fue elevado para su aprobación al Consejo de Gobierno.

(ii) En los ejercicios presupuestarios de 2000 y 2001, el recurrente intervino como viceconsejero de Empleo en varias modificaciones al presupuesto de la Junta de Andalucía para eludir la fiscalización previa, y en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas. Las modificaciones eran siempre a propuesta de la Consejería de Empleo y, en tanto superaran determinada cuantía, se aprobaban por el Consejo de Gobierno previo estudio y aprobación por la Comisión General de Viceconsejeros. En ellas se introdujo en el programa 22E el uso inadecuado de las transferencias de financiación al IFA, con lo que suponía de dejar de cumplir los requisitos de la normativa de subvenciones para seguir dando ayudas al margen de este procedimiento.

En concreto, el recurrente asistió a las sesiones de esta comisión de 11 de abril y 26 de julio de 2000 y de 12 de septiembre y 7 de noviembre de 2001, en las que se acordó elevar al Consejo de Gobierno las modificaciones finalmente aprobadas por este el 18 de abril de 2000 (1 544 601 euros), el 28 de julio de 2000 (5 433 149 euros), el 18 de septiembre de 2001 (7 362 398 euros) y el 13 de noviembre de 2001 (3 966 680 euros). La sentencia de instancia considera que son tantos y tan evidentes los incumplimientos producidos con las citadas modificaciones que hace impensable que ello pasara desapercibido a su paso por la Comisión general de viceconsejeros de la que el recurrente formaba parte.

El Sr. Fernández García, además, firmó los acuerdos para llevar a cabo las transferencias de financiación al IFA por delegación del consejero de Empleo, reseñándose como ejemplo el acuerdo relativo a los fondos provenientes de las modificaciones presupuestarias de 28 de julio de 2000 y de 13 de noviembre de 2001, e intervino como presidente del IFA emitiendo la oportuna certificación de incorporación de dichos fondos a la entidad.

(iii) El 17 de julio de 2001 firmó como presidente del IFA (al tiempo que viceconsejero) el Convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT), y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, que disponía la celebración de convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA para materializar las ayudas. Impartió directrices al director general de Trabajo sobre la aplicación del convenio marco.

Firmó numerosos convenios de colaboración en su calidad de presidente del IFA, como, por ejemplo, el convenio de 19 de julio de 2001 en el expediente HAMSA, conociendo que con el sistema de las transferencias de financiación y el convenio marco la concesión de las ayudas quedaba sin fiscalización previa.

(iv) Intervino como viceconsejero de Empleo en la elaboración y tramitación de los anteproyectos de ley de presupuestos para Andalucía de los ejercicios 2002, donde por primera vez se incluyó el uso de la transferencia de financiación al IFA dentro del programa 31L por iniciativa de los responsables de la Consejería de Empleo, 2003 y 2004, en los que se mantiene el concepto presupuestario «Transferencias de financiación al IFA» en el programa 31L, con conocimiento de los incumplimientos y de las consecuencias que derivaban del uso de las transferencias de financiación como mecanismo de allegar fondos al IFA para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo en materia de ayudas sociolaborales.

(v) El Sr. Fernández García asistió asimismo como viceconsejero a la Comisión general de Viceconsejeros de 8 de octubre de 2002 en la que se acordó elevar al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias por importe de 9 944 090 euros para incrementar la aplicación presupuestaria 440.00.31L «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», que fueron aprobadas el 15 de octubre de 2002.

(vi) Como consejero de Empleo, aprobó el anteproyecto de presupuesto de su consejería y, en tanto que miembro del Consejo de Gobierno, participó en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, en los que asimismo se introdujeron aplicaciones presupuestarias en el nuevo programa 31L que recogían las transferencias de financiación a IDEA para abonar lo que ordenara la Consejería de Empleo.

(vii) También en su condición de miembro del Consejo de Gobierno participó en la aprobación de diversas modificaciones presupuestarias realizadas a propuesta de los órganos gestores de la Consejería de Empleo. Se consignan las modificaciones presupuestarias que incrementan la aplicación presupuestaria de transferencias de financiación al IFA/IDEA en el programa 31L aprobadas por el Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2005 (799 895,97 euros), el 7 de noviembre de 2006 (9 300 000 euros), el 27 de noviembre de 2007 (7 448 503,44 euros) y el 22 de diciembre de 2008 (tres modificaciones por importe de 1 253 853,89, 6 011 836,20 y 8 000 000 euros, si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la intervención delegada de la Consejería de Empleo). Por otro lado, una modificación presupuestaria que incrementaba el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo» por importe de 2 994 876 euros, aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004, a pesar de que los fines del programa 32H eran ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas, que se destinó al pago de ayudas del programa 31L.

(viii) La sentencia de la Audiencia Provincial insiste en que a través de las sucesivas actuaciones presupuestarias se puso a disposición del director general de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo fondos para que este pudiera disponer de ellos sin sujeción a la fiscalización de la Intervención de la Junta de Andalucía y sin necesidad de tramitar expediente alguno, en este caso, el de subvenciones excepcionales.

(ix) El Sr. Fernández García conoció los convenios firmados por el director general de Trabajo, al que dio instrucciones, y adoptó decisiones sobre la condición o pago de

las ayudas. Se recoge en particular su intervención en el año 2003 como viceconsejero en las ayudas a la empresa Santana, la Faja Pirítica (2003) y el ayuntamiento de Chiclana.

(x) El recurrente tomó la decisión de calcular las ayudas sociolaborales por lo que iba a recibir cada trabajador y no el conjunto para evitar tener que dar más información a los miembros del consejo rector del IFA ajenos a la Consejería de Empleo y que tuvieran que ser ratificados por el Consejo de Gobierno los de importe superior a 1 200 000 euros. Esa decisión se hizo efectiva en el consejo rector de 27 de mayo de 2003 que presidió el Sr. Fernández García, donde retiró del orden del día la ayuda a la empresa Primayor con apoyo en tal criterio de contabilización por trabajador y no global.

(xi) En la tramitación de la ayuda a la empresa Pickman, asistió a la reunión del consejo rector del IFA de 30 de enero de 2004 en la que se ratifica el convenio correspondiente por importe de 1 800 000 euros, convenio que presentó en la Comisión General de Viceconsejeros de 25 de febrero de 2004, en el que se acuerda retirarla del orden del día. Asistió a un consejo rector del IFA posterior –de 2 de marzo de 2004– que acordó revocar el acuerdo que ratificaba el convenio de colaboración y ratificar la adenda al mismo que revocaba la ayuda de 1,8 millones y concedía tres nuevas ayudas por importes de 625 000 euros (año 2004), 600 000 euros (año 2005) y 575 000 euros (año 2006), cuya cuantía evitaba que tuviera que pasar por el Consejo de Gobierno, sumando en total 1,8 millones de euros.

Las anteriores actuaciones del recurrente, unidas a las realizadas por el resto de los condenados, condujeron a que, en los referidos ejercicios: (i) se concedieran ayudas sociolaborales sin cumplir los requisitos previstos en la normativa sobre subvenciones, lo que dio lugar a que se percibieran rentas de pólizas por personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado o que siguieran percibiéndolas quienes ya se habían incorporado al mercado laboral; (ii) se concedieran ayudas a empresas en crisis sin convocatorias públicas ni registro en la base de datos de subvenciones, lo permitió que se otorgaran para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales; (iii) se destinasen fondos del programa 31L a fines distintos y ajenos a los recogidos para este en los correspondientes presupuestos (más ampliamente, *vid. supra* FJ 2.1).

3. Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena por delito de malversación del art. 432 CP.

### 3.1 Exposición de la queja del recurrente y de las posiciones de las partes.

El recurrente sostiene en el segundo motivo de la demanda que su condena por delito de malversación sin que concurren los requisitos típicos del art. 432 CP supone una aplicación imprevisible del precepto, tanto de su modalidad activa como de la pasiva, contraria al art. 25.1 CE. Esta queja ha de ponerse en relación con algunas de las alegaciones desarrolladas en el primer y tercer motivo de la demanda, en los que formalmente se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pero se efectúan también consideraciones normativas sobre la subsunción de los hechos probados propias del derecho a la legalidad penal. A la vista de lo aducido, los reparos del recurrente a la calificación de su conducta como malversación pueden sintetizarse como sigue:

(i) En lo que se refiere a la modalidad activa, a la que el tipo penal alude con el verbo «sustraer», el demandante subraya que la sentencia condenatoria indica de forma reiterada que era la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social la que tenía a su cargo y dispuso de los fondos, sin que exista resolución alguna de concesión de ayudas por su parte.

Argumenta, de un lado, que las conductas de consignación de créditos en las sucesivas leyes de presupuestos y las modificaciones presupuestarias sobre los programas 22E y 31L mediante las que, según reitera el relato fáctico, se habría puesto

a disposición del director general de Trabajo determinados caudales públicos, aun cuando eventualmente pudieran integrar el delito de prevaricación, en ningún caso pueden calificarse como delito de malversación consumado, sino, a lo sumo, como actos preparatorios. El delito de malversación «es un delito de resultado, que se consuma con la realidad dispositiva de los fondos, es decir, por el hecho de la disposición en sí y nunca mediante una mera puesta a disposición del gestor para que este pueda disponer de ellos y gestionarlos más adelante». La acción típica de sustracción supone la efectiva aplicación de los fondos que, con separación de su destino, quedan ya fuera del dominio de la administración.

De otro lado, rechaza que constituyan una disposición típica las actuaciones recogidas en la fundamentación jurídica en relación con las ayudas a las empresas Santana y Jerez Industrial, los compromisos de la Faja Pirítica o la ayuda al ayuntamiento de Chiclana, todas ellas –insiste– concedidas por el director general de Trabajo. Las conductas a las que alude allí la sentencia (suscribir contratos, emitir escritos, enviar faxes o reenviar cartas) o el conocimiento de los convenios al que también apela son, a su juicio, hechos absolutamente alejados de cualquier modalidad de realización del tipo activo de malversación.

El recurrente defiende que el verbo típico «sustraer» exige actos concluyentes, lo que requiere una relación causa-efecto que implica el dictado de una resolución dentro del ámbito competencial del agente, así como una específica relación sujeto activo-objeto material que entronca con la exigencia típica de que el autor «tenga a su cargo por sus funciones» los caudales públicos. Al respecto sostiene que ni como viceconsejero ni como consejero tuvo la facultad de disposición de los bienes públicos como competencia específica que le otorgara su detentación ni la facultad de adoptar decisiones vinculantes sobre los mismos, que sí tenía el director general de Trabajo.

(ii) Por lo que atañe a la modalidad pasiva, «permitir que un tercero sustraiga», el actor aprecia asimismo un forzamiento del contenido literal del precepto desde el entendimiento de que quien permite la sustracción ha de ser quien tiene a su cargo los caudales y el tercero que dispone, sin embargo, no puede ser sujeto activo idóneo del tipo, pues en tal caso la conducta de disposición del tercero sería ya punible por la modalidad activa. Ese esquema, advierte, no se corresponde con los hechos acaecidos, ya que él no disponía de los fondos y era el director general de Trabajo, al que se designa como tercero, quien los tenía a su cargo. Aprecia, además, la falta de justificación del dolo que exige el tipo penal, que debe comprender, además del propio, el conocimiento del ánimo de lucro concurrente en el tercero, ya que, descartado que pueda serlo el director general de Trabajo, en el juicio no se oyó a ninguno de los beneficiarios terceros. No existe, por ello, acreditación (ni mención en la sentencia de instancia) de que conociera y consintiera que dichos beneficiarios actuaran bajo ilícito ánimo de lucro.

El recurrente discrepa de la respuesta dada por el Tribunal Supremo a estos argumentos al resolver el recurso de casación, ya que la condena por la modalidad pasiva consistente en haber permitido sustraer a un tercero que era agente principal de la sustracción constituye una interpretación que, a su parecer, desagrega los elementos que conforman la conducta típica, con una modalidad activa de sustracción (funcionario que sustrajere) incompatible con la modalidad pasiva (funcionario que consintiera que un tercero sustraiga) cuando del funcionario que detenta los caudales se trata, de modo que se crea un producto normativo distinto del original legislado. En este punto se queja también de que el Tribunal Supremo no explica cuáles son las competencias funcionales para evitar la sustracción que, desde las exigencias del art. 11 CP, vinculan a los superiores jerárquicos en las que se apoya su condena por malversación.

(iii) Rechaza de forma global que la ausencia de procedimiento como elemento justificativo de la ausencia de finalidad pública de las ayudas y, con ello, de la existencia de una sustracción de caudales públicos. Con ello, según aprecia, se confundiría el plano de la malversación, que exige dicha sustracción, con el de la prevaricación, que podría asociarse a una falta de procedimiento. A su juicio «en el contexto de la legítima

decisión política de implantación de este sistema de ayudas excepcionales, los procedimientos presupuestarios para financiar no pueden en modo alguno confundirse ni entenderse en relación de causa-efecto con las eventuales desviaciones de su finalidad pública».

El Partido Popular descarta la vulneración de las garantías del art. 25.1 CE al considerar que la subsunción en la modalidad activa y pasiva del art. 432 CP es razonable, ya que los hechos probados reflejan actuaciones del recurrente que muestran su dominio funcional de los actos de concesión «con su intervención directa en el cambio de sistema de presupuestación y uso de transferencias de financiación, firma de convenios y otros». Añade que, en su condición de consejero, era el titular de la competencia para otorgar las subvenciones, «lo que refuerza su responsabilidad respecto de actos de quienes actuaron de hecho como delegados suyos (dos directores generales), tanto por permitir su realización, como por evitar controles».

Los Sres. Rodríguez Román y Vallejo Serrano solicitaron que se declare la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en las vertientes desarrolladas en el recurso, argumentando que la sentencia de instancia parte de una coautoría sin que exista acuerdo mientras que el Tribunal Supremo afirma que hay autoría individual, que no se funda la posición de garante necesaria para castigar la comisión por omisión y que el dolo eventual apreciado por la Audiencia Provincial muta en la sentencia de casación, que unifica el dolo de los delitos de prevaricación y malversación.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del motivo, cuyo contenido vincula con la denuncia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En primer lugar, considera que las sentencias impugnadas razonaron sobre su competencia para disponer de fondos y ser condenado por la modalidad activa del delito de malversación. En segundo lugar, por lo que se refiere a la modalidad pasiva de permitir que un tercero sustraiga los caudales públicos, opone a lo aducido por el demandante que el director general no tenía competencia jurídica para la disposición de fondos. Descarta que el convenio marco dispusiera una delegación de la competencia atribuida al consejero a favor del director general, pues, a juicio del fiscal, configura un sistema en el que la Dirección General de Trabajo sería más bien una ejecutora de lo acordado por el consejero. A lo anterior suma el hecho de que el demandante impartiera directrices al director general de Trabajo sobre la aplicación del convenio marco, como manifestó en su declaración sumarial. El fiscal termina sus alegaciones sobre este motivo defendiendo que no era exigible a los tribunales «una especificación de a qué título de imputación habría de atribuirse cada uno de los hechos relevantes por los que fue condenado».

3.2 Síntesis de los argumentos en los que las resoluciones judiciales fundamentan la condena del recurrente.

Conforme reiteran las resoluciones impugnadas, el recurrente fue condenado como autor de un delito de malversación por disponer y permitir que el director general de Trabajo dispusiera de caudales públicos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados mediante su intervención en un elevado número de ejercicios presupuestarios en el que se concedieron un elevado número de ayudas, desempeñando un papel relevante tanto en la Consejería de Empleo como en el consejo rector del IFA (sentencia de la Audiencia Provincial: fundamentos de Derecho 26, pág. 880; 47, pág. 1754, y 49, págs. 1797-1798; STS 749/2022, fundamentos 33.6, pág. 333, y 111.1, pág. 799).

A) Pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial.

La Audiencia Provincial alcanza la anterior conclusión tras examinar (a) la prueba de cargo en el fundamento de Derecho 26, donde se desgranar las actuaciones concretas que realizó el demandante en el ejercicio de sus cargos de las que infiere su autoría del delito de malversación en el fundamento de Derecho 47 en relación (b) con la calificación

de la conducta de los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo como tal delito, que desarrolla en el fundamento 45.

a) La sentencia de instancia atiende a las siguientes actuaciones del recurrente (fundamento de Derecho 26):

(i) Con conocimiento de que las ayudas sociolaborales venían tramitándose como subvenciones excepcionales y de los reparos que había formulado la Intervención al respecto, intervino en la tramitación de diversas modificaciones presupuestarias en los años 2000 y 2001 (detalladas en el fundamento jurídico 2.4) «que introdujeron en el programa 22E, el uso inadecuado de las transferencias de financiación. Con lo que suponía de dejar cumplir los requisitos de la normativa de subvenciones, para seguir dando ayudas al margen de este procedimiento» (pág. 853). Se reseña que asistió a las sesiones de la Comisión general de viceconsejeros de 11 de abril y 26 de julio de 2000 en las que se tramitaron las dos primeras modificaciones presupuestarias de 18 de abril y 28 de julio de 2000 en las que se dotó de fondos la partida 440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales» detrayéndolos de partidas apropiadas para conceder subvenciones, por tanto, sin que hubiera déficit de financiación. A juicio de la Sala, «son tantos y tan evidentes los incumplimientos producidos con las citadas modificaciones presupuestarias que hace impensable que ello pasara desapercibido a su paso por la Comisión general de viceconsejeros, de la que formaba parte» (pág. 855).

También como viceconsejero firmó por delegación del consejero dos acuerdos para llevar a cabo las transferencias de financiación al IFA con los fondos provenientes de las modificaciones presupuestarias de 28 de julio de 2000 y 13 de noviembre de 2001. Como presidente del IFA emitió la oportuna certificación de incorporación de dichos fondos al presupuesto de la entidad.

(ii) Por otro lado, también como presidente del IFA, firmó el convenio marco de 17 de julio de 2001, impartiendo directrices al director general de trabajo sobre su aplicación, y firmó varios convenios de colaboración con dicho director general, ordenando el pago de las ayudas «usando ya la partida 440.00 “Transferencias de financiación a IFA”, del programa 22E» (pág. 857). En tanto que presidente del IFA, cargo en el que permaneció hasta el 28 de enero de 2003, le correspondía la firma de los convenios particulares del Instituto con la Dirección General de Trabajo.

(iii) Como viceconsejero intervino después en la elaboración de los presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004, siendo el anteproyecto de presupuesto de 2002 en el que se incluyó por primera vez «el uso de la transferencia de financiación al IFA dentro del programa 31L, a sabiendas de que su finalidad era la concesión de subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, siendo el órgano gestor la Dirección General de Trabajo», como constaba en la memoria del presupuesto de 2002 y luego en las de los presupuestos de 2003 y 2004. El recurrente «conocía que con el sistema implantado de las transferencias de financiación y el convenio marco, la concesión de ayudas quedaban sin fiscalización previa» (pág. 859). Intervino asimismo en la tramitación de las modificaciones presupuestarias de 15 de octubre de 2002, asistiendo a la sesión de la Comisión General de Viceconsejeros de 9 de octubre en la que se acordó elevarlas al Consejo de Gobierno.

(iv) En relación con su asistencia a diversas reuniones del consejo rector del IFA, se destacan tres intervenciones vinculadas a concretas ayudas. En primer lugar, que tomó la importante decisión adoptada a partir de la sesión de 27 de mayo de 2003, que presidió en ausencia del entonces presidente del IFA, «de implantar el criterio de calcular las ayudas sociolaborales por lo que iba a recibir cada trabajador, y no el conjunto [que] evitaba la deliberación y votación en el consejo rector de toda ayuda que superase el 1 200 000 euros, así como su ratificación por el Consejo de Gobierno» (pág. 864). En segundo lugar, que en la sesión de 2 de marzo de 2004 se revocó un acuerdo anterior de 30 de enero de 2004 para conceder un ayuda que, por su cuantía, 1 800 000 euros, había sido elevada para ratificación por el Consejo de Gobierno si bien fue luego retirada del orden del día de la Comisión general de viceconsejeros de 25 de febrero en la que el

Sr. Fernández García la había presentado. En esa sesión de 2 de marzo se acuerdan tres ayudas para la misma empresa por importe inferior a 1 200 000 euros, «evitando así, que tuviera que pasar por Consejo de Gobierno» (pág. 864). En tercer lugar, que en la tramitación del convenio de SANDETEL, el consejo rector del IFA de 24 de noviembre de 2003, presidido por el demandante, acordó, ante las dudas manifestadas sobre la necesidad de ratificación del acuerdo por el Consejo de Gobierno, recabar consulta al Gabinete Jurídico, a lo que se comprometió el Sr. Fernández García, que, sin embargo, no pidió tal informe, aprobándose en el consejo rector de 30 de noviembre de 2003 al que asiste como vicepresidente revocar la decisión anterior y aprobar una ayuda reducida (de 2 250 000 euros a 1 150 000 euros), que ya no precisaba ratificación por el Consejo de Gobierno.

(v) Como consejero de Empleo aprobó los correspondientes anteproyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo y participó, como miembro del Consejo de Gobierno, en la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos de 2005 a 2009. Asimismo, siguió haciendo uso inadecuado de las transferencias de financiación en las distintas modificaciones presupuestarias que se produjeron en el programa 31L (detalladas en el fundamento jurídico 2.4) interviniendo en su aprobación por el Consejo de Gobierno.

(vi) Durante todo ese tiempo tuvo conocimiento de diversos informes que apreciaban irregularidades y deficiencias graves en el sistema así como del desfase presupuestario tanto del IFA como de la Consejería de Empleo, que reflejaba que la Dirección General de Trabajo comprometía ayudas por un montante global superior al importe de las transferencias de financiación de cada año.

(vii) Tenía, en suma, «perfecto conocimiento del programa, y de la forma que se gestionaba» (pág. 872) y constan «decisiones suyas sobre la concesión o pago de ayudas» (pág. 872) así como su negativa a facilitar los expedientes de concesión de las mismas al IFA y la presión al director general del IFA para que, a pesar de ello, firmara los convenios particulares (pág. 876).

b) La sentencia de la Audiencia Provincial, después de fijar la prueba referida a cada acusado, aborda de forma global la calificación jurídica de los hechos en el fundamento de Derecho 45. En lo que atañe al delito de malversación, considera que hubo ayudas del programa 31L que fueron concedidas por «los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» (pág. 1722) sin que concurriera «el fin público o social» que constituía su causa legítima. Distingue, en este punto, dos clases de ayudas: (i) las que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo (ERE) en situaciones de insolvencia de la empresa empleadora (beneficiaria de la ayuda) y (ii) las que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de expedientes de regulación de empleo.

(i) En cuanto a las ayudas que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones por rescisión de la relación laboral en situaciones de expedientes de regulación de empleo, la Audiencia Provincial estima que la Consejería de Empleo otorgó este tipo de ayudas sin comprobar que las empresas beneficiarias carecieran de capacidad económica para afrontar el pago de las indemnizaciones de los trabajadores afectados. La administración pública andaluza asumió, de ese modo, «los costes de los expedientes de regulación de empleo de empresas sin determinar si estas [eran] solventes o no» (pág. 1711), lo que «facilitaba a estas empresas la reducción de plantillas, sin el coste económico que ello conlleva», con «el consiguiente lucro para las mismas» (pág. 1712).

(ii) En lo que respecta a las ayudas que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de expedientes de regulación de empleo, considera la sentencia de la Audiencia Provincial que «[u]na parte importante» de estas otras subvenciones carecían «de objeto concreto y claramente definido» (pág. 1714) y señala que se destinaron a «fines muy diversos» (como pago de nóminas, deudas, gastos de primer establecimiento de la empresa, minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales

derivadas de convenios colectivos, cursos de alta dirección, indemnizaciones derivadas de despidos improcedentes o préstamos para pago de nóminas). Añade que estas ayudas se concedieron sin comprobar las circunstancias del beneficiario, «especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta» (pág. 1715).

Concluye la Audiencia Provincial (i) que los fondos del programa 31L fueron, en todos estos casos, objeto de disposición para realizar pagos «completamente ajenos al interés público» (pág. 1720), lo que sintetiza señalando que tanto las ayudas concedidas para la cobertura de situaciones de expedientes de regulación de empleo como las «restantes subvenciones» se otorgaron sin que se acreditara «la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos», lo que «supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público» (pág. 1721). Y (ii) que «[d]e esta disposición de fondos públicos participaron de forma activa desde el ejercicio 2000 hasta el 2009, los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» (pág. 1722).

#### B) Pronunciamientos de la sentencia del Tribunal Supremo.

La sentencia de casación dedica los fundamentos de Derecho 32 a 42 al juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos. La Sala Segunda, después de explicitar los elementos típicos del delito de malversación al tiempo de los hechos (art. 432 CP previo a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015), considera que el juicio de tipicidad se colma (fundamento 33.2, págs. 321-322) en tanto que la sentencia de instancia precisa que (i) los condenados tenían la condición de autoridad o funcionario público (art. 24 CP); (ii) «tenían una facultad decisoria sobre los caudales públicos de los que se dispuso ilícitamente, bien por tenerlos materialmente a su cargo, bien por tener funcionalmente la capacidad de decidir sobre su destino, en función de una posición jerárquica superior»; (iii) dichos caudales fueron objeto de actos que han de incluirse en el amplio concepto de «sustracción», porque los condenados, «lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separaron de las mismas, y extrayéndolos del control público y con ánimo de lucro, los entregaron a terceros, en forma de ayudas o subvenciones concedidas ilegalmente», sin que las ayudas cumplieran un fin público, «porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria»; y (iv) el conocimiento de la situación «era incuestionable por quienes concedieron las subvenciones», pero también por «algunas de las autoridades que aprobaron las partidas presupuestarias y que fueron informadas de la gestión altamente irregular de las ayudas».

La Sala Segunda explica que el delito de malversación incluye dos modalidades (fundamento de Derecho 43.5, págs. 370-373). La primera, la sustracción o disposición, atribuida a quienes intervinieron directamente en la disposición de fondos. La segunda, la comisión por omisión, en que se sanciona el incumplimiento del deber propio del funcionario con la finalidad de que otro actúe ilícitamente, por la que se ha condenado «a los acusados que conociendo cómo se estaba llevando a cabo la concesión y pago de las ayudas y teniendo competencia para impedir que se llevara a cabo la sustracción de los fondos no lo impidieron» (pág. 371). Insiste en que, en todo caso, resulta determinante la aprobación de las partidas presupuestarias en contra de lo establecido en las leyes, que posibilitó el descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales, de forma que existe una vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la concesión de las ayudas. (pág. 373).

La Sala Segunda rechaza expresamente que por ello exista confusión entre prevaricación y malversación. Considera que, además de un criterio de presupuestación manifiestamente ilegal y de la utilización de las transferencias de financiación «como artificio contable para eludir la normativa de subvenciones», conducta en sí misma determinante del delito de prevaricación, se dispuso después «de los fondos públicos presupuestados al margen de todo control y de forma libérrima y arbitraria. El manejo de esos caudales se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas

libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones. Sin bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecidos en la ley» y, en tal medida, la antijuridicidad no se agota en la prevaricación, sino que existe un delito de malversación en relación de concurso medial (fundamento de Derecho 33.1, págs. 320-321).

En lo que se refiere al Sr. Fernández García, precisa que, según el fundamento de Derecho 47 de la sentencia de instancia, su autoría se asienta en «su participación directa en la disposición de los fondos, y permitir que el director general de Trabajo dispusiera de los mismos» (STS 749/2022, fundamento 33.6, pág. 333). Conforme a lo que ha venido reseñándose y compila la sentencia de casación (fundamento 111.6, págs. 849-851), la condena del recurrente como autor de un delito continuado de malversación atiende a su participación de forma activa en la instauración, desarrollo y ejecución del mecanismo de concesión de subvenciones ilegales desde su creación hasta su extinción mediante conductas realizadas en su distinta condición de viceconsejero de Empleo, presidente del IFA y consejero de Empleo con conciencia de su palmaria ilegalidad, disponiendo y permitiendo que el director general de Trabajo dispusiera de cuantiosos fondos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

El citado mecanismo integraba el uso de las transferencias de financiación al IFA con el convenio marco de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA. El Tribunal Supremo destaca que en la instauración de ambos instrumentos intervino el recurrente. En su condición de viceconsejero de Empleo participó en la tramitación de distintas modificaciones presupuestarias durante los años 2000 y 2001 del programa 22E en las que se introdujo la aplicación presupuestaria de transferencias de financiación al IFA para eludir la normativa de subvenciones y, en particular, la fiscalización previa; y como presidente del IFA, firmó el convenio marco de 17 de julio de 2001.

A ello añade que posteriormente participó en la previsión de las transferencias de financiación al IFA para el pago de las ayudas sociolaborales comprometidas en aplicación del convenio marco en los presupuestos de 2002 a 2009 en el programa 31L, bien mediante su intervención en la tramitación y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de presupuestos (2002-2004) durante su etapa de viceconsejero, bien aprobando el proyecto de presupuestos (2005-2009) durante su mandato de consejero. Durante ese tiempo, además, tramitó o aprobó diversas modificaciones presupuestarias que incrementaban la aplicación presupuestaria de transferencias al IFA en el programa 31L.

Por otra parte, refiere que el recurrente intervino también en la gestión de las ayudas, firmando como presidente del IFA numerosos convenios particulares, «plenamente consciente de que, a través de los mismos, se concederían ayudas haciendo uso del mecanismo ilícito de concesión» (fundamento de Derecho 111.6, pág. 851), y decidiendo como viceconsejero o consejero de Empleo de forma discrecional sobre la concesión de concretas ayudas, las empresas que debían beneficiarse y el importe, y determinando su forma de contabilización para sustraer los convenios del control del consejo rector del IFA y de la ratificación por el Consejo de Gobierno. Elementos que revelan su conocimiento de la ilicitud en la concesión de las ayudas.

### 3.3 Doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal que consagra, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales.

a) El art. 25.1 CE dispone que «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o

infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El principio de legalidad penal, además de un principio inherente al Estado de Derecho que se enuncia en el Título Preliminar (art. 9.3 CE) y de recordarse como un límite en la definición del estatuto y la competencia esenciales de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE), se configura así como contenido de un derecho fundamental (art. 25.1 CE) (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 21 de enero, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). En numerosas resoluciones (desde la STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y, entre ellas, muchas intermedias) hemos puesto de relieve que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 CE, especialmente cuando este declara que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

Convergen en él diversos fundamentos. De un lado, la libertad, con la regla general de la licitud de lo no prohibido, y la seguridad jurídica, que exige saber a qué atenerse (SSTC 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2, o 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8). La previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos resulta una exigencia material imprescindible para mantener la seguridad y, con ello, la libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. De otro lado, la exigencia de legitimidad democrática de las normas penales es garantía de intervención del pueblo en una decisión tan trascendental para sus derechos como la definición de la conducta prohibida bajo amenaza de pena (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3). La garantía imbricada de la libertad y de la seguridad jurídica junto con su legitimación democrática operan como criterios rectores de la tarea de definir los contenidos del art. 25.1 CE, que hemos identificado con los diversos aspectos característicos enunciados con el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta* (en distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, FJ 6; 151/1997, FJ 3; 232/1997, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, FJ 2).

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta puede burlarse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, FJ 3, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus

correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). Los jueces y tribunales, por su parte, están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.

d) En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de las normas penales conforme con el art. 25.1 CE, es doctrina reiterada de este Tribunal que se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí» (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). El art. 25.1 CE «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, FJ 7). No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

f) Debe por último tenerse presente que la tarea de este tribunal de fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, labor aplicativa que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE), no atañe a «la determinación

de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales [...] Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada» (STC 129/2008, FJ 3).

#### 3.4 Enjuiciamiento de la queja del recurrente.

La anterior exposición muestra que las resoluciones impugnadas identifican como elemento decisivo de la calificación de malversación, de un lado, la existencia de un sistema de presupuestación ilegal que disponía una forma de gestión y control de las ayudas sociolaborales radicalmente distinta a la exigible en el ámbito de las subvenciones caracterizada por la falta de control. Frente a este planteamiento, el recurrente opone de forma reiterada que la contribución a tal sistema puede, eventualmente, integrar un delito de prevaricación, pero no justificar una condena por el art. 432 CP, cuyos elementos típicos no concurrirían. De otro lado, su intervención en la concreta gestión y concesión de las ayudas con cargo a los créditos presupuestarios desarrollada en la Consejería de Empleo, en la que el recurrente niega haber tenido un papel penalmente relevante.

Para un adecuado examen de las quejas formuladas es preciso partir de un dato en el que se ha puesto el acento en varias resoluciones aprobadas este mismo día: que las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus memorias, habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía. Por ello, en contra de lo que sostienen las resoluciones judiciales impugnadas, no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 31L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban (SSTC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3; 96/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 5.3; 97/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 4.3, y 98/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 5.3). Debe por ello distinguirse desde un principio el análisis de la subsunción de las conductas del recurrente que estaban expresamente amparadas en las leyes de presupuestos y el examen de la condena por malversación respecto de los comportamientos que carecían de dicho amparo legal. Será después de esta delimitación, con los importantes efectos que tiene desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE, cuando se examinen las concretas alegaciones sobre la concurrencia de los específicos elementos típicos del delito de malversación.

3.4.1 Enjuiciamiento de la subsunción en el delito de malversación de las conductas del recurrente relacionadas con la presupuestación y la gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L.

En relación con las leyes de presupuestos que contemplaban en el programa 31L distintas aplicaciones presupuestarias de transferencias de financiación al IFA para hacer frente al pago de las ayudas sociolaborales acordadas conforme al convenio marco de 2001, se contarían las siguientes actuaciones del recurrente: (i) la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2002 a 2004, en los que participó en calidad de viceconsejero de Empleo; (ii) la modificación presupuestaria de fecha 15 de octubre de 2002 en la que el actor intervino asimismo en ejercicio del cargo de viceconsejero de Empleo; (iii) la aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2009

como consejero de Empleo; (iv) la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios 2005 a 2008 en las que también intervino en esta última condición; (v) la firma como presidente del IFA de convenios particulares con la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en 2002 y hasta el 28 de enero de 2003; y (vi) las decisiones sobre la concesión de las ayudas del programa 31L tomadas en el periodo de 2002 a 2009.

A efectos de evaluar el ajuste al derecho a la legalidad penal de la condena por delito de malversación en relación con todas estas actuaciones, han de distinguirse las conductas activas y omisivas que son atribuidas al demandante de amparo.

A) Modalidad activa del delito de malversación:

a) Contribución al sistema de presupuestación. Según razonan las resoluciones impugnadas, el recurrente, al participar por razón de su cargo de viceconsejero y consejero en la tramitación de los anteproyectos de presupuestos de 2002 a 2009 y de las modificaciones presupuestarias de los años 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008, habría realizado una contribución necesaria para que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis pudieran gestionarse sin sujeción al régimen jurídico de las subvenciones. Como reiteran, en diversos pasajes, las sentencias de instancia y casación, el «indebido sistema de presupuestación» habría dado lugar a la consiguiente sustracción de los caudales públicos, consistente en la omisión radical y absoluta del régimen jurídico previsto para las subvenciones, un régimen al que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis sí se habrían sometido, en cambio, si hubieran sido correctamente presupuestadas.

Esta subsunción en la modalidad activa del delito de malversación resulta imprevisible y, por ello, contraria al art. 25.1 CE por dos razones fundamentales:

(i) En primer lugar, el sistema de presupuestación contemplado en un anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos solo puede ser considerado «indebido» o «ilícito» –y en tal concepto generador de un sistema de gestión igualmente indebido o ilegal– si es sometido a control o escrutinio jurídico, lo que no puede hacer ningún órgano judicial, tampoco los órganos de la jurisdicción penal.

Como se señaló en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.1 a), la doctrina de este tribunal establece «con toda claridad que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial» y que «[e]xcluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)».

Las resoluciones impugnadas, al considerar que los anteproyectos de leyes de presupuestos en cuya tramitación participó el actor establecían un sistema de presupuestación «indebido» o «ilegal», causalmente determinante de la posterior malversación, han realizado un control jurídico del contenido de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno que les estaba constitucionalmente vedado. El ejercicio de ese control jurídico indebido produce, por sí solo, una subsunción completamente imprevisible en el tipo penal de la malversación, pues nadie puede esperar razonablemente que será penalmente condenado por la ilegalidad de un acto cuyo contenido no es susceptible de ser fiscalizado por la jurisdicción penal.

(ii) El juicio de ilegalidad que las sentencias impugnadas efectúan del sistema de presupuestación contemplado en los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos desconoce, igualmente, que dichas iniciativas legislativas carecen de cualquier eficacia jurídica *ad extra* mientras no sean aprobadas por el Parlamento, momento en el que adquieren rango de ley y a partir del cual han de considerarse válidas, sin que puedan constituir la fuente de actos de disposición ilícita de caudales públicos a efectos de condenar por delito de malversación.

Como también señaló la STC 93/2024, FJ 4.4.1 B), considerar que «la intervención del Parlamento en la aprobación del presupuesto es meramente formal, hasta el punto de concluir que no puede entenderse aprobado el sistema de presupuestación expresamente previsto en la ley al considerar que este sistema había sido establecido ilegalmente por el Gobierno en el proyecto de ley» implica «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» y «desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente», lo que es contrario a los «principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado».

La aprobación de anteproyectos y proyectos de leyes no puede considerarse, por tanto, un acto con eficacia jurídica *ad extra* desvinculada de su posterior aprobación parlamentaria; no es susceptible, por ello, de subsunción mínimamente previsible en la modalidad activa del delito de malversación consistente en sustraer, como pretendida fuente de ilicitud de un determinado sistema de gestión.

b) Intervención en la ejecución de las ayudas. De otro lado y como se ha apreciado en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3 A), el hecho de que el referido sistema de presupuestación, y en particular las transferencias de financiación comprendidas en la partida 440 del programa 31L, fuera aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos de Andalucía de los años 2002 a 2009 tiene asimismo incidencia en la consideración como conductas de malversación de las actuaciones de ejecución de las ayudas realizadas por el Sr. Fernández García bajo tales leyes.

En las referidas leyes de presupuestos y las memorias que las acompañan se preveía expresamente que la concesión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis del programa 31L se efectuara mediante la firma de convenios particulares; también se contemplaba de forma explícita que el pago de las ayudas concedidas se materializara mediante transferencias de financiación a IFA/IDEA. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes de presupuestos en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis (en concepto de «transferencias de financiación») no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales.

Con estas premisas, no puede estimarse en modo alguno previsible, desde la óptica propia del art. 25.1 CE, que la ejecución por parte de una autoridad o funcionario público de las determinaciones contenidas en leyes de presupuestos aprobadas por un Parlamento pueda dar lugar a una condena penal por delito de malversación, por más que esas determinaciones impliquen, de facto, la supresión de los controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición ilícita de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

En suma, no resulta compatible con el derecho a la legalidad penal sustentar la condena del recurrente como autor de un delito de malversación en su intervención activa en la concesión de concretas ayudas en tanto se sujete a la previsión de las sucesivas leyes de presupuestos de uso de las transferencias de financiación para el pago de ayudas sociolaborales a través del instrumento de los convenios particulares. Sin embargo, como enseguida se examinará, la conducta del Sr. Fernández García que ha sido calificada como malversación desborda el sistema legal diseñado en las citadas leyes presupuestarias.

B) Modalidad omisiva del delito de malversación: En lo que se refiere a la modalidad omisiva consistente en consentir que un tercero sustraiga, la cobertura que las leyes de presupuestos daban a la utilización de las transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis determina que la subsunción en el tipo de malversación resulte, igualmente, imprevisible

desde la óptica del art. 25.1 CE en tanto que vinculada al sistema de presupuestación, por las razones siguientes:

(i) En el delito de malversación no hay omisión sancionable si no existe, previamente, un resultado ilícito, esto es, si no hay un acto de sustracción. En la propia construcción del Tribunal Supremo, la omisión castigada en el tipo del art. 432 CP se concibe como una omisión impropia, también llamada comisión por omisión. Dicha modalidad omisiva no consiste en la mera inactividad de la autoridad o funcionario, esto es, en un simple incumplimiento de un deber de actuar. Lo que se atribuye a la autoridad o funcionario público en la modalidad omisiva del delito de malversación es, empleando los términos del art. 11 CP, la «no evitación» de un determinado resultado.

El resultado que el recurrente de amparo tenía el deber de evitar era, según expone la sentencia de casación, la sustracción por terceros de los caudales públicos, entendida como la omisión global y absoluta, en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, de los requisitos y controles propios del régimen de las subvenciones.

Sin embargo, como se acaba de señalar, es completamente imprevisible calificar como disposición ilícita la actuación conforme a los procedimientos y controles expresamente establecidos en las sucesivas leyes de presupuestos, como normas que tienen el mismo rango legal que cualquier otra ley [STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3 A)]. Y sin resultado típico susceptible de válida subsunción en la norma penal, desaparece también toda posibilidad de subsumir en el mismo precepto la conducta omisiva impropia que castiga a la autoridad que no ha evitado la materialización de ese resultado.

En otras palabras, si la omisión de formalidades y procedimientos por parte de las autoridades y funcionarios que intervenían en la gestión de los fondos estaba amparada en la ley, la supresión de esos controles no puede considerarse una sustracción; en consecuencia, las autoridades implicadas en la fase de presupuestación y en la materialización del pago de las ayudas de conformidad con las leyes de presupuestos, como era el caso del recurrente de amparo en su triple condición de viceconsejero, consejero y presidente del IFA, no pudieron consentir sustracción alguna consistente en la supresión de tales trámites y controles.

(ii) Por las mismas razones ha de considerarse imprevisible la subsunción en la norma penal del deber de actuar supuestamente infringido por el recurrente de evitar las irregularidades que se consumaban en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis como consecuencia del «indebido» sistema de presupuestación. Si esas irregularidades eran, como es la tesis de las sentencias impugnadas, la consecuencia necesaria del sistema de presupuestación del programa 31L y este había sido aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos, el recurrente no tenía la obligación de oponerse a esas supuestas ilegalidades, pues no puede establecerse, como omisión sancionada en el delito de malversación, una exigencia de actuación *contra legem*, esto es, una obligación de actuar para impedir la realización de actos que tienen expresa cobertura en las leyes de presupuestos en vigor. Tal cosa equivaldría a considerar que la conducta exigible al recurrente de amparo era impedir la aplicación, por parte de las autoridades y funcionarios competentes, de las previsiones expresamente contempladas en una norma con rango de ley.

Es importante reseñar, finalmente, que para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales en las sucesivas leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda pública de Andalucía o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. Las sentencias de instancia y casación son claras al considerar que existe una correspondencia absoluta entre el sistema de presupuestación aprobado por las leyes presupuestarias y el consiguiente sistema global de gestión de los fondos públicos sin sujeción al régimen de las subvenciones, rechazando, en diversos pasajes, que uno y otro puedan ser desconectados, ya que son eslabones

sucesivos en la materialización de una ilegalidad originaria, contenida en el sistema de presupuestación inicialmente establecido. Es esa tesis de los órganos judiciales la que es objeto de escrutinio en este punto y la que conduce, como se ha expresado, a apreciar que se ha producido una subsunción completamente imprevisible en el delito de malversación. A ella, por tanto, ha de ceñirse nuestro enjuiciamiento.

La jurisdicción que nos corresponde ejercer en este proceso constitucional se circunscribe a la revisión de una condena penal desde la perspectiva tuitiva que es propia del derecho a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Basta, por ello, con constatar que las leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 –que no fueron impugnadas ni cuestionadas ante este tribunal y que establecieron el sistema de presupuestación que las sentencias impugnadas consideran la fuente de todas las ilegalidades en la posterior concesión de las ayudas– estaban en vigor y amparaban el modo de gestión globalmente seguido para conceder las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis a través de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que el recurrente habría propiciado: (i) al participar en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2002 a 2004, de los proyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2008 y en la tramitación de las modificaciones presupuestarias efectuadas para los ejercicios de 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008; (ii) al firmar los convenios particulares de colaboración en 2002 y hasta el 28 de enero de 2003 o intervenir en la decisión sobre la concesión de ayudas al amparo del programa 31L a partir de 2002; y (iii) al no impedir que siguiera el sistema de presupuestación que permitía por la vía de las transferencias de financiación minorar los controles en la concesión de las ayudas.

3.4.2 Enjuiciamiento de la subsunción en el delito de malversación de conductas que carecían de amparo legal (gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E y uso de fondos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público).

El relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial incluye una serie de conductas sobre las que no pueden proyectarse, en lo que respecta al delito de malversación, las consideraciones anteriores. Se trata, concretamente, (i) de la forma global de gestión, al margen de la normativa sobre subvenciones, de las ayudas comprendidas en el programa 22E derivada de las modificaciones presupuestarias de fecha 18 de abril de 2000, 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, en las que el recurrente intervino en calidad de viceconsejero de Empleo; y (ii) de las aplicaciones de fondos del programa 31L en ausencia de todo fin público o para fines distintos de los expresamente autorizados en las leyes de presupuestos de 2002 a 2009, algunas de las cuales se produjeron mientras el recurrente ejerció sus cargos.

En el caso de las modificaciones presupuestarias operadas en el programa 22E, no es contrario al art. 25.1 CE que las resoluciones impugnadas hayan considerado que se ha utilizado un sistema de presupuestación indebido, que carecía de toda cobertura legal. La partida presupuestaria utilizada –440.01 «Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales»– era, según razona la Audiencia Provincial, «legalmente inapropiada» para cubrir el pago de este tipo de subvenciones, ya que no estaba ordenada «para tal fin en la Orden de la Consejería de Hacienda, de 22 de mayo de 1998, por la que se estableció la clasificación económica del presupuesto, la cual había sido dictada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 33 de la Ley 5/1983, general de hacienda pública de Andalucía» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 33, pág. 1139). Y las leyes de presupuestos para los ejercicios de 2000 y 2001 no amparaban la utilización de la aludida partida para proceder al pago de ayudas sociolaborales o a empresas en crisis. Las modificaciones presupuestarias en cuya tramitación participó el recurrente de amparo en los años 2000

y 2001 infringían, en suma, las previsiones contenidas en las leyes de presupuestos en vigor y las normas presupuestarias que se citan en las sentencias impugnadas.

Por lo que se refiere a la asignación de fondos públicos del programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público, que el relato de hechos probados aprecia respecto de las actuaciones enunciadas en el apartado C) del hecho probado 22 y puede apreciarse también respecto de la ayuda para el pago de las pólizas suscritas con directivos de la empresa Santana, tampoco vienen amparadas por las leyes de presupuestos que contemplaban el citado programa, por más que las actuaciones tuvieran lugar durante su vigencia. La ilicitud de estos actos de disposición de los fondos públicos del programa 31L trasciende la mera omisión de trámites y procedimientos propios de la normativa de las subvenciones.

De un lado, la ilicitud está asociada a la ausencia, en el momento de la concesión de las ayudas por parte de la Consejería de Empleo, de una causa legítima, concretamente de una situación de insolvencia de la empresa beneficiaria que justificase que fuera la administración pública andaluza, y no la propia empresa afectada, la que asumiera los pagos correspondientes. Es claro que las leyes de presupuestos no legitimaban la disposición de los fondos presupuestados sin la concurrencia de los fines públicos propios de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, por lo que esta concreta forma de disposición de los caudales por parte de la Consejería de Empleo, asociada a la ausencia de causa justificativa, no está abarcada por los razonamientos relativos a la imprevisible subsunción en el delito de malversación de la forma global de gestión del programa 31L derivada del sistema de presupuestación utilizado (*vid. supra* FJ 3.4.1).

De otro lado, en todos los casos comprendidos la letra C) del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial y en otras posibles disposiciones desviadas, la carga de ilicitud que se atribuye a los actos de disposición tampoco está en la omisión de determinados controles o procedimientos en aplicación del sistema legal de presupuestación, sino en el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos previstos en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 31L. La aplicación de los caudales a fines no previstos en el citado programa carecía, en tal medida, de cobertura en las leyes de presupuestos.

En relación con todos estos supuestos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L, sea por ausencia o por desviación de su fin público, debe examinarse si, como alega el recurrente, la condena como autor de un delito de malversación vulnera el derecho a la legalidad penal contemplado en el art. 25.1 CE por no concurrir los requisitos típicos del art. 432 CP. Aduce, en concreto, que no realizó actos de disposición que integren el verbo típico «sustraer» de la modalidad activa del inciso primero del art. 432.1 CP, que no permitió la sustracción por un tercero de fondos a su cargo a la que alude segundo inciso del art. 432.1 CP y, en todo caso, que las ayudas atendieron a finalidades públicas, que no decaen por la ausencia de procedimiento, por lo que no puede hablarse de sustracción. El análisis comenzará por esta última consideración global.

a) Ausencia de procedimiento y sustracción de caudales públicos.

La sentencia casacional rechaza en el fundamento de Derecho 34 (págs. 334-338) el argumento de las defensas de que las ayudas públicas concedidas cumplieran fines públicos, bien que distintos de los previstos legalmente, y, en tal medida, que no hubiera habido sustracción o consentimiento de la sustracción. La Sala Segunda mantiene que «la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales y en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto dando lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos» (pág. 336), en línea con precedentes que incluyen en el concepto de «sustracción» las disposiciones definitivas de caudales públicos en favor de terceros y con incumplimiento absoluto de los controles y presupuestos legales [SSTS de 29 de junio de 2008; 908/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4385); 685/2021, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3357), y 606/2017, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3211)].

El tribunal ya ha tenido ocasión de enjuiciar y desestimar una queja análoga a la formulada por el actor frente al entendimiento de las resoluciones impugnadas de que la sustracción de los caudales públicos que sanciona el art. 432 CP puede consistir en el apartamiento total y absoluto de los trámites y controles legalmente exigidos para su gestión, en ausencia de los cuales se materializa una gestión libérrima y arbitraria que no puede estimarse, por concepto, que atienda a ninguna finalidad que pueda reputarse pública. En la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.2, se concluyó que esa comprensión resulta compatible con el derecho fundamental a la legalidad penal contemplado en el art. 25.1 CE. El examen de los argumentos de las resoluciones impugnadas puso de manifiesto que esta interpretación del delito de malversación respeta las exigencias de previsibilidad gramatical, metodológica y axiológica propias del art. 25.1 CE. A los razonamientos allí desarrollados nos remitimos.

Por ello debe descartarse cualquier reproche desde la óptica del art. 25.1 CE a la comprensión cuestionada por el demandante y, por ende, a la subsunción de su conducta en el delito de malversación con tal base.

b) Modalidad activa de disposición de fondos (sustraer): ausencia de una disposición por parte del recurrente de fondos a su cargo.

El actor sostiene que el delito de malversación es un delito de resultado que exige una efectiva realidad dispositiva de los fondos sin la que no puede entenderse presente la acción típica de sustraer, que, según defiende, implica tanto el dictado de una resolución como la facultad específica de detentación de los bienes públicos. Ni él dictó una resolución de concesión de fondos ni tuvo la facultad de adoptar decisiones vinculantes sobre los mismos.

Al respecto debe precisarse de inicio que el Sr. Fernández García fue condenado en relación con las ayudas comprendidas en el programa 22E no solo por haber intervenido en las modificaciones presupuestarias que arbitraron los fondos para el pago de las ayudas sociolaborales, sino por haber firmado como presidente del IFA numerosos convenios particulares con el director general de Trabajo a través de los cuales se materializaron concretas ayudas. Intervino, en suma, en la materialización de las ayudas con actuaciones que las sentencias recurridas han considerado resoluciones. Del mismo modo, en ejecución ya del programa 31L, cuya disposición de fondos en ausencia de fin público o desviada ahora se examina, el actor siguió firmando convenios hasta el 28 de enero de 2003 en su condición de presidente del IFA. El recurrente no ha cuestionado esta calificación de la firma de convenios, que, por otro lado, el tribunal no ha juzgado contraria al art. 25.1 CE. En la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 4.4, se ha apreciado que «no puede considerarse una interpretación imprevisible ni extravagante el que las resoluciones judiciales impugnadas hayan considerado la firma de convenios por el recurrente en su condición de titular de la Dirección General del IFA/IDEA como una resolución recaída en un asunto administrativo». Esa conclusión impide ahora *mutatis mutandis* acoger la premisa fáctica de la que parte el actor, esto es, que no dictó resolución alguna de disposición directa de fondos, ya que firmó convenios en su condición de presidente del IFA.

De cualquier manera y con carácter general, frente a la tesis interpretativa que implícitamente defiende el demandante al cuestionar la subsunción de su conducta en el inciso primero del art. 432.1 CP, esto es, la necesidad de que el autor de un delito de malversación activo adopte resoluciones de concesión de fondos de los que disponga materialmente en virtud de una competencia específica, se opone otro entendimiento del verbo típico «sustraer» y de la expresión «tener a su cargo» por parte de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo en el que se apoya la calificación de la conducta del actor como delito de malversación. Al resolver sobre la lesión del derecho a la legalidad penal no corresponde a este tribunal dilucidar esa alternativa interpretativa, sino verificar la previsibilidad de la comprensión mantenida en las sentencias en la que se asienta la condena del actor.

El órgano de casación razona que, «[e]n estructuras complejas la acción del delito de malversación no puede limitarse a quienes efectúan materialmente los pagos sino a todos aquellos que los hacen posible o, en otras palabras, a todos aquellos que sin su concurso la acción no puede llevarse a cabo, a todas las autoridades que de forma expresa o genérica o de facto tienen competencia sobre el destino de los fondos» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 35, pág. 341), citándose la STS de 29 de julio de 2008 (asunto Marey y fondos reservados, ECLI:ES:TS:1998:8421). Trae también la STS 827/2012, de 24 de octubre, (ECLI:ES:TS:2012:7363), en la que se señala que lo trascendente no son las competencias formalmente atribuidas, concretas o genéricas, sino que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición facilitadas por tal condición, sin que, como expresó la STS 277/2015, de 3 de junio, (ECLI:ES:TS:2015:2563), sea preciso el dictado de una resolución administrativa (fundamento de Derecho 35, págs. 342-343).

Esta respuesta enlaza con la concepción amplia respecto del elemento típico «tener a su cargo» por la que se inclina el Tribunal Supremo y ya había sostenido la Audiencia Provincial. Lo identifica con una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales, ya sea de hecho o de derecho, relación especial que en la administración pública moderna es la facultad o poder de disposición de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto y que se identifica con la capacidad de gasto o de control (fundamento de Derecho 32.3, págs. 316-317).

En línea con lo resuelto en la STC 98/2024, 3 de julio de 2024, FJ 5.3 B), se aprecia que esta interpretación no desborda el sentido literal de la norma, ya que la referencia típica a la expresión tener «a cargo» implica, según el sentido común de esta locución contemplado en el diccionario de la Real Academia Española, que los caudales están confiados o al cuidado de una persona. En el art. 432.1 CP esa confianza o cuidado viene determinada, además, «por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». Tal inteligencia del precepto tampoco es contraria a las pautas metodológicas generalmente aceptadas, pues obedece a una interpretación teleológica o finalista que conecta el delito de malversación con «la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos» y con la garantía de «los deberes de fidelidad y transparencia» de los funcionarios. Tampoco es axiológicamente reprochable, pues engarza la interpretación del tipo con el deber de los funcionarios que componen las administraciones públicas de servir con objetividad a los intereses generales (art. 103 CE), lo que es incompatible con la asunción, por parte de un alto cargo político con facultades funcionales de disposición de una posición de indiferencia o ajenidad al uso desviado del patrimonio público.

Debe tenerse presente que la calificación de la conducta del recurrente como autoría de un delito continuado de malversación se apoya en importante medida en su relevante papel en la gestión y concesión de las ayudas, dictando instrucciones sobre la aplicación del convenio marco, imponiendo criterios de cuantificación y otras medidas orientadas a eludir los controles de las ayudas externos a la Consejería de Empleo y decidiendo discrecionalmente sobre las empresas beneficiarias y el importe dispuesto. La consideración de que los distintos intervinientes en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales como los que aprobaban los créditos presupuestarios haciendo posible dicha conducta son autores de un delito consumado de malversación atiende igualmente a la complejidad de los hechos y de la estructura administrativa que los hizo posibles. La atención al carácter determinante de las distintas conductas de quienes tenían capacidad de disposición para calificarlas de autoría no puede considerarse imprevisible y, por ende, contraria al art. 25.1 CE.

Ha de desestimarse, por ello, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción en la modalidad activa del delito de malversación de todas aquellas actuaciones del demandante no amparadas en las leyes de presupuestos vigentes al tiempo de su realización.

c) Modalidad pasiva de malversación (permitir que otro sustraiga): el tercero al que se permite la sustracción no puede ser quien tiene la competencia sobre los fondos.

Discrepa el recurrente de la aplicación a su conducta de la modalidad pasiva del delito de malversación desde el entendimiento de que el tercero al que se permite sustraer no puede ser un sujeto idóneo para cometer la modalidad activa y quien permite la sustracción, por el contrario, debe ser quien tiene a su cargo los fondos. Sentada tal premisa, razona que el supuesto tercero sería el director general de Trabajo, justamente quien tenía confiados los fondos por razón de su cargo, mientras que él, como viene insistiendo, no tenía los caudales a su disposición. Desde tal planteamiento censura también la ausencia de ánimo de lucro y de una posición de garante específica.

De inicio debe aclararse que la afirmación de que no tenía facultades de disposición sobre los fondos no resulta admisible de acuerdo con la consideración que se acaba de examinar de que las resoluciones judiciales manejan un concepto amplio –respetuoso de las exigencias del art. 25.1 CE– del elemento típico «tener a su cargo», que no lo limita a la detentación material de los caudales públicos, sino que incluye una capacidad funcional de decidir el destino de los mismos, como sería el caso del recurrente, que fue viceconsejero y consejero de Empleo, esto es, alto responsable de la consejería que decidía sobre el destino de los fondos de los programas 22E y 31L.

De cualquier modo, tampoco en este punto se aprecia una aplicación del delito de malversación imprevisible y, por ello, lesiva del art. 25.1 CE por razones coincidentes con las ya expuestas. La sentencia de casación razona, tras aludir como precedente a la STS 445/1992, de 2 de marzo, que «[u]na interpretación finalista del precepto y respetuosa con los bienes jurídicos que se pretende proteger con este delito admite, sin retorcer la interpretación gramatical, que una autoridad o funcionario pueda consentir la sustracción por otro funcionario y ello es posible precisamente porque las competencias sobre la gestión de los fondos públicos pueden ser concurrentes» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 36, pág. 345). En el caso, se añade, el director general de Trabajo «dispuso de los fondos autorizando el pago de las ayudas, pero lo hizo porque otras autoridades, superiormente jerárquicas, y, por lo mismo, con competencias funcionales para evitar la sustracción, no hicieron nada. No solo eso, autorizaron año a año, con incumplimiento patente de la legalidad, las partidas presupuestarias que hicieron posible la concesión y pago de las ayudas» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 36, págs. 345-346).

Se trata de un entendimiento del delito tipificado en el inciso segundo del art. 432.2 CP vinculado al bien jurídico protegido y a la realidad de la complejidad de la actuación administrativa contemporánea y al papel decisivo que tiene la presupuestación; en otras palabras, se atiende a los orígenes plurales de los riesgos de afectación al patrimonio público y, con ello, al buen funcionamiento de la administración pública. Esa comprensión no rebasa el tenor literal del precepto, que alude sin más a «un tercero», y responde a una interpretación teleológica orientada a la tutela de los intereses protegidos en absoluto extravagante, sin que quepa censura alguna desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Afirmado lo anterior, decae la premisa interpretativa del reproche de la demanda sobre la necesidad de acreditar el ánimo de lucro de los concretos beneficiarios de las ayudas por no poder ser el director general de Trabajo el tercero al que se permite la sustracción. A ello debe añadirse que el Tribunal Supremo precisa (STS 749/2022, fundamento de Derecho 41, pp. 358-359) que la exigencia típica de ánimo de lucro debe interpretarse, como viene haciéndose, en un sentido amplio, que incluye «toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (*animus lucri faciendi gratia*)», sin que en la malversación se exija el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial (STS 507/2020, de 14 de octubre: ECLI:ES:TS:2020:3191) y referido a un tercero (STS 277/2015, de 3 de junio). El recurrente no ha cuestionado esta concepción del elemento típico, sostenida también por la Audiencia Provincial (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 45, pág. 1708), ni que en el caso, como afirma la sentencia de casación, las empresas que se vieron beneficiadas por las ayudas sociolaborales obtuvieron un beneficio económico, como se recoge en el apartado 22 del juicio histórico. Tampoco la afirmación específica de la sentencia de instancia de que la forma en que la Consejería de

Empleo «disponía de los fondos públicos del programa 22E/31L [...] permitía el enriquecimiento de empresas, a través del ahorro de gastos y de terceros, ajeno a cualquier interés social o público debidamente acreditado» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 45, pág. 1723).

Por último, la Sala Segunda estima que «todas las autoridades condenadas por intervenir en el proceso de presupuestación tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de los fondos públicos, aprobando o no las partidas presupuestarias, sin cuya existencia la concesión y pago de las ayudas no habría sido posible, y todos aquellos que conocieron las ilegalidades en su concesión y pago, contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción en la medida en que no lo impidieron» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 37, pág. 347). Con carácter general fija que la disposición de la custodia del patrimonio público por el funcionario implica una posición de garante «en la medida en que el ordenamiento jurídico no solo espera que actúe en cumplimiento de su deber, sino que también espera que evite el resultado» (STS 749/2022, fundamento 43.5, pág. 371). Concluye que «[e]s impensable admitir que el Director General de Trabajo pudiera disponer de los fondos públicos al margen de los controles y requisitos legales sin la autorización de los restantes responsables políticos condenados. Todos ellos tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de estos fondos, aprobando o no las correspondientes partidas presupuestarias» (STS 749/2022, fundamento 37, pág. 348).

No resulta en modo alguno imprevisible ni metodológica o axiológicamente reprochable el entendimiento de que el recurrente, como alto cargo de la Consejería de Empleo que otorgaba las ayudas con cargo a partidas que dependían de ese departamento, se encontraba, en una posición funcional y competencial idónea para tomar medidas tendentes a evitar que se realizaran actos de disposición con fondos procedentes del programa 31L a fines distintos de aquellos presupuestariamente autorizados como era su deber.

A la luz de todo lo expuesto ha de desestimarse la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la aplicación del delito de malversación a las conductas del demandante vinculadas al programa 22E de los años 2000 y 2001 y a las conductas que impliquen un uso de los fondos incluidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

4. Enjuiciamiento de la queja relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con la condena por delito de malversación de caudales públicos respecto de las partidas de los programas presupuestarios 22E y 31L declaradas en la sentencia de instancia.

#### 4.1 Posiciones de las partes.

La demanda de amparo denuncia, de una manera específica en sus motivos primero y tercero, y entremezclada con argumentos de legalidad penal en su motivo segundo, que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del demandante (art. 24.2 CE) porque se le ha condenado por un delito de malversación de caudales públicos (art. 432.1.2 CP) en base a: (i) un relato de hechos probados inconcreto e indeterminado, en el que no se describe su participación en la gestión de las ayudas, que correspondía a la Dirección General de Trabajo, ni se le atribuye ninguna resolución de pago, y (ii) un *iter* discursivo en la valoración de la prueba caracterizado por su falta de lógica y carácter contradictorio, en virtud del cual: (1) el demandante cometió malversación activa (sustraer) porque desvió fondos del programa 31L, sobre los que no tenía capacidad de disposición, y, a su vez, malversación pasiva (permitir que un tercero sustraiga) porque los puso a disposición de la Dirección General de Trabajo, que era, precisamente, el centro directivo competente para su gestión; y (2) reconocido el hecho de que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis eran, en principio, ayudas destinadas a un fin público o social legítimo, no se concreta ningún acto de sustracción o desvío, porque, de hecho, ni se debatió ni se practicó prueba en relación con ninguna de las ayudas

concedidas con cargo al programa 31L, llegándose a la conclusión, no acreditada mediante prueba ni directa ni indiciaria, de que fueron desviadas de su legítima finalidad pública la totalidad de la ayudas concedidas a través del programa presupuestario 31L (antes 22E), por importe de 680 millones de euros, en el periodo de 2000 a 2009.

La representación procesal del Partido Popular rechaza los motivos de amparo que inciden en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque, a su juicio, la condena por delito de malversación de caudales públicos tiene apoyo y justificación en prueba de cargo suficiente y rectamente valorada en las resoluciones judiciales impugnadas, adhiriéndose a los fundamentos dedicados a esta cuestión en la sentencia de casación, particularmente en su extenso fundamento de Derecho 111, donde se efectúa un resumen razonado de los hechos y de los medios de prueba en virtud de los cuales se consideran acreditados.

El fiscal, por su parte, en su escrito de alegaciones, rebate la vulneración del derecho a la presunción de inocencia argumentando que tanto la sentencia de instancia como la de casación exponen y valoran extensamente las pruebas de cargo que justifican su condena por malversación, en su modalidad activa y pasiva, valoración que estima correcta.

El fiscal reproduce algunas de las consideraciones realizadas en la sentencia de instancia, destacando las relativas a que el demandante, como viceconsejero y consejero de empleo, participó en la elaboración y aprobación de anteproyectos de presupuestos y modificaciones presupuestarias que incluían las transferencias de financiación al IFA/IDEA, a sabiendas de que su finalidad era la concesión de subvenciones por parte de la Dirección General de Trabajo y del déficit que generaban en su consejería; también se hace referencia a que suscribió contratos de garantía indemnizatoria para directivos de la empresa Santana, conoció la decisión del consejero de empleo, don José Antonio Viera, de dar ayudas a ayuntamientos, que se pagaron nóminas a trabajadores de empresas en crisis, y que, en definitiva, era plenamente consciente de la ilegalidad de los actos que se le atribuyen en los hechos probados, al disponer y permitir que el director general de trabajo dispusiera de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Asimismo, se evidenció, por la gravedad de los incumplimientos, la ausencia de procedimiento y control en la concesión de las ayudas, lo que permitía su concesión libre sin atender a interés público alguno, lo que supuso que las recibieran personas que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas, o que un número de beneficiarios las siguieran percibiendo aun después de haberse incorporado de nuevo al mercado laboral o haber pasado a situación de incapacidad.

El fiscal remite asimismo a los argumentos de la sentencia de casación, que recuerda que el demandante era perfecto conocedor del sistema creado pues él mismo había firmado el convenio marco que, junto con las transferencias de financiación, permitió su funcionamiento, y que no podía ignorar, por los cargos que ocupó en la Consejería de Empleo (consejero y viceconsejero) y en la agencia IFA (presidente), que las ayudas se concedían en su consejería y cuál era el uso y destino que se daba a las transferencias de financiación. Se destaca también su intervención en el consejo rector de la agencia IFA, celebrado el 27 de mayo de 2003, en el que se decidió calcular el importe de las ayudas en función de lo recibido por cada trabajador, y no del importe total de la misma, para evitar someter los convenios particulares a la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, como era preceptivo cuando superaban la cuantía de 1 200 000 euros.

#### 4.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

La sentencia de la Audiencia Provincial concluye que «el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Disponiendo, y permitiendo que el director general de Trabajo dispusiera, de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al

que estaban destinados» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 26, pág. 880).

Para ello, empieza enumerando los cargos que desempeñó el demandante de amparo en el período en que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento y las competencias que la legislación le otorgaba en razón de los mismos. Destaca, así, que el actor venía desempeñando el cargo de viceconsejero de empleo desde el año 1996 y que lo ejerció hasta el 25 de abril de 2004, fecha en que fue nombrado consejero de empleo, en el que permaneció hasta el 22 de marzo de 2010. Señala que fue asimismo presidente del IFA desde el 6 de junio de 2001 hasta el 28 de enero de 2003 (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 26, apartados I y II, págs. 815 a 825).

La sentencia argumenta que en el desempeño de estos cargos tuvo «un completo conocimiento del contenido de los acuerdos de concertación y pactos por el empleo, desde al menos la firma del pacto por empleo de año 1997» y «de la decisión política de conceder ayudas sociolaborales durante los años 90, hasta el 2000» conociendo que entonces se articulaban, dentro de su propia consejería, como subvenciones excepcionales. También conoció el reparo que opuso la Intervención al expediente de ayudas sociolaborales a «Hijos de Andrés Molina», pues fue quien firmó las alegaciones al primer informe de fiscalización con disconformidad.

Como viceconsejero de empleo: (i) intervino en las sesiones de la Comisión General de viceconsejeros que acordaron elevar al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía las modificaciones presupuestarias que se aprobaron el 18 de abril de 2000, el 28 de julio de 2000, el 18 de septiembre de 2001 y el 13 de noviembre de 2001, en las que se incrementó, dentro del programa 22E, la partida «transferencia al IFA en materia de relaciones laborales» (440.01), que no existía en el presupuesto de la Junta de Andalucía, reduciendo las partidas 472.00 y 481.00, que eran las previstas para conceder subvenciones a empresas y particulares; (ii) formó parte de los grupos de trabajo que analizaban los programas presupuestarios de la Consejería de Empleo, e intervino en la elaboración de los presupuestos de los años 2002, 2003 y 2004, siendo el presupuesto de 2002 el primero que incluyó el uso de las transferencias de financiación al IFA dentro del programa 31L «a sabiendas de que su finalidad era la concesión de subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, siendo el órgano gestor la Dirección General de Trabajo», lo que se hacía constar en las memorias de los presupuestos, de modo que «[c]onocía que con el sistema implantado de las transferencias de financiación y el convenio marco, la concesión de ayudas quedaban sin fiscalización previa»; (iii) firmó con varios directivos de la empresa Santana unos documentos/contratos de garantía indemnizatoria por permanencia en la empresa, que remitió el 24 de julio de 2003 al director general de trabajo, que se plasmaron en la suscripción de pólizas a favor de cada directivo, como beneficiario, y la empresa Santana, como tomadora, con cargo a los fondos del programa 31L; tuvo asimismo conocimiento de la decisión del entonces consejero de Empleo, don José Antonio Viera, de dar ayudas a ayuntamientos con cargo a dicho programa, porque los convenios constaban en las sesiones del consejo rector del IFA, y que conoció una ayuda al ayuntamiento de Chiclana por una carta que remitió al director general de trabajo.

Como presidente del IFA: (i) suscribió el 17 de julio de 2001 con el entonces consejero de empleo, don José Antonio Viera Chacón, el convenio marco de 17 de julio de 2001, informó del mismo a los vocales del consejo rector del IFA en sesión de 23 de julio de 2001, e impartió directrices al director general de trabajo sobre su aplicación; (ii) firmó convenios particulares con el director general de trabajo para el pago de ayudas «usando ya la partida 440.00 “Transferencias de financiación a IFA”, del programa 22E. Así, a título de ejemplo, el convenio de fecha 19 de julio de 2001, dentro del expediente de HAMSA»; conocía el papel que cumplía la agencia IFA/IDEA en el pago de las ayudas, y las irregularidades que se producían, lo que se desprende de sus intervenciones en varias sesiones de su consejo rector, siendo destacadas la sesión de 27 de marzo de 2002, en la que informó a sus miembros de los informes de control financiero permanente de los años 2000 y primer semestre de 2001; la sesión de 27 de

mayo de 2003, en el que, con ocasión de la retirada del orden del día de la ayuda a la empresa Primayor, se acordó sustraer al conocimiento del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía las ayudas sociolaborales, calculando su cuantía en función de lo que iba a recibir cada trabajador, y no en función del importe total de la ayuda, para evitar superar el umbral de 1 200 000 euros a partir del cual la ayuda debía ser aprobada definitivamente por el Consejo de Gobierno; la sesión de 24 de noviembre de 2003, en la que se acordó solicitar informe al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en relación con la necesidad de someter a ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la ayuda autorizada para la empresa Sandetel, informe que el demandante finalmente no solicitó; y la sesión de 12 de marzo de 2004 en la que se decidió distribuir la subvención concedida a la empresa Pickman, por importe de 1 800 000 euros, en tres anualidades distintas con el mismo fin.

Como consejero de empleo: (i) aprobó los anteproyectos de presupuestos de su consejería y participó en los Consejos de Gobierno que aprobaron los proyectos de ley de presupuestos; (ii) recibió en el mes de julio de 2005 el informe adicional al informe de cumplimiento del IFA, elaborado por la Intervención, en el que se advertía de la irregular concesión de las ayudas, sin fiscalización previa y sin seguir el procedimiento subvencional; (iii) tuvo conocimiento del déficit que se producía en la Consejería de Empleo, así como en la agencia IFA/IDEA; y (iv) aprobó los planes de control financiero permanente de las entidades públicas dependientes de la Junta de Andalucía—entre ellas IFA/IDEA— para los años 2005, 2006 y 2007, planes en cuya documentación se hacía constar que se utilizaba el expediente de transferencias de financiación para el pago de subvenciones especiales.

En el hecho probado vigésimo segundo se cuantifica el montante de las ayudas concedidas por esta vía, desglosado por años, como objeto de malversación (letra A), las irregularidades generadas por el sistema seguido en la concesión de ayudas a trabajadores y empresas (letra B), haciendo finalmente una enumeración de supuestos en que los fondos se emplearon para fines distintos y ajenos a los propios del programa 31L (letra C).

La sentencia del Tribunal Supremo, por su parte, desestima los tres motivos de casación en los que el demandante denunció la infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, dando respuesta a las dos objeciones principales que se le habían planteado sobre este particular: la insuficiencia de la prueba de cargo para acreditar la participación del recurrente en los hechos y la insuficiencia de prueba para demostrar que el dinero se hubiese destinado a fines ajenos al interés público.

(i) Sobre la participación del demandante en los hechos, la sentencia de casación confirma el criterio del tribunal de instancia porque de la valoración conjunta de las pruebas e indicios expuestos en su sentencia «se puede afirmar desde parámetros de racionalidad que el Sr. Fernández García no solo tenía conocimiento de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado con las transferencias de financiación, sino que lo impulsó, dictando una serie de resoluciones administrativas que lo hicieron posible» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 111.2.1, pág. 825).

Más adelante, al examinar y desestimar la alegación de invalidez del informe adicional al informe de cumplimiento del IFA de 2003, deducida también por el recurrente, la sentencia de casación dice que «aun cuando a título hipotético se admitiese la nulidad del Informe o se declarase su errónea valoración, en nada afectaría al valor incriminatorio de la prueba hasta ahora examinada, pues en su caso no era necesario que ningún informe le advirtiese de una eventual ilegalidad, cuando él mismo fue, junto con otros acusados, artífice del sistema ilegal de concesión de ayudas y de su ejecución, en su triple condición de viceconsejero de Empleo, consejero de Empleo y presidente del IFA» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 111.3, pág. 838).

Apunta la sentencia de casación que «[a]demás, como presidente del IFA firmó numerosos convenios particulares con quien era el director General de Trabajo, plenamente consciente de que, a través de los mismos, se concederían ayudas haciendo

uso del mecanismo ilícito de concesión antes referido. Asimismo, era consciente de la ilicitud en la concesión de tales ayudas, por cuanto, en numerosas ocasiones, él mismo o en consenso con el entonces consejero de Empleo, decidió de forma discrecional las empresas que debían beneficiarse y el importe de las ayudas» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 111.6, pág. 581).

(ii) Sobre el destino de los fondos a fines ajenos al interés público, el Tribunal Supremo ratifica igualmente el criterio de la sentencia de instancia de que el delito del art. 432 CP «se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales», a través de IFA/IDEA, sin la tramitación del correspondiente expediente «que permitiese acreditar, no ya solo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, suponiendo este, se hubieran aplicado los fondos al mismo» y manifiesta que «[e]stamos ante un supuesto excepcional, la creación y mantenimiento de un modo de proceder buscado de propósito para eludir de forma absoluta la normativa aplicable, buscando con ello disponer libremente y al margen de todo control de unas cuantiosas cantidades de fondos públicos». Añade que el incumplimiento de la normativa vigente y la ausencia de control del destino dado a las ayudas evidencia que, en realidad, fueron destinadas a intereses ajenos al fin público «bien porque, en los supuestos de rescisión de relación laboral [...] el correspondiente expediente subvencional no se tramitó en legal forma, con acreditación, en particular, de la necesaria incapacidad de la empresa para hacer frente al pago de las indemnizaciones y de concurrir en los supuestos legales para ser beneficiario de la ayuda; bien porque, al amparo del programa 31L, se concedieron ayudas a empresas para fines absolutamente ajenos a los del referido programa». Concluye que «[d]e conformidad con la prueba expuesta, debemos convenir con el Tribunal de instancia que la totalidad de las ayudas a las que se refiere el relato de hechos de la sentencia fueron destinadas a fines ajenos al interés público» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 111.2.2, págs. 825 y 826).

La sentencia de casación considera que las disposiciones de fondos quedaron probadas en el informe pericial de la Intervención General del Estado, ratificado por sus autores en el juicio oral y sometido a la contradicción, que se refiere a las subvenciones a empresas para financiar el coste de las indemnizaciones por despido colectivo de sus trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo, concluyendo que se asumía un coste «[a]jeno, desde luego, al interés público, pues el beneficiario era una empresa que no había acreditado ser merecedora de la ayuda que recibía», al igual que pasaba con las subvenciones a empresas concedidas para otros fines y, en ocasiones, sin objeto definido, que se consideran acreditadas mediante el citado informe de la Intervención General de la Administración del Estado, y además por los dos informes encargados a PriceWaterhouseCoopers Auditores, SL, relativos al estudio de dieciséis subvenciones por importe de 11 416 454 euros, concedidas por la Dirección General de Trabajo entre los años 2002 a 2008, en los que se ponen de manifiesto las innumerables ilegalidades habidas en la concesión de tales ayudas y su absoluta falta de control del destino, el informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía de fiscalización de las ayudas sociolaborales a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo y empresas en crisis, otorgadas por la administración de la Junta de Andalucía en los ejercicios 2001-2010, así como por los informes de control financiero del IFA en los que se advierte de la irregularidad del sistema seguido para la concesión de subvenciones, en particular el informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003, comunicado al demandante el día 25 de julio de 2005.

La sentencia de casación asevera finalmente que para considerar perfeccionado el delito de malversación «no es necesario delimitar de forma concreta el último beneficiado de la conducta malversadora, pues como elemento de la conducta típica no se incluye la determinación concreta del perceptor del dinero malversado, sino la acreditación de la sustracción del mismo en perjuicio del caudal público», por lo que no era necesaria la declaración en el plenario de los supuestos beneficiarios «cuando a tal conclusión puede llegarse a través de otros medios probatorios» (STS 749/2022, fundamento de Derecho 111.2.2, pág. 835).

#### 4.3 Doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Antes de abordar las concretas quejas alegadas por el demandante de amparo en relación con este motivo, conviene traer a colación, al menos resumidamente, la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) tal y como ha sido fijada por este tribunal.

Al respecto hemos consignado reiteradamente que este derecho queda configurado como «el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas» (STC 31/1981, de 28 de julio), de tal manera que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en «una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado» (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8). Esta idoneidad incriminatoria, además, «debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)» (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8).

Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano. En relación con esta concreta cuestión, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8, ya señalaba que «a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, FJ 2, “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

La importancia de la motivación de la sentencia condenatoria ya venía remarcada en la STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, donde se afirmaba que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. De esta manera, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de la vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5).

La motivación de las sentencias penales es siempre exigible ex art. 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante, en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales –y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal– la

exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia. Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable [por todas, STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4 b)].

Es, precisamente, la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal. Así, hemos afirmado en numerosas ocasiones la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Esta conclusión se ha fundamentado en dos razones de diferente índole: (i) por un lado, en que la Constitución no atribuye esa tarea de valoración a este tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, y, (ii) por otro, en que el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria (STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). De esta manera, «solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Este mismo canon se extiende a los supuestos de prueba indiciaria donde la supervisión de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el control de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzca naturalmente a él, como desde la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6; 142/2012, de 2 de julio, FJ 5, y 46/2022, de 24 de marzo, FJ 10.1).

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3). Este control no es posible si los órganos judiciales descuidan su deber, lo que nos ha llegado a exigir que «deba asegurarse estrictamente la garantía formal de que el razonamiento efectuado por el tribunal conste expresamente en la sentencia, ya que solo así podrá verificarse si aquel formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 117/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) y que ninguno de los elementos constitutivos del delito se ha[ya] presumido en contra del acusado» (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

#### 4.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal, ex art. 25.1 CE, por integrarse en el título de malversación de caudales públicos del art. 432 CP la presupuestación y

gestión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis mediante la agencia IFA/IDEA, en ejercicios presupuestarios en los que dicho procedimiento tenía respaldo legal (*vid. supra* FJ 3.4.1) obliga a delimitar el análisis de la participación del demandante en dicho procedimiento desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por lo que, aún esclarecido que la condena vinculada a la forma global de gestión del programa 31L es inconciliable con el derecho a la legalidad penal, resta un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional, teniendo en cuenta que la condena del Sr. Fernández García también abarca conductas cuya subsunción en el delito de malversación hemos declarado que no resulta impredecible (*vid. supra* fundamento de Derecho 3.4.2), en concreto:

(a) Los actos de presupuestación y gestión que realizó antes de que las leyes de presupuestos hubieran incorporado el concepto de transferencias de financiación al IFA/IDEA como instrumento apto para la concesión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, es decir, las modificaciones presupuestarias de fecha 18 de abril de 2000, 28 de julio de 2000, 18 de septiembre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, en las que el recurrente intervino en calidad de viceconsejero de Empleo, así como la suscripción del convenio marco de 17 de julio de 2001 y de los convenios particulares que instrumentaron el pago de ayudas en los años 2000 y 2001, en los que el demandante intervino en calidad de presidente del IFA.

(b) Las disposiciones de fondos ordenadas en el ámbito de la Consejería de Empleo, en la que ocupó cargos de dirección preeminentes en el tiempo en que se desarrollaron las conductas enjuiciadas, bajo la vigencia de las leyes de presupuestos que incorporaban tales aplicaciones en el programa 31L, pero que excedieron su ámbito de cobertura en tanto que se hicieron en ausencia de fin público o para fines distintos de los previstos en dicho programa.

Acotado este sustrato fáctico, en virtud del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es deber de este tribunal comprobar si, de acuerdo con su fundamentación jurídica, se ha motivado suficientemente, y conforme a criterios racionales y lógicos, el engarce necesario entre las conductas anteriormente expuestas y la participación del demandante de amparo, entendiéndose que ello solo se producirá cuando se realice de un modo «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes» (STC 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 2).

Y ello porque, como ya se ha explicitado anteriormente, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de la vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5) no siendo, por lo tanto, misión de este tribunal «revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este tribunal una tercera instancia» (STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

a) Sobre la prueba de la intervención del demandante de amparo en los actos de presupuestación y gestión de los fondos del programa 22E (ejercicios 2000 y 2001).

La sentencia de instancia expone en su fundamento de Derecho 26, apartado IV, medios de prueba que permiten concluir que el demandante de amparo intervino personalmente en la presupuestación y pago de las ayudas en este periodo inicial con conocimiento de su ilegalidad. Su intervención en los procedimientos de elaboración de

las modificaciones presupuestarias ya reseñadas, en su calidad de viceconsejero de Empleo, queda reflejada en los documentos que los instrumentan, y no ha sido negada por el propio demandante. Lo mismo ocurre con la suscripción, como presidente del IFA, del convenio marco de 17 de julio de 2001 y de varios convenios particulares que sirvieron para conceder ayudas en dicho periodo, de los que se cita, a título de ejemplo, el convenio de 19 de julio de 2001, en el expediente HAMSA, con cita de la pieza documental que lo recoge, convenio que el demandante remitió al director general de trabajo para que lo tomase como modelo para el convenio de Jerez Industrial que se iba a firmar.

El conocimiento de la inadecuación del sistema se infiere del conocimiento del reparo que la Intervención de la Junta de Andalucía había opuesto al expediente de ayudas sociolaborales a siete trabajadores de la empresa Hijos de Andrés Molina, y del informe del Gabinete Jurídico que negaba la posibilidad de convalidación del gasto en una ayuda a trabajadores de la empresa IAMASA. Se apoya igualmente en datos que afloraron en declaraciones prestadas por el propio demandante de amparo, en concreto, las declaraciones sumariales que evacuó en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla los días 20, 21 y 22 de abril de 2012, y 2 de febrero de 2016, en las que se mostraba conocedor de que los expedientes de ayudas no se sometían a fiscalización previa de la Intervención, así como la declaración prestada ante el magistrado instructor del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015, declaraciones que fueron introducidas en el plenario al ser interrogado sobre las mismas, y que no ratificó, optando por acogerse a su derecho a guardar silencio, lo que dio lugar a que la Audiencia Provincial otorgase credibilidad a aquellas, por entender que eran precisas y próximas a la fecha de acaecimiento de los hechos.

Su conocimiento de sus efectos se plasma asimismo en su intervención en la sesión del consejo rector del IFA de 23 de julio de 2001, en la que informó a los consejeros de la firma de los primeros convenios de ayudas, y en la sesión de 29 de octubre de 2001, en la que informó de su funcionamiento, remiando la sentencia a las correspondientes actas.

En la sentencia se refleja igualmente que instruyó al entonces director general de trabajo, don Francisco Javier Guerrero, sobre la aplicación del convenio marco, lo que se entiende acreditado en base a la declaración que prestó el demandante el 21 de abril de 2012 en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla.

Se ha de concluir, por ello, que la sentencia de instancia expone, analiza y valora de una forma razonada medios de prueba cuyo resultado permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que el demandante de amparo participó en actos de presupuestación y gestión en ejercicios presupuestarios en los que las leyes no legitimaban el uso de las transferencias de financiación al IFA como medio de pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis.

La sentencia desarrolla igualmente los medios de prueba que confirman que con posterioridad siguió ejerciendo la dirección del procedimiento de gestión de las ayudas, aunque ya bajo la vigencia de las leyes de presupuestos que les daban cobertura: son significativas las menciones a las actas de las sesiones del consejo rector del IFA/IDEA de 27 de marzo de 2002, en la que comunicó a los consejeros los informes de control financiero permanente correspondientes al año 2000 y primer semestre del 2001, donde se recogían irregularidades del procedimiento; de 27 de mayo de 2003, sesión en la que se trató del déficit financiero que sufría la agencia y de la forma de solucionarlo, de sus conversaciones con el viceconsejero de Hacienda, y en la que el demandante impuso el criterio de fraccionar las ayudas sociolaborales en función del importe recibido por cada trabajador para evitar la elevación del acuerdo al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, lo que se produjo con ocasión de la retirada del orden del día del convenio de ayuda a la empresa Primayor; de 24 de noviembre de 2003, en la que los consejeros acordaron por unanimidad elevar consulta al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía sobre la necesidad de ratificación por el Consejo de Gobierno del convenio particular de ayuda por un importe de 2 250 000 euros que habían autorizado con la empresa

Sandetel, consulta que tenía que realizar el demandante y que no hizo; y de 30 de enero de 2004 y 2 de marzo de 2004, sesiones en las que se acordó la concesión de subvención a Pickman y su posterior anulación y fraccionamiento en anualidades para eludir la aprobación definitiva del Consejo de Gobierno.

b) Sobre la prueba de la intervención del demandante de amparo en disposiciones de fondos del programa 31L carentes de cobertura legal por realizarse en ausencia de fin público o para fines distintos de los previstos en dicho programa (ejercicios 2002 a 2009).

La sentencia expone y valora medios de prueba reveladores de que el demandante de amparo, en su desempeño como viceconsejero y consejero de Empleo, retuvo el control de la concesión de ayudas, lo que desmiente su alegación de que dichas decisiones las tomara en solitario el director general de trabajo. El demandante tenía conocimiento de los convenios firmados por el director general de trabajo, como acreditaba el correo que este le remitió adjuntándole copia de la ayuda a la empresa Valeo, de diciembre de 2007; el demandante reconoció en el acto de juicio que cuando no estaba conforme con un convenio, lo devolvía a la Dirección General de Trabajo. Se detalla, además, la declaración que prestó en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Sevilla en la que manifestó que «las ayudas, hasta lo que conoce el dicente, las proponía el director general. No obstante cuando las ayudas eran importantes en el caso de las sociolaborales por el número de trabajadores afectados y en el caso de las ayudas directas por la cuantía de las ayudas, o por el sector afectado, era el Consejero de Empleo en colaboración con el viceconsejero, los que decidían las directrices de concesión de estas ayudas, y luego el director general era el que las concretaba y las tramitaba».

La testigo doña María José Rofa, técnico que fue contratada por don Juan Márquez Contreras, cuando ocupó el cargo de director general de trabajo, para que pusiera orden en la tramitación de los expedientes de ayudas, declaró en sede policial, y ratificó posteriormente en sede judicial, que habitualmente las decisiones las tomaban el consejero (refiriéndose a don Antonio Fernández García) y el viceconsejero, y que los directores generales de trabajo (entre ellos, don Juan Márquez) las consultaban con el consejero.

Como ejemplo de decisiones adoptadas directamente por el demandante, la sentencia de instancia identifica, en base al informe de la Intervención General del Estado, unos documentos-contrato de garantía indemnizatoria por permanencia en la empresa que el demandante firmó, como viceconsejero de empleo, con varios directivos de la empresa Santana, y que remitió el 24 de julio de 2003 al director general de Trabajo, plasmándose en la suscripción de pólizas cuya prima se abonó con fondos del programa 31L, lo que constituye un caso de desviación de los fondos a fines distintos de los programados. También se relaciona la orden que dio de pago de una ayuda a Faja Pirítica de Huelva, y su mediación para la concesión de una ayuda al ayuntamiento de Chiclana.

La sentencia valora asimismo, las declaraciones de otros acusados, como don Francisco Javier Guerrero, que expuso algunos aspectos de la participación del demandante en la creación y funcionamiento del sistema de ayudas, y de algunos testigos, como don Francisco José Oyonarte Molina, jefe de la asesoría jurídica del IFA desde febrero de 2003 hasta junio de 2004, y secretario general del IFA, quien en declaración sumarial de 18 de mayo de 2015 expuso la intervención que tuvo el demandante en el consejo rector de 27 de mayo de 2003, en el que se negó a que los expedientes de las ayudas fueran remitidos al IFA/IDEA, exigiendo que la agencia firmara los convenios particulares sin conocer la cuantía de la ayuda; este testigo manifiesta que para ello «era necesario que pudieran acceder a los expedientes que se encontraban en la Consejería de Empleo en la Dirección General, y le consta que el sr. Mencía los pidió varias veces, (y) que los pidió varias veces la Sr. Palma Muñoz, pero que a ello se negaron en rotundo el director general de Trabajo y el viceconsejero de

Empleo [el demandante] [...] Que podría considerar presiones el contenido de la reunión del consejo rector de 27 de mayo de 2003, ya relatada donde por la enfermedad del Sr. Mencía llevó el declarante el peso de la discusión con el presidente de la sesión Sr. Fernández [...] Que por parte del Sr. Fernández se le dijo que el declarante tenía una concepción intervencionista del instituto, con lo cual le estaba quitando la agilidad para su actuación y que debería de volver sus ojos al derecho privado. Que bajo esta concepción que le exponía el Sr. Fernández era muy difícil mantener los parámetros de legalidad». En otro momento este testigo afirma «que si hubiesen conocido los expedientes y hubiesen sabido, no ya la ilicitud si no (sic) una mera irregularidad, los hubiesen devuelto a la Consejería de Empleo para su subsanación antes de proceder a firmarlos [...] Que es cierto que le chocó enormemente que no le facilitaran los expedientes, pero ni se le pasaba por la imaginación que pudieran existir las ilegalidades puestas de manifiesto con posterioridad. Que a su celo profesional sí que le rechinaba al menos, porque no era normal, que no les dejaron conocer los expedientes».

La sentencia de instancia remite nuevamente al testimonio de la técnico contratada, doña María José Rofa (declaración en sede policial de 2 de febrero de 2012, ratificada en sede sumarial el 6 de julio de 2012), en tanto que puso de manifiesto el descontrol total que observó en la gestión de los expedientes a su llegada a la dirección general de Trabajo, declarando que «si bien para las ayudas sociolaborales se contaba con la base de los datos de las propias aseguradoras, en lo relativo a las ayudas a empresa no había un listado a donde recurrir para saber lo comprometido, lo pagado hasta el momento, y lo pendiente. Lo anterior hacía imposible cualquier control de las empresas beneficiarias, de las cantidades pagadas y de las pendientes».

La sentencia de instancia también aprecia el desvío de los fondos de su finalidad pública, a partir de informaciones suministradas en el informe pericial de la Intervención General del Estado, que fue ratificado por sus autores en el juicio oral y sometido a la contradicción, y en los dos informes encargados a PriceWaterhouseCoopers Auditores, SL, relativos al estudio de dieciseis subvenciones por importe de 11 416 454 euros, concedidas por la dirección general de Trabajo entre los años 2002 a 2008, en los que se ponen de manifiesto las innumerables ilegalidades habidas en la concesión de tales ayudas y su absoluta falta de control del destino. En el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia se reproduce un cuadro de ayudas a empresas para fines diversos en el que se reflejan ayudas «sin objeto claramente definido», para pago de nóminas, avales, gastos de asesoramiento jurídico, o publicidad. También se identifican las irregularidades plasmadas en los informes de PriceWaterhouseCoopers, Auditores, SL, que incluían la concesión de ayudas a empresas interrelacionadas, por compartir accionistas y órganos de administración, empresas que se habían constituido con muy poca antelación, con escaso patrimonio propio, o que carecían de trabajadores. Se exponen asimismo las irregularidades detectadas por la Cámara de Cuentas de Andalucía.

La sentencia de instancia, por lo tanto, expone, analiza y valora de una forma razonada medios de prueba cuyo resultado permite inferir que el demandante de amparo, en el desempeño de sus cargos de viceconsejero y consejero de Empleo, ejerció un control efectivo en la concesión de las ayudas, en un periodo en que una parte de ellas se concedieron sin responder a fin público reconocible o para fines ajenos a los del programa 31L, por lo que no es irracional ni representa una inferencia excesivamente laxa o indeterminada la conclusión de que el demandante tuvo intervención eficiente en tales desviaciones. Procede por ello desestimar el motivo de amparo en el que denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

4.5 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por incorporación en la sentencia de casación de elementos fácticos nuevos.

#### 4.5.1 Posiciones de las partes.

Además de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia examinada, la demanda de amparo, en el tercero de los motivos dirigidos contra la sentencia casacional, reprocha a esta resolución haber incurrido en una vulneración autónoma del derecho a la presunción de inocencia del recurrente por haber incorporado datos fácticos nuevos, ajenos a la sentencia de instancia, para justificar la confirmación de la condena por delito de malversación de caudales públicos. Se refiere a las expresiones «precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (págs. 348 y 349) y «se modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352).

Estas afirmaciones, a juicio del recurrente, exceden las posibilidades revisoras y efecto devolutivo del recurso de casación, pues las acusaciones se aquietaron con la fórmula de declaración de los hechos probados utilizada en la sentencia recurrida, y colocan al recurrente en la tesitura de no conocer con la necesaria claridad y precisión los hechos por los que ha sido condenado, que no pueden ser otros que los determinados en la sentencia de instancia, con la consecuencia de haberse incurrido en una *reformatio in peius*.

Considera que la sentencia de instancia estableció, de manera clara y reiterada, y asimismo vinculante para el tribunal de casación, que las modificaciones presupuestarias se propusieron, tramitaron y aprobaron para eludir la fiscalización previa y, en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, incomprensiblemente, establece *ex novo* que la finalidad buscada por la totalidad de los condenados en la causa –no solo los cargos de la Consejería de Empleo– fue la disposición ilegal de los fondos, cosa que en ningún momento se afirma en la sentencia de instancia. Como consecuencia de ello, todos los condenados por el delito de malversación quedan situados como autores en la modalidad de dolo directo, destacándose que todas las acciones respondían a un propósito común, y que no se trató de una simple dejación del deber, sino de una dejación con la finalidad de que otro actúe ilícitamente, desbordándose así los contornos fácticos definidos por la Audiencia Provincial, que había concluido que algunos de los acusados conocieron y quisieron las actuaciones malversadoras, y que el resto debieron conocer dichas actuaciones, de modo que a unos se les atribuyó «disponer o consentir que un tercero disponga de los fondos con fines ajenos a su fin público» y a otros «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 47.2, págs. 1754 y ss.). Sobre este suelo se articuló el recurso de casación, y no debió ser ignorado ni excedido en la sentencia de casación.

De este modo, insiste, la sentencia de casación ya no le atribuye decisiones relacionadas con la actuación de su subordinado, el director general de Trabajo, en el ámbito de la Consejería de Empleo, sino que pasa a atribuírsele un propósito común con todos los demás condenados, de quienes, sin excepción, pasa a declararse la existencia de un designio o intención directa de malversar fondos públicos, lo que intensifica el carácter incriminatorio de su conducta, vulnera su derecho a la presunción de inocencia y afecta a su posición defensiva. Quedan asimismo alterados los términos bajo los que la sentencia de instancia fundamentó la autoría por el delito de malversación, pues ahora ya no se trata de que en el circunscrito ámbito de la Consejería de Empleo, su subordinado, el director general de trabajo, con su conocimiento o anuencia del demandante o sin él, pues ese era el objeto de debate, al conceder las ayudas

dispusiera fraudulentamente de los fondos en la fase de ejecución presupuestaria, sino que lo que el Tribunal Supremo dice ahora es que el demandante de amparo habría actuado de previo acuerdo con sus iguales y con las más altas autoridades del gobierno de la Junta de Andalucía para delinquir, lo que es muy distinto.

En atención a estos argumentos el actor solicita la nulidad de la sentencia de casación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y que se dicte nueva resolución en la que se excluyan estos elementos fácticos.

El Partido Popular niega que la sentencia de casación haya introducido elementos fácticos novedosos para confirmar la condena por malversación, como pone de manifiesto el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, limitándose a efectuar «meras consideraciones jurídicas en el juicio de autoría o tipicidad» sin modificar los hechos probados.

El fiscal comparte también la argumentación que conduce a rechazar una queja análoga en el fundamento de Derecho 4 del auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones. Considera que las frases cuestionadas en la demanda «no han añadido nada nuevo a lo declarado en los hechos probados de la sentencia de instancia, sino resumido o concretado todo el conjunto de hechos declarados probados por dicha sentencia».

#### 4.5.2 Enjuiciamiento de la queja.

El análisis del presente motivo de amparo deviene innecesario como consecuencia de lo establecido en los fundamentos anteriores de esta resolución:

(i) En los fundamentos jurídicos 2.4 y 3.2 A) se ha indicado que la Audiencia Provincial fundó su condena por delito de malversación no solo en su intervención en la fase de presupuestación de los programas 22E y 31L, mediante su participación en la aprobación de modificaciones, anteproyectos y proyectos de presupuestos en el desempeño de los cargos públicos que ocupó, sino que también le atribuye una participación directa y personal en actos de gestión, como fueron la firma de convenios particulares en el año 2000 y hasta el 28 de enero de 2003, siendo presidente del IFA, que materializaron el pago de ayudas siguiendo el esquema de actuación del convenio marco, que también firmó, las instrucciones que dirigió al director general de Trabajo y al propio consejo rector del IFA sobre el modo en que debía desarrollarse dicha gestión, así como la atribución de la decisión de conceder ciertas ayudas.

(ii) En el fundamento jurídico 3.4.1 se ha establecido que las leyes de presupuestos correspondientes a los ejercicios 2002 a 2009 incorporaron al ordenamiento jurídico este sistema de gestión de ayudas y que por ello el cumplimiento de sus determinaciones en cuanto a régimen de concesión y control financiero impedía su calificación de ilícitas o ilegales, aunque hubiesen conllevado la supresión de los controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. De forma opuesta, en el fundamento jurídico 3.4.2 se ha descartado que vulnerara el derecho a la legalidad penal la subsunción en el delito de malversación de la intervención del recurrente en la disposición de los fondos del programa 22E con carácter global y en la de los vinculados al programa 31L en tanto que la disposición se realizara en ausencia de un fin público o con desvío de los previstos en el citado programa.

(iii) En el fundamento jurídico 4.4 se ha apreciado que la sentencia de instancia expone, analiza y valora de una forma razonada medios de prueba cuyo resultado permite afirmar que el demandante de amparo, en el ejercicio de sus cargos, participó de las referidas disposiciones de fondos ilícitas en relación con los créditos de los programas 22E y 31L.

Sentado lo anterior, la queja del recurrente resulta inane, ya que cuestiona un supuesto complemento fáctico por parte de la sentencia de casación que permitiría sustentar la condena por el delito de malversación. Sin embargo, como acaba de exponerse, se ha concluido que la sentencia de instancia ofrece argumentos suficientes desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia para justificar la condena

por delito de malversación de caudales públicos del recurrente por su intervención en la disposición de los fondos públicos de los programas 22E y 31L. En estos casos, que son los que permiten sostener la calificación de la conducta del recurrente como autoría de un delito de malversación de caudales públicos, los elementos fácticos novedosos que, según se afirma en la demanda, se introdujeron en la sentencia de casación, la concurrencia de un propósito o una finalidad de desviar los fondos de su finalidad pública, resultan irrelevantes. La actuación a sabiendas de la inexistencia de finalidad pública en la disposición de fondos venía determinada por el incumplimiento de las exigencias legales para la concesión que conocía el recurrente (programa 22E) y por el control efectivo en la concesión de ayudas en un periodo en el que una parte de ellas no respondía a un fin público o a los dispuestos en el programa presupuestario (programa 31L). Procede por ello desestimar también este motivo de amparo.

5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva.

#### 5.1 Posiciones de las partes.

En el primero y segundo de los motivos de la demanda en que se alegan lesiones causadas por la sentencia del Tribunal Supremo, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, dada la falta de respuesta a determinadas pretensiones explícitamente incorporadas al recurso de casación. En concreto, no se habría dado una respuesta racionalmente fundada a los motivos décimo y undécimo de dicho recurso ni a los motivos duodécimo y decimotercero. El demandante explica que la pretensión jurídica sin mínima o adecuada respuesta sostenida en los motivos 10 y 12 (error en la apreciación de la prueba basado en documentos del art. 849.2 LECrim) instaba la revisión de una serie de hechos relevantes, con modificación del relato fáctico, por así justificarlo el contenido y significación de múltiples documentos que, frente a lo sostenido en la sentencia de casación, considera literosuficientes y no contradictorios. A su entender, tales hechos tenían directa incidencia en el fallo, pues servían, de un lado, para negar el designio de elusión de controles, que es elemento basal de la decisión de condena por malversación; y de otro lado, para negar la idea de que la oscuridad en la información suministrada al Parlamento provocó que durante una década se debatieran, enmendaran y aprobaran leyes del presupuesto enteramente a ciegas, que es determinante de la decisión de condena por prevaricación. Con esa base planteaba por infracción de ley del art. 849.1 LECrim la violación de los arts. 404 y 432 CP en los motivos undécimo y decimotercero.

El Partido Popular descarta en sus alegaciones la doble denuncia de incongruencia omisiva con apoyo tanto en la respuesta ofrecida por el auto del Tribunal Supremo que resolvió los incidentes de nulidad actuaciones formulados contra la sentencia de casación (fundamentos de Derecho 22 y 23) como en lo argumentado sobre los motivos décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero en dicha sentencia (fundamento 109 –motivo décimo–, fundamento 102 y respuesta común en el apartado V –motivo undécimo–, fundamento 110 –motivo duodécimo– y fundamento 103 –motivo decimotercero–).

Tampoco el fiscal considera que se haya producido incongruencia omisiva, tras recordar igualmente la respuesta dada por el Tribunal Supremo en su sentencia y la respuesta a las quejas de incongruencia omisiva ofrecidas en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones.

#### 5.2 Pronunciamientos del Tribunal Supremo.

El demandante planteó en dos motivos de su recurso de casación la modificación del relato fáctico con base en múltiples documentos (motivos décimo y duodécimo) y consecuentes motivos por infracción de ley (motivos undécimo y decimotercero), por entender que la aceptación de esos cambios incidía directamente en el fallo por excluir elementos basales de la condena por los delitos de malversación y prevaricación. Estos

motivos se desestimaron en los fundamentos de Derecho 109 (motivo décimo), 102 (motivo undécimo), 110 (motivo duodécimo) y 103 (motivo decimotercero) con remisión, además, a lo referido en el apartado V (fundamento 13 y siguientes) sobre el «control de las transferencias de financiación y de las ayudas sociolaborales».

El Tribunal Supremo opuso en primer lugar los estrechos límites del motivo casacional planteado con los ordinales décimo y duodécimo (error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim) y rechazó que los documentos aducidos fueran literosuficientes, recordando que los hechos cuestionados son fruto de una valoración de pruebas mucho más numerosas que las reseñadas por el recurrente que es la que se propugna con los motivos desbordando el motivo casacional (fundamentos de Derecho 109 y 110). En segundo lugar, desestimó el motivo undécimo en el fundamento de Derecho 102 con remisión a los fundamentos de Derecho 13 y siguientes, así como el motivo decimotercero en el fundamento de Derecho 103, por entender que se denunciaba la aplicación indebida del art. 404 CP sin aceptar el *factum* fijado por la sentencia de instancia y, en tal medida, partía de un relato de hechos probados distinto y opuesto a los consignado en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por auto de 16 de febrero de 2023 el Tribunal Supremo descartó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva que el recurrente había denunciado en el incidente de nulidad de actuaciones que formuló frente a la sentencia casacional. Por lo que se refiere al tratamiento del motivo 10 del recurso, recuerda en el fundamento de Derecho 22 que el motivo de casación se respondió y desestimó en el fundamento de Derecho 109 de la sentencia de casación, porque lo pretendido, nuevas inferencias probatorias sobre la finalidad del sistema de presupuestación a partir de una extensa documentación, desbordaba el cauce casacional, ya que los documentos no eran literosuficientes y se pretendía una reevaluación global de la prueba cuyo cauce sería el de lesión del derecho a la presunción de inocencia. Tampoco aprecia incongruencia omisiva por falta de respuesta a las pretensiones formuladas en el motivo 11 del recurso de casación, ya que en el fundamento de Derecho 102 de la sentencia de casación se dio respuesta expresa a las alegaciones sobre la fiscalización efectuada por la intervención delegada de la Junta de Andalucía. Recuerda que, dado que era un motivo común a varios recursos, se dio una respuesta común (a la que se remite el citado fundamento de Derecho 102) en el apartado V de la sentencia relativo al «control de las transferencias de financiación y de las ayudas sociolaborales» junto con lo dicho en los apartados III y IV sobre el régimen jurídico de las ayudas sociolaborales y el régimen jurídico de las transferencias de financiación. En concreto se explica que en el apartado V de la sentencia del Tribunal Supremo (fundamentos de Derecho 14, 15 y 16) se analizó específicamente si, a pesar del cambio del criterio de presupuestación, era posible efectuar el control previo, propio de las subvenciones; se analizó el conocimiento que tuvo la intervención delegada del destino último de las transferencias de financiación; si hubo o no engaño a esta sobre lo que estaba sucediendo; si había o no obligación de emitir un informe de actuación; qué tipo de control se debía efectuar y qué consecuencias en orden al control de las ayudas tuvo el cambio de presupuestación; se analizó la vinculación causal entre presupuestación y gasto y su deficiente forma de control; y se justificó también la inexistencia del deber de formular reparo en los expedientes de transferencia de financiación o de formular informe de actuación y las consecuencias de ello.

### 5.3 Enjuiciamiento de la queja.

#### 5.3.1 Doctrina constitucional.

Existe una doctrina constitucional consolidada sobre el derecho a una resolución judicial congruente (art. 24.1 CE) y cuándo se está ante su vulneración por haberse incurrido en incongruencia en sus distintas modalidades (por todas, con ulteriores referencias, STC 104/2022, de 12 septiembre, FJ 3). Conforme a ella, el vicio de incongruencia se define como «aquél desajuste entre el fallo judicial y los términos en los

que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo», de modo que «[a] conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*». La incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce «cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales».

A tales efectos resulta imprescindible «distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno».

### 5.3.2 Resolución de la queja.

La demanda plantea la existencia de una doble incongruencia omisiva, ya que no se habría contestado a los motivos décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero de su recurso de casación en los que pretendía la modificación del relato fáctico (motivos décimo y duodécimo) y, a partir del nuevo *factum*, la apreciación de un *error iuris* en su condena como autor de un delito de malversación y de prevaricación (motivos undécimo y decimotercero).

Este planteamiento no puede ser acogido. La doctrina constitucional referida sitúa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva en la ausencia de respuesta a las pretensiones formuladas por las partes. En el presente caso, las pretensiones de los citados motivos de casación, según el propio recurrente identifica en su demanda: rechazar la finalidad de elusión del control y la falta de información al Parlamento, determinantes, en su caso, de una infracción legal, fueron explícitamente contestadas por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación. La motivación ofrecida en dicha resolución, que reitera el auto de 16 de febrero de 2023, cumple en ambos casos las exigencias que se derivan del art. 24.1 CE, descartando la viabilidad de los motivos por varias razones, tal y como se ha expuesto. Se trata de una respuesta inequívoca, con una motivación suficiente que permite entender el razonamiento que la sostiene. Cuestión distinta es que el actor no esté de acuerdo ni con la desestimación de los motivos ni con la argumentación utilizada por el órgano judicial para fundar su respuesta, pero lo que en absoluto puede apreciarse es una ausencia de la misma. En consecuencia, los motivos de amparo que denuncian la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de la interdicción de la incongruencia omisiva, deben ser desestimados.

6. Vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación.

6.1 Exposición de la queja del recurrente, de las posiciones de las partes personadas y del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El último motivo de la demanda denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), del derecho al honor (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esa plural denuncia se vincula con la comunicación pública por parte del

Tribunal Supremo del fallo condenatorio mediante providencia de 26 de julio de 2022, casi dos meses antes de la notificación de la sentencia que desestimó el recurso de casación.

Esa actuación supuso, según el demandante, la emisión de una declaración de culpabilidad desprovista de motivación en un caso que concitaba intensa atención mediática que, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, constituye un demérito de su derecho a la presunción de inocencia que tiene como efecto lesivo reflejo la lesión del derecho al honor.

Aduce también que el señalamiento como culpable por parte del poder público sin dar razón de los motivos de ello vulnera la garantía procesal como parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ya que la sentencia debe notificarse en su integridad y en unidad de acto (arts. 160 y 789 LECrim y 248, 266, 270 y ss. LOPJ), generando indefensión, pues, al ser objeto de inmediata difusión masiva, el demandante careció de cualquier posible reacción. De otro lado, desde el entendimiento de que la fase de deliberación no había concluido, ya que el retraso se vinculó a la redacción del voto particular, considera que la publicación anticipada del fallo impidió el desarrollo de la deliberación y, con ello, la pérdida de apariencia de imparcialidad. A su entender, las lesiones reseñadas no podrían justificarse con el argumento de la «relevancia pública del caso» esgrimido en el comunicado del órgano judicial, interés que en absoluto sería parangonable a los derechos fundamentales sacrificados.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes, el Partido Popular rechaza el motivo, ya que entiende que se dio difusión a una resolución previamente notificada a las partes, concluidas las deliberaciones y fijado el fallo, y comparte los argumentos vertidos en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones para descartar la vulneración de derechos.

El fiscal solicita asimismo la desestimación de esta queja, que circunscribe a una posible lesión del derecho al honor tras rechazar que se pueda hablar de una pérdida de imparcialidad, dado que la sentencia estaba ya redactada y faltaba solo el texto del voto particular, o de una lesión del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal, ya que el fallo anticipado informaba de la confirmación de la sentencia de instancia condenatoria. Descarta la vulneración del derecho al honor de la mano de una valoración ponderativa de las circunstancias concurrentes en la que pone el acento en el hecho de que el recurrente hubiera sido ya condenado en primera instancia, siendo dicha condena pública y notoria, el interés público del asunto y la finalidad del Tribunal Supremo de responder a esa atención con información veraz y fidedigna. Subraya que «es el propio órgano constitucionalmente competente para declarar la culpabilidad o la inocencia del acusado el que, sobre la base de una previa condena en la instancia, y con la certeza –que además hace expresamente pública– de que la decisión adoptada es ya definitiva, la difunde para dar satisfacción a un interés constitucionalmente legítimo como es el de asegurar una información institucional que ofrezca garantías plenas de veracidad y certeza, dando satisfacción al correlativo derecho de los ciudadanos».

En el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el recurrente ya se alegaron quejas análogas que fueron descartadas en el fundamento jurídico 21 del auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 por remisión a lo respondido a otro recurrente en el segundo fundamento de dicho auto. En él se parte de distinguir el contenido necesario de una sentencia, su notificación y la publicación anticipada del fallo, para subrayar (i) que esta última es un actuación no prevista en la ley, pero tampoco prohibida y prevista para determinadas resoluciones; (ii) que se viene realizando con habitualidad por las distintas Salas del Tribunal Supremo en atención a la demanda de noticias por la sociedad y para evitar los efectos perniciosos de la falta de publicidad, como las filtraciones; (iii) que la sentencia ya había sido deliberada y el texto estaba concluso a falta de los votos particulares; (iv) que la «publicación anticipada del fallo, con una sucinta motivación, que se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal, no puede equipararse a una condena pública sin motivación»; y (v) que la comunicación pública de un hecho de indudable relevancia informativa «se

hizo ponderando otros derechos como el de libre comunicación y recepción de información de los ciudadanos».

A la vista del contenido de este motivo de la demanda de amparo, su examen debe escindirse en dos, de conformidad con la argumentación de una doble lesión, la del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal y la de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

## 6.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

### 6.2.1 Doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la vertiente del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento que opera dentro y fuera del proceso penal cristaliza en la doctrina consignada en la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 6, tal y como se expone en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2.1, donde se destacan tres elementos de dicha doctrina:

(i) Frente a la tradicional reconducción al derecho al honor (art. 18 CE) en la jurisprudencia constitucional, afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que «tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración».

(ii) Especifica que ese contenido «impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración», así como imputar «ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías».

(iii) En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fija que la lesión del derecho «queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un “estado de sospecha” sino que vayan más allá, reflejando “la sensación de que la persona en cuestión es culpable”, siendo indiferente si se produce con anterioridad a la condena o con posterioridad a la absolución».

En la citada STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2, se ha puesto de relieve que la conformación de esta dimensión del derecho a la presunción de inocencia se ha visto particularmente influida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto (art. 6.2 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH), de la que reseñó varios aspectos por su relevancia para el caso que ahora resulta pertinente recordar, siquiera sea resumidamente:

(i) El Tribunal Europeo considera que, «[e]ntendido como una garantía procesal en el contexto de un proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia establece algunas exigencias y límites en cuanto a [...] las declaraciones prematuras del tribunal o de otras autoridades públicas sobre la culpabilidad del acusado» (por todas, STEDH, Gran Sala, de 12 de julio de 2013, asunto Allen c. Reino Unido, § 93). La prohibición del art. 6.2 CEDH se extiende tanto a manifestaciones prematuras por parte del tribunal penal de que la persona inmersa en un proceso penal es culpable, esto es, sin que se haya demostrado que lo es con arreglo a la ley, como a las declaraciones realizadas por otros funcionarios o autoridades sobre investigaciones penales pendientes que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y prejuzguen la evaluación de los hechos por parte de la autoridad judicial competente (por todas, STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 36-37).

(ii) En ambos casos, el Tribunal subraya que lo que importa es el significado real de las declaraciones en cuestión, no su literalidad. No es precisa una declaración formal de culpabilidad, sino que basta con que de lo manifestado se desprenda que se

considera culpable a la persona (STEDH de 28 de noviembre de 2002, asunto Lavents c. Letonia, § 126).

(iii) La declaración de culpabilidad ulterior no obsta al mantenimiento del derecho a la presunción de inocencia hasta el momento en que se prueba legalmente la culpabilidad, pues el art. 6.2 CEDH rige el proceso penal en su conjunto, con independencia del resultado de la acusación (STEDH de 19 de septiembre de 2006, asunto Matijasevic c. Serbia, § 49). La posterior condena de un acusado «no puede borrar el derecho inicial a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida» (STEDH de 21 de julio de 2015, asunto Neagoe c. Rumanía, § 49).

(iv) La prohibición de las declaraciones que materialmente, más allá de su tenor literal, sugieran la culpabilidad de quien no ha sido condenado en firme no es incompatible con la posibilidad de que las autoridades informen públicamente sobre los procesos penales en curso, que avala el art. 10 CEDH (Neagoe c. Rumanía, § 45). Lo que el art. 6.2 CEDH impone es que la información se dé con toda la discreción y prudencia necesarias para respetar la presunción de inocencia (Allenet de Ribemont c. Francia, § 38), sin acompañar la información con valoraciones, especulaciones o manifestaciones que sugieran la culpabilidad de quien no ha sido aún condenado (Neagoe c. Rumanía, § 46 y 48).

En esta dirección se pronuncia también el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, al precisar que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables que establece el art. 4.1 «no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público».

## 6.2.2 Enjuiciamiento de la queja.

### a) Puntualizaciones.

El examen de la queja formulada por el recurrente conforme a los parámetros reseñados requiere efectuar tres puntualizaciones atinentes a la concreta actuación cuestionada y al momento procesal en el que se dice producida la lesión como también ocurría con la queja análoga resuelta en la citada STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2.2 A), a cuyos razonamientos al respecto nos remitimos: (i) no se cuestiona la difusión pública del fallo, sino que se efectuara antes de la notificación íntegra de la sentencia, lo que se valora como una indebida declaración prematura de culpabilidad, de modo que la vulneración denunciada se circunscribe al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento; (ii) la prohibición de efectuar manifestaciones que denoten una consideración como culpable de quien aún no ha sido condenado en firme vincula al juez penal competente aun cuando se trate del tribunal penal de casación y en fases anteriores se haya dictado ya una condena; y (iii) el devenir del proceso penal implica ir adoptando decisiones fundadas tanto en la existencia de indicios de comisión de un delito como en la certeza más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del sujeto, pronunciamientos que son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, pero en los que debe evitarse reflejar la opinión de que la persona es culpable cuando se asientan en la sospecha de culpabilidad y tienen, incluso si se trata de una condena no firme que afirma la culpabilidad, un componente eventual que solo la firmeza de la resolución confirma, poniendo fin a la exigencia de no tratar a la persona investigada, acusada o condenada como culpable.

### b) Contenido del comunicado de prensa.

La importancia de las expresiones utilizadas en las declaraciones cuestionadas para apreciar una lesión del derecho a la presunción de inocencia obliga a que el examen del

motivo parta del contenido y tenor del comunicado de prensa difundido, que a continuación se reproduce:

«Comunicado de prensa.

Caso ERE.

El tribunal de la Sala II del Tribunal Supremo compuesto por los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (presidente), doña Ana Ferrer García, doña Susana Polo García, doña Carmen Lamela Díez y don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina (ponente) ha concluido la deliberación de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia 490/2019, de 19 de noviembre de 2019, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla (caso ERE).

En atención a la relevancia pública del caso y como en otras ocasiones similares el tribunal procede a anticipar el fallo de su sentencia.

Estimando totalmente tres recursos de casación y parcialmente uno de ellos y desestimando los restantes recursos, ha acordado por mayoría de sus miembros anular la sentencia de primera instancia, dictando nueva sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1. Absolvemos del delito continuado de prevaricación administrativa a don Javier Aguado Hinojal, a don Juan Francisco Sánchez García y a doña Lourdes Medina Varo, declarando de oficio las costas procesales de primera instancia y las derivadas de sus recursos de casación.

2. Condenamos a don Juan Márquez Contreras, como autor responsable de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa, en relación de concurso ideal, apreciando la atenuante analógica y muy cualificada de reparación del daño, con la consiguiente reducción de sanciones, imponiéndole la pena de prisión de tres años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, que conlleva la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, con imposición de las 2/37 partes de las costas procesales de primera instancia y declarando de oficio las causadas con su recurso de casación.

3. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

El texto íntegro de la sentencia será publicado una vez se redacte el voto discrepante anunciado por las excelentísimas señoras magistradas doña Ana Ferrer García y doña Susana Polo García.

En dicho voto se considera que también deberían haber sido estimados parcialmente los recursos interpuestos por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, don Jesús María Rodríguez Román, don Francisco Vallejo Serrano, doña Carmen Martínez Aguayo y don José Antonio Griñán Martínez y que, anulada la sentencia de instancia, estos recurrentes deberían haber sido absueltos del delito continuado de malversación de caudales públicos.

En Madrid, a veintiséis de julio de dos mil veintidós.»

c) Desestimación de la queja.

La lectura de la nota reseñada desde la óptica de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento conduce a rechazar la existencia de la vulneración denunciada, ya que no existe una manifestación sobre la culpabilidad del demandante que suponga tratarlo como autor de los delitos de prevaricación y malversación sin respaldo en una condena conforme a la ley.

Esa conclusión se asienta, en esencia, en las mismas razones expuestas en la STC 94/2024, FJ 7.2.2 C), a cuyo desarrollo hay que remitirse, sin perjuicio de reiterar

frente al planteamiento del demandante que la declaración cuestionada constituye una información ofrecida por el órgano competente para resolver el recurso de quien de forma notoria fue condenado en primera instancia en una causa mediática, como se reconoce en la demanda, que da a conocer el resultado desfavorable al respecto una vez se ha deliberado y resuelto, que tiene, a su vez, el efecto de confirmar la condena, ya que con el pronunciamiento se agotan los recursos disponibles para el condenado. En tales circunstancias no puede afirmarse que se trata como culpable a quien no ha sido condenado en firme, pues justamente lo que se anuncia decidido de forma definitiva por el único órgano judicial que así puede hacerlo es la desestimación del recurso de casación que implica la firmeza de la sentencia condenatoria.

La ausencia de una previsión legal expresa que contemple la actuación cuestionada no determina la existencia de una lesión de la regla de tratamiento que impone el art. 24.2 CE. La finalidad de la llamada dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia es proteger frente a atribuciones de culpabilidad no fundadas en una condena dictada en un proceso público con todas las garantías, no garantizar la práctica procesal de notificación de la sentencia íntegra que indica la normativa (art. 260.2 LOPJ) sin anticipar el fallo ni emitir un comunicado al respecto, por más que sea lo habitual. Debe, en consecuencia, desestimarse la queja.

6.3 Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La referida ausencia de cobertura normativa, no obstante, se esgrime también en la demanda desde la perspectiva de la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva, que la demanda atribuye a la difusión pública del comunicado que anticipa el fallo en tanto que carente de base legal y generadora de indefensión.

#### 6.3.1 Doctrina sobre el derecho a no padecer indefensión.

En relación con la queja de que se ha producido una irregularidad procesal causante de indefensión, debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, entre sus múltiples vertientes, el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria, se vincula con las garantías del proceso debido reconocidas en el art. 24.2 CE y requiere indefensión material. Así se ha puesto de relieve, entre muchas, en las SSTC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4; 91/2021, de 22 de abril, FJ 4.4; 121/2021, de 2 de junio, FJ 5.4; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 6.3 A), o 131/2023, de 23 de octubre, FJ 2, todas ellas atinentes a procesos penales. La STC 94/2024, FJ 7.3.1, ha destacado como extremos relevantes de esta doctrina: (i) que el art. 24 CE garantiza el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, que, entre otras exigencias, precisa «la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa» (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5); y (ii) que la relevancia constitucional de la indefensión prohibida por el art. 24 CE exige indefensión material, de modo que «[n]o basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2).

#### 6.3.2 Enjuiciamiento de la queja.

Es cierto que no existe ningún precepto que autorice expresamente la publicación anticipada del fallo de una sentencia de casación. Sin embargo, que esa previsión no

exista (y pueda hablarse incluso de irregularidad procesal) no significa que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías se hayan lesionado.

En primer lugar, porque no existe una infracción de la normativa procesal en sentido estricto, ni de los preceptos invocados por el recurrente (arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266 y 270 LOPJ), que en ningún caso contemplan una prohibición, ni explícita ni implícita, de anticipar el fallo, sino normas sobre la estructura, contenido, notificación y acceso a las sentencias; ni del art. 260.2 LOPJ. El Tribunal Supremo notifica en septiembre la sentencia íntegra, que se data en su encabezamiento el 13 de septiembre de 2022. Con ello respeta tanto esa última previsión de integración del voto en la sentencia (art. 260.2 LOPJ) como las anteriores citadas en la demanda, relativas a la notificación de las sentencias el día que se firmen o el día siguiente (art. 160 LECrim), a la disposición específica sobre la sentencia en el procedimiento abreviado (art. 768 LECrim), a la estructura (encabezamiento, antecedentes, hechos probados, fundamentos de Derecho y fallo) con que deben formularse las sentencias (art. 248 LOPJ), al depósito y acceso a las mismas (art. 266 LOPJ) y al deber de notificar las resoluciones judiciales a todos los que sean parte en el pleito, puedan verse perjudicados o dispongan las propias resoluciones de conformidad con la ley (art. 270 LOPJ).

Debe, además, tenerse presente, frente a lo aducido por el demandante sobre la imposibilidad de entender finalizada la deliberación hasta que conste la redacción del voto particular, que el art. 260.1 LOPJ dispone que «[t]odo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular». Su lectura pone de manifiesto que es justamente finalizada la deliberación, al tiempo de la votación o la firma, cuando se anuncia la formulación del voto que, por lógica, se redactará después de haberse resuelto. Decae en tal medida la premisa de la queja de pérdida de imparcialidad planteada en la demanda, asentada en el reproche de un cierre prematuro de la deliberación por parte del órgano judicial al publicar el fallo sin constar el texto del voto particular.

En segundo lugar y de forma determinante, porque no se concreta la indefensión que el recurrente ha sufrido, que parece identificar genéricamente y sin ulterior argumento con la imposibilidad de reaccionar dada la inmediata difusión masiva, cabe entender que de cara a la opinión pública. En ningún caso aduce, ni este tribunal aprecia, que se haya causado indefensión al recurrente en el proceso, donde, como se ha dicho, le fue notificada la sentencia del Tribunal Supremo conforme a la ley, iniciándose entonces el plazo para agotar las posibilidades de cuestionamiento de la decisión de condena; señaladamente, para formular el incidente de nulidad de actuaciones, que efectivamente planteó y fue resuelto por la Sala de lo Penal. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

La falta de una infracción formal y de indefensión con relevancia constitucional conduce a desestimar la vulneración del art. 24 CE alegada y, con ello, el último motivo de la demanda de amparo.

#### 7. Conclusión y efectos de la estimación parcial del recurso de amparo.

Los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores determinan que la estimación parcial del presente recurso de amparo tenga como efecto la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas en relación con la condena del recurrente por el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP.

Los argumentos expresados en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución ponen de manifiesto:

a) La estimación parcial de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción imprevisible en el tipo penal del art. 432 CP de todos los hechos que han motivado la condena por malversación con la excepción de la participación del recurrente: (i) en las modificaciones presupuestarias del programa 22E de los años 2000-2001 y la concesión de ayudas sociolaborales con los créditos dispuestos conforme a ellas; y (ii) en la disposición de fondos incluidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

b) La desestimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en lo que se refiere a la intervención del demandante en la disposición de los fondos del programa 22E (ejercicios 2000 y 2001) y de los fondos del programa 31L en ausencia con desviación de su fin público (ejercicios 2002 a 2009).

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento exclusivamente en lo relativo a la posible comisión de un delito de malversación de caudales públicos como consecuencia de la participación del demandante (i) en las modificaciones presupuestarias del programa 22E de los años 2000-2001 y la concesión de ayudas sociolaborales con los créditos dispuestos conforme a ellas; y (ii) en la disposición de fondos incluidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, así como del auto del mismo Tribunal de 16 de febrero de 2023, ordenando la retroacción del proceso al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento respetuoso con el derecho fundamental vulnerado, en los términos que se indican en el fundamento jurídico 7 de esta sentencia.

3.º Desestimar el recurso de amparo en lo restante.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2348-2023*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo avocado por el Pleno núm. 2348-2023,

interpuesto por don Antonio Fernández García, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Las razones de mi discrepancia han quedado detalladamente expuestas en el voto particular formulado a la sentencia dictada en el día de ayer, STC 94/2024, de 2 de julio, que resolvió una demanda de amparo sustancialmente idéntica a la presente (recurso de amparo avocado 2136-2023), al que por tanto me remito. En ambos recursos de amparo, y en otros tres que se deliberaron en el Pleno del día de hoy, se impugnó la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, confirmada en casación por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022 (junto con el auto de la misma Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2023, que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia); resoluciones recaídas en la llamada causa de los «ERE» en la cual se condenó a cargos de relevancia en determinados periodos entre los años 2000 a 2009, en las Consejerías de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Economía y Hacienda, Justicia y Administración Pública, e Innovación, Ciencia y Empresa, de la Junta de Andalucía; o bien en el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), denominado a partir de 2004 Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). En el caso del promotor del presente recurso de amparo, señor Fernández García, este desempeñó los cargos de viceconsejero de Empleo de la Junta de Andalucía (del 29 de abril de 2000 al 25 de abril de 2004), de consejero de Empleo de la Junta de Andalucía (del 25 de abril de 2004 al 22 de marzo de 2010), y de presidente del IFA del 6 de junio de 2001 al 28 de enero de 2003.

En síntesis, la sentencia de la que ahora discrepo ha estimado en el fundamento jurídico 3.4 la queja de lesión del derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal, respecto del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP:

(i) En el fundamento jurídico 3.4.1 a), la sentencia de la que discrepo señala que la subsunción en la modalidad activa del delito de malversación del art. 432 CP (sustracción de caudales públicos), de los hechos probados que se refieren a irregularidades en la gestión global de las ayudas sociolaborales con cobertura en el programa 31L de las leyes de presupuestos, durante los años 2002 a 2004 como viceconsejero de Empleo y de 2005 a 2009 como consejero de Empleo, tanto la tramitación de los respectivos anteproyectos de ley como de modificaciones presupuestarias en los años 2005 a 2008, además de su firma como presidente del IFA de los convenios particulares con la Consejería de Empleo en los años 2002 y 2003, resulta imprevisible y por tanto contraria al derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE) del recurrente, por no ser una actividad fiscalizable por los tribunales penales; pues aquellas iniciativas quedan cubiertas una vez resultan aprobados como leyes de presupuesto por el Parlamento autonómico, sin que por ello puedan ser fuente de actos de disposición ilícita en orden al delito de malversación. En línea con lo ya defendido por la mayoría del Pleno en la STC 93/2024, de 19 de junio (entonces, a propósito de la condena por prevaricación de otra de las acusadas en esta causa de los ERE).

(ii) Otro tanto defiende la sentencia de la que ahora discrepo (recurso de amparo 2348-2023) en el fundamento jurídico 3.4.1 b), sobre la condena al recurrente por la modalidad omisiva del mismo delito de malversación (por no impedir el descontrol en la gestión de las ayudas), en cuanto a las ayudas sociolaborales con cobertura en aquel programa 31L.

En ambos casos, se trata de un argumento circular al que a su vez ya di contestación en los apartados 2 (respecto del delito de prevaricación) y 3 (respecto del delito de malversación, teniendo en cuenta lo dicho en el apartado previo) de mi voto particular a la STC 94/2024, donde traje a colación a su vez el voto particular firmado junto con los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la STC 93/2024. Apartado 2 al que ahora me remito, donde se razona que el procedimiento de preparación de un anteproyecto de presupuesto tiene «inequívoca naturaleza administrativa» y no se mueve en el ámbito de la inconstitucionalidad de las leyes, ni las

de presupuesto aprobadas en sede parlamentaria permitieron sanar todos los posibles vicios denunciados.

Por su lado, en el apartado 3 del mismo voto particular a la STC 94/2024 al que también me remito y que se refería al delito de malversación, reiteraré que las normas y controles sobre subvenciones no fueron modificados por las leyes de presupuestos a las que se alude, de modo que tales controles regían en esos años y fueron deliberadamente obviados.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcobilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2348-2023*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por don Antonio Fernández García, el cual a mi parecer debió ser desestimado, por las razones defendidas durante la deliberación y en los términos que seguidamente paso a exponer.

1. Consideración preliminar.

La fundamentación de la presente sentencia descansa en buena medida en los argumentos empleados por la mayoría del Pleno en la STC 93/2024, de 19 de junio, que estimó parcialmente el recurso de amparo núm. 6971-2022, interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza contra las mismas resoluciones judiciales, que la condenaron por un delito de prevaricación en la pieza específica del conocido como «caso de los ERE de Andalucía».

Es procedente, por ello, que me remita a las consideraciones expuestas en el voto particular que suscribí juntamente con los magistrados Enríquez Sancho y Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque en cuanto la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como «cabecera» de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto por delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos. Se trata de don Antonio Fernández García, que ocupó los cargos de viceconsejero de Empleo desde el 29 de abril de 2000 hasta el 25 de abril de 2004, de consejero de Empleo desde el 26 de abril de 2004 al 22 de marzo de 2010 y de presidente del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) desde el 6 de junio de 2001 al 28 de enero de 2003, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 26 y 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 2.4 de la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

2. Una premisa errónea: la pretendida virtud sanadora de las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 2009.

Como en la STC 93/2024, la presente sentencia considera que la actuación del recurrente no puede entenderse subsumible en el delito de malversación por el que fue condenado (no se entra en la queja referida a la subsunción en el delito de prevaricación por el que también fue condenado porque no se planteó por el recurrente en la demanda

de amparo sino, intempestivamente, en las alegaciones del art. 52.1 LOTC). Conclusión esta que asienta sobre la premisa, a mi parecer errónea, de que obraba amparado por lo previsto en la correspondiente ley de presupuestos para cada ejercicio.

Nada más lejos de la realidad. Las sentencias impugnadas en amparo han condenado al recurrente por las conductas que, en su calidad de viceconsejero y luego consejero de Empleo, así como de presidente del IFA, llevó a cabo en relación con la presupuestación y gestión de ayudas sociolaborales a trabajadores y empresas en crisis al margen de lo establecido legalmente. La sentencia de este tribunal (que no entra a examinar, por el motivo indicado, si esas actuaciones puedan considerarse como resoluciones dictadas en asunto administrativo a los efectos de integrar el tipo prevaricador del art. 404 del Código Penal), siguiendo la pauta marcada en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la del resto de condenados en la pieza específica del «caso de los ERE de Andalucía» no merecía reproche penal desde la perspectiva de la malversación, en cuanto se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, [de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias] habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía (fundamento jurídico 3), lo que habría supuesto la supresión de los controles y procedimiento propios del régimen de subvenciones.

En definitiva, la sentencia de este tribunal parte de una suerte de efecto sanador de la ley de presupuestos de cualquier conducta que, de forma directa o indirecta, tuviese cobijo en el programa 31L, pues a su través se habría introducido un nuevo sistema de presupuestación que conllevó la eliminación de los controles y procedimientos propios del régimen de subvenciones, en particular, la fiscalización previa por parte de la Intervención de la Junta de Andalucía. Se viene a afirmar que resulta imprevisible condenar por prevaricación y malversación conductas amparadas en lo dispuesto en el programa 31L incorporado a las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009. La Ley curaría, según la mayoría del Tribunal, todo vicio y haría inatacable la actuación de los gestores públicos, que estarían habituados para actuar al margen de cualquier procedimiento y sin el control previo exigible en cualquier disposición de fondos públicos.

Semejante premisa, la de la supuesta cobertura de la actuación del recurrente en la legalidad presupuestaria, descansa en una errónea apreciación del contenido de las leyes de presupuestos consideradas. No es cierto que las sentencias de la jurisdicción penal que condenaron al recurrente hayan privado de toda relevancia a la circunstancia de la aprobación parlamentaria de las sucesivas leyes de presupuestos. Lo que sucede, frente a lo que de manera incorrecta ha entendido la mayoría en la sentencia de la que disiento es que, en realidad, la introducción del programa 31L en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no supuso la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones, por cuanto las propias leyes de presupuestos, en su articulado, dispusieron lo contrario, ya sea porque declararan la vigencia de la normativa subvencional, ya sea porque nada regulasen en sentido contrario. Así se expresa tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla como en la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ambas resoluciones judiciales niegan con razón, por otra parte, el pretendido valor legal que se pretende dar a las memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L. La ausencia de eficacia vinculante de esa documentación anexa a las leyes de presupuestos resulta corroborada por diversos instrumentos legales, como ya se señaló en el voto particular conjunto a la STC 93/2014, a lo que se añade que esa documentación no está publicada, ni se publica juntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno, por aplicación del principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). A lo que se añade que nuestra jurisprudencia también ha negado expresamente que las memorias y fichas presupuestarias tengan naturaleza normativa: «[L]as memorias de los

presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8). El argumento que utiliza la mayoría en la sentencia de la que discrepo, según el cual han de interpretarse las partidas presupuestarias conforme a la memoria, es fruto de un voluntarismo jurídico que no se puede compartir.

En suma, las leyes de presupuestos andaluzas consideradas habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse, ni su régimen de control (o de falta de control, según el parecer mayoritario de este tribunal). Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones.

Habida cuenta de lo anterior, no parece que la respuesta penal a la actuación del recurrente pueda calificarse de imprevisible. La razón de la condena del recurrente es clara: como con arreglo a la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, general de hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, los altos cargos de la Junta de Andalucía implicados en la trama idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no fue derogada por lo dispuesto en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009.

Ciertamente, las cosas podrían haber sucedido de otro modo. Las leyes de presupuestos andaluzas hubieran podido derogar esa legalidad, o excluirla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE (primer bloque de los fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo, «Resumen de los hechos probados»), cuyo artículo 1 estableció expresamente que «[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas». En tal hipótesis, el problema se desplaza al control de la ley. Pero no es el caso. Las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no establecieron en su articulado la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones y semejante supresión no puede inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria. Esta singular deducción de la sentencia respaldada por la mayoría de este tribunal constituye una interpretación creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 31L y solo y exclusivamente en esa partida.

La consecuencia de ello es que las conductas enjuiciadas del recurrente fueron correctamente subsumidas en el delito de malversación en concurso ideal con el precedente de prevaricación, no solo porque el programa 31L no concedía una cobertura legal para conceder ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido, sino porque, en todo caso, con la omisión de aquellos controles se dispuso libremente de las ingentes cantidades dinerarias a las que se refieren los hechos probados de la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. La presente sentencia desconoce los principios constitucionales rectores del gasto público y su control.

En un precepto original en el Derecho Constitucional contemporáneo, la Constitución en su artículo 31.2 establece que «el gasto público realizará una asignación equitativa de

los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre estos principios de justicia material del gasto público: la equidad, la eficiencia y la economía. Sí ha dicho, por ejemplo, en la STC 187/1988, de 17 de octubre, que el control de las comunidades autónomas no excluye el que puede hacer el Estado a través del Tribunal de Cuentas sobre la actividad financiera de las corporaciones locales. Pueden coexistir y superponerse, sin perjuicio de «evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades», que serían contrarias al art. 31.2 CE. También en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, sobre los Consejos consultivos autonómicos y el Consejo de Estado, si bien aquí el Tribunal añade al art. 31.2 CE el art. 103.1 CE, que obliga a la administración pública a actuar con sujeción tanto al principio de legalidad (lo que incluye la legalidad presupuestaria, claro está), como al principio de eficacia administrativa).

Pero, sin duda, el pronunciamiento más importante se contiene en la STC 45/2017, de 27 de abril, en la que se afirma que «la actividad financiera de las distintas Haciendas ha de asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE), eficiencia y economía (art. 31.2 CE), asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE), subordinación de la riqueza [...] al interés general (art. 128.1 CE), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y control (art. 136 CE)».

Sobre el principio de legalidad (que la sentencia presenta como respetado y salutífero para el recurrente) ya me he expresado, sin perjuicio de volver después. Me importa detenerme ahora en los de eficiencia y economía y control. Ciertamente la citada STC 45/2017 refiere el control al art. 136 CE (Tribunal de Cuentas), pero es innegable que a partir del art. 31.2 CE cabe encontrar la misma respuesta: solo es factible la eficiencia y la economía del gasto público a través del control, de la fiscalización administrativa de las salidas, de los gastos y pagos. Ello queda confirmado, por lo demás, en un precepto transversal de nuestra Constitución, íntimamente ligado, entre otros, al citado art. 31.2 CE, y que no es otro que el también citado art. 103.1 CE, a cuyo tenor «la administración pública sirve 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». Precepto este, por cierto, aplicable a todas las administraciones públicas, también a las autonómicas.

Las administraciones públicas son instituciones serviciales o vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros enunciadas a lo largo del texto constitucional como los que figuran en el art. 9.3 (seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad), el art. 14 (igualdad e interdicción de trato discriminatorio), y los arts. 9.2 y 105 (participación y transparencia), por solo citar algunos. No hace falta insistir en que el art. 103.1 CE impone *in fine* que el sometimiento de la administración pública a la ley y al Derecho sea pleno, o sea completo, sin excepción ni matiz, lo que corrobora el enunciado del art. 106.1 CE.

Adelanto ya que las conclusiones a las que llega la sentencia de este tribunal de la que disiento no se acomodan a estos principios constitucionales, pues se asientan en la incertidumbre jurídica, en la irresponsabilidad, y en la falta de objetividad y de transparencia de la administración pública.

La sentencia de este tribunal descubre con la linterna de Diógenes el argumento de la salvadora ley de presupuestos que todo lo ampara y que borra toda responsabilidad penal en la conducta del recurrente y el resto de implicados en la pieza específica del conocido como «caso de los ERE de Andalucía». Esa ley es convertida en omnipotente pues sirve asimismo para eliminar los controles. Sin perjuicio de reiterar que, en realidad, no es cierto que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009

establecieran la modificación o supresión de los controles propios del régimen de subvenciones (sin que tal presunta supresión pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria), baste ahora añadir que la sentencia de este tribunal olvida que no basta con el sometimiento a la ley (que, insisto no suponía en el presente caso la supresión del régimen propio del control de las ayudas y subvenciones), sino que se exige también el sometimiento al *ius*. La ley no agota el ámbito del Derecho, que es algo más. Y en ese algo más están desde luego los principios actuales de actuación de las administraciones públicas, que enuncian muy en particular los arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106.1 CE, y los propios principios generales del Derecho, que no tienen por qué ser norma escrita y que sintetizan nuestra cultura jurídica, que es la propia de un Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Y, por supuesto, en el *ius* están también los principios del Derecho de la Unión Europea, a los que luego me referiré.

He recordado ya que entre los principios constitucionales que rigen inexcusablemente la actuación de las administraciones públicas está el de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), patentemente vulnerado según las sentencias condenatorias impugnadas en amparo. Quizás el redactor de la ponencia devenida inexorablemente en sentencia con el apoyo de la mayoría del Pleno confunde este concepto con el de discrecionalidad. La discrecionalidad está perfectamente fundamentada en la actuación administrativa, pero el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ejercerse al puro arbitrio o capricho de quienes lo lleven a efecto. La sentencia de este tribunal, en fin, margina los límites jurídicos de la actuación administrativa para permitir a los cargos públicos ejercer libérrimamente sus competencias desde criterios de pura oportunidad, y con absoluta ajenidad a cualquier control. La conclusión es clara: se sacrifica la objetividad de la actuación administrativa, que se convierte en inmune e inatacable, creando, pues, un espacio de impunidad en el que determinados gobernantes gozan de un escudo protector que repele cualquier control o fiscalización, y que, por supuesto es un espacio ennegrecido, oscuro, por no transparente, y tales espacios son inconciliables con la naturaleza del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

4. Sobre la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea en materia de control del gasto público, como dique de contención en la lucha contra el fraude y la corrupción política.

Si bien el Derecho de la Unión Europea no es directamente aplicable en el asunto que nos ocupa, al no tener los fondos públicos malversados origen comunitario, no puede desconocerse que los principios del Derecho de la Unión sobre el control del gasto público son muy relevantes para analizar la regularidad de la actuación de los gestores de los caudales públicos. En tal sentido, no me parece aventurado afirmar que esa gestión, en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», y como se desprende de las sentencias condenatorias que se impugnan en amparo, ha sido contraria no solo a los principios del Derecho interno, sino también a los principios del Derecho de la Unión Europea.

Tanto en uno como en otro ordenamiento el control del gasto público es la herramienta principal para luchar contra el fraude y contra la corrupción. A los principios constitucionales en materia de gasto público y su control ya nos hemos referido. Por lo que atañe a los principios del Derecho de la Unión Europea en esta materia cabe añadir ahora que toda norma, con independencia de su rango, así como toda resolución o actuación que directa o indirectamente persiga disminuir o eludir el control del gasto público, estará poniendo en peligro los intereses financieros del poder público y sería, contraria al Derecho de la Unión Europea.

La actuación de la Unión Europea en materia de control presupuestario se basa en dos principios: por una parte, la garantía de que el presupuesto de la Unión se gaste de forma adecuada y, por otra, la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude. Conforme al art. 325 del Tratado de funcionamiento de la Unión

Europea (TFUE), relativo a la lucha contra el fraude, «1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

En cuanto a los principios que debe regir la actividad presupuestaria y la lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito de los fondos europeos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene dictando una jurisprudencia que ha sido sistematizada en un auto de 7 de noviembre de 2022, con cita reiterada de la STEDH de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19 (y jurisprudencia citada en esta), recordando las líneas más importantes de esa doctrina, de las que interesa destacar las siguientes:

a) Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del art. 325.1 TFUE, esta disposición impone a los Estados miembros el deber de luchar contra el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y eficaces. Medidas de lucha que deben ser equivalentes a las medidas implementadas en el ámbito nacional.

b) Por otra parte, en lo referente a la expresión «toda actividad ilegal», que figura en el art. 325.1 TFUE, recuerda el Tribunal de Justicia que ese concepto comprende en particular todo acto de corrupción de los funcionarios o todo abuso cometido por estos en el desempeño de un cargo público que pueda afectar a los intereses financieros de la Unión, en forma, por ejemplo, de apropiación indebida de los fondos de la Unión. En este contexto, poco importa que los actos de corrupción se traduzcan en una acción o una omisión del funcionario de que se trate, habida cuenta de que una omisión puede ser tan perjudicial para los intereses financieros de la Unión como una acción y estar intrínsecamente vinculada a tal acción, como ocurre, por ejemplo, con la omisión por parte de un funcionario de efectuar los controles y las comprobaciones exigidas respecto de los gastos cubiertos por el presupuesto de la Unión o la autorización de gastos inadecuados o incorrectos de los fondos de la Unión.

c) Además, subraya el Tribunal de Justicia que los Estados deben garantizar que las normas de Derecho penal y de procedimiento penal permitan una represión eficaz de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general. Esta exigencia de efectividad se extiende necesariamente tanto a las acciones penales y a las sanciones de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general como a la aplicación de las penas impuestas, en la medida en que, de no existir una ejecución efectiva de las sanciones, estas no pueden ser eficaces y disuasorias; todo ello para evitar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de tales delitos, así como garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas.

Por otra parte, a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde dar plenos efectos a las obligaciones que resultan del art. 325.1 TFUE, así como de la Decisión 2006/928, y dejar sin aplicación disposiciones internas que, en el marco de un procedimiento relativo a delitos graves de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión o a delitos de corrupción en general, impiden la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias para luchar contra tales delitos.

Pues bien, teniendo en cuenta que, ex art. 325.2 TFUE, el control de los fondos públicos debe ser equivalente en relación con la lucha contra el fraude, entiendo que todos estos principios generales del Derecho de la Unión Europea en materia de control del gasto público, señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la gestión de los fondos llevada a cabo por el recurrente. Lo que entre otras cosas significa que no existe razón para entender que el control

interno de esa gestión de fondos públicos deba ser menos intenso que el que se aplicaría si los fondos malversados hubieran sido europeos.

En tal sentido, y enlazando con lo anteriormente expuesto, rechazo por completo la premisa de la que parte la sentencia de este tribunal para exonerar de responsabilidad penal a los gestores de los fondos del conocido como «caso de los ERE de Andalucía», que no es otra que la de considerar, equivocadamente, que su actuación estaba amparada por la ley de presupuestos de cada ejercicio considerado. Como ya he advertido, es insostenible que el mero enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 31L implique un control del gasto diferente. El tipo de control vendrá determinado por la naturaleza y finalidad del gasto, no simplemente por la partida donde se encuentren los fondos. Una cosa es que el recurrente y el resto de implicados de la Junta de Andalucía pretendiesen a partir de la inclusión de esa partida presupuestaria evitar el control previo de las ayudas y otra muy distinta que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 que incluyeron esa partida no establecieron en su articulado la modificación o supresión del régimen de control de ayudas y subvenciones, sin que esa pretendida modificación legal pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria, como se pretende en la sentencia de este tribunal.

En todo caso, es cierto que ha quedado acreditado, como resulta de las sentencias impugnadas en amparo, que en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», se buscó de manera intencionada la elusión de los controles ordinarios del gasto público, lo que supuso la debilitación de los mecanismos para prevenir la corrupción. La eliminación de estos controles, en abstracto, ya es reprochable, pero, además, teniendo en cuenta que los fondos fueron gestionados sin las mínimas garantías de publicidad y concurrencia competitiva para su obtención por los particulares, la debilitación de los controles facilitó la aparición de los casos de corrupción.

En definitiva, llama poderosamente la atención el elocuente contraste entre la protección reforzada que la Unión Europea atribuye al delito de malversación de caudales públicos y la respuesta dada por esta y las restantes sentencias de este tribunal a uno de los casos más graves de corrupción política institucionalizada en España. Una sentencia que no ha dudado en desbordar los límites del control que a este tribunal corresponden en materia de amparo constitucional, para anular los pronunciamientos condenatorios de la jurisdicción penal, que a partir de pruebas de cargo practicadas en el juicio oral con plenas garantías de inmediación, contradicción y defensa, y mediante una subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no puede calificarse de imprevisible ni irrazonable, habían condenado al demandante de amparo como autor de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación. Por eso, resulta especialmente difícil conciliar la decisión de la sentencia de este tribunal, que conduce a la postre a dejar impunes unas conductas de especial gravedad cometidas por unos concretos responsables políticos en el desempeño de sus funciones públicas, con el esfuerzo de la Unión Europea por eliminar márgenes de impunidad para los malversadores.

5. Colofón: las sentencias impugnadas en amparo no vulneraron el derecho del recurrente a la legalidad penal.

Como conclusión a cuanto ha quedado antes expuesto, considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos del delito de malversación (también del delito de prevaricación) y que su aplicación al caso en dichas resoluciones judiciales supera sin dificultad el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. La subsunción de la conducta del recurrente, a partir de los hechos declarados probados [sobre los que a este tribunal nada le cabe decir: art. 44.1 b) LOTC], en los delitos de prevaricación y malversación, que han efectuado la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no

es irrazonable ni imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

Por todo ello, considero que el recurso de amparo debió ser íntegramente desestimado.

6. A modo de epílogo decepcionado, con una necesaria llamada de advertencia.

Parafraseando al maestro Lucas Verdú diríamos que la justicia constitucional es la autoconciencia que la Constitución tiene de su propia validez y eficacia. En una sentencia como la presente, tal autoconciencia es inencontrable, porque no hay razones que sustenten en Derecho la solución encontrada por la mayoría de este tribunal al problema sometido a su enjuiciamiento.

Si empleáramos un lenguaje popular o coloquial diríamos que se pretende que el lector «comulgue con ruedas de molino», al convertir a la ley, la ley de presupuestos concretamente, en el cirujano de hierro que cura todos los vicios en la gestión de las ayudas públicas a que se refiere el caso mediante el simplísimo proceder de incorporar una partida económica a la ley de presupuestos y hacer una referencia genérica a las ayudas a las empresas en crisis en las memorias presupuestarias. Una ley, por cierto, con poderes propios del prestidigitador, pues las leyes de presupuestos andaluzas a las que se refiere la sentencia de este tribunal en ningún momento establecen aquello que esta sentencia afirma, la pretendida modificación o eliminación del régimen de controles de las ayudas y subvenciones previsto en la normativa aplicable.

Ninguna de las leyes de presupuestos en cuestión, por otra parte, fue impugnada, pero si alguna o varias se hubieran impugnado habría dado lo mismo, pues era incuestionable que la mera inclusión de una partida económica (la partida 440 del famoso programa 31L) no era inconstitucional. Adviértase en este sentido que cuando este Tribunal ha admitido, en su STC 90/2017, de 5 de julio, la posibilidad de impugnar mediante la vía del recurso de inconstitucionalidad unas determinadas partidas presupuestarias incluidas en una ley de presupuestos (en aquel caso destinadas a financiar el referéndum de autodeterminación de Cataluña) lo ha hecho por su conexión con el mandato previsto en una disposición contenida en el articulado de esa ley. Esto es, lo que se impugna es el mandato imperativo contenido en un precepto del articulado de la ley de presupuestos, mandato directamente vinculado a las concretas partidas presupuestarias a las que aquel precepto se remite y que, por esa vinculación, pueden también ser válidamente impugnadas en un recurso de inconstitucionalidad. Por ello, solo si el reproche de inconstitucionalidad que se dirige frente al precepto legal prospera, cabrá entonces extender esa censura a las concretas partidas a las que ese precepto de la ley de presupuestos remite, por ser esas partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento al mandato que aquel precepto contiene.

Lo que sí me parece inconstitucional es la interpretación que la sentencia hace de las conductas que fueron enjuiciadas por la jurisdicción: se eliminan los controles, la fiscalización y, en consecuencia, la lucha contra el fraude y la corrupción, estándares del Derecho de la Unión Europea, pero esas conductas deben quedar impunes porque, supuestamente, se amparaban en las correspondientes leyes de presupuestos. A mi entender, la sentencia de este tribunal se sustenta sobre una interpretación errada del contenido de una ley que hace la mayoría del Pleno, interpretación que contraviene la Constitución y el Derecho de la Unión Europea.

Si, como decía García de Enterría, la justicia constitucional trata los problemas políticos con criterios jurídicos, poniendo la razón, la razón del Derecho, donde otros ponen otros motivos, pasiones o subjetivismos varios, me parece incuestionable que la presente sentencia, de la que respetuosa pero enérgicamente discrepo, hace tambalearse los pilares básicos del Estado de Derecho, por cuanto:

(i) Incurre en un exceso de jurisdicción, al autoasignarse el Tribunal Constitucional la función propia de los tribunales de justicia ordinarios (art. 117.3 CE), convirtiéndose en una nueva instancia revisora que realiza el juicio de subsunción penal y revalora a su

libre arbitrio las pruebas practicadas en el juicio oral, con claro olvido de lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC.

(ii) Socava la posición institucional que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE), injiriéndose el Tribunal Constitucional en funciones que son propias de aquel, con el pretexto de que allí donde deben garantizarse los derechos fundamentales, allí debe estar este tribunal, olvidando que la jurisdicción constitucional debe evitar (por su propia naturaleza de jurisdicción de garantías) caer por desfiladeros abruptos.

(iii) Contraviene los arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106.1 CE, al dejar de lado los principios en que se ha de basar *ex constitutione* la actuación de la administración pública.

(iv) Suprime de un plumazo la idea de control del gasto público sobre la base de un juicio de intenciones del legislador autonómico (que este, por la mera inclusión de una partida presupuestaria, habría pretendido modificar o suprimir el régimen de control de las ayudas y subvenciones previsto en la normativa aplicable), con lo que desapodera al Estado del instrumento más eficaz en la lucha contra el fraude y la corrupción política institucionalizada.

(v) Y, en fin, contraviene los principios nucleares en la materia del Derecho de la Unión Europea.

No puedo concluir este voto sin antes reprochar el apresuramiento con que este tribunal ha despachado el asunto que nos ocupa, que, al igual que el resuelto por la STC 93/2024, y otros de la misma «serie», ha sido deliberado y votado por el Pleno en muy poco tiempo, lo que tal vez ha contribuido al resultado de una sentencia desafortunada (por decir lo menos) en la forma y en el fondo. No estará de más recordar que quien fuera presidente de este tribunal, el magistrado Tomás y Valiente, ya aludió en 1994, en una conferencia titulada «La Constitución y el Tribunal Constitucional», a «la importancia de las deliberaciones y a la conveniencia de que estas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas» (publicada en el libro «La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995). No creo que tan atinada recomendación haya sido seguida en el presente caso y otros similares.

Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.—Enrique Arnaldo Alcobilla.—Firmado y rubricado.

*Voto particular conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2348-2023 interpuesto por don Antonio Fernández García*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulamos el presente voto particular. Consideramos que el recurso de amparo debió ser inicialmente inadmitido —como ya se expuso en el voto particular al ATC 288/2023, de 5 de junio— y una vez admitido desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

La presente sentencia se construye argumentalmente aplicando el razonamiento contenido en la STC 93/2024, de 19 de junio, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza (recurso de amparo 6971-2022) junto con el que se contiene en las ponencias incluidas en el mismo orden del día que resuelven los recursos de amparo interpuestos por don Miguel Ángel Serrano Aguilar (recurso de amparo 2136-2023), don Francisco Vallejo Serrano (recurso de amparo 2360-2023), don Jesús María Rodríguez Román (recurso de amparo 2361-2023) y doña Carmen Martínez Aguayo (recurso de amparo 2391-2023), en los que se reconoce bien exclusivamente la vulneración del derecho a la legalidad penal —en relación con el delito de prevaricación

administrativa y/o el de malversación– y/o también del derecho a la presunción de inocencia.

1. Consideraciones comunes a las sentencias que resuelven los indicados recursos de amparo frente a las condenas recaídas en el conocido caso de los «ERE».

a) Debe indicarse que todas las sentencias que resuelven los referidos recursos de amparo relativos a las condenas por los denominados «ERE», dan una respuesta estandarizada cuando se enfrentan a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) sea en su proyección a las condenas por prevaricación o por malversación y ello con independencia del contenido de las demandas e incluso prescindiendo de que tal derecho haya sido o no invocado. Existe una predeterminación argumental que margina el contenido de los recursos, se desvincula de los mismos, los orilla, procediendo incluso en relación con la vulneración del derecho a la legalidad penal a proyectar sobre el delito de malversación de caudales públicos una prohibida reconstrucción del recurso o directamente a dar respuesta a un planteamiento inexistente. Se incumple la acrisolada doctrina constitucional por la que se prohíbe la reconstrucción de oficio de la demanda y de modo expreso suplir las razones del recurrente o efectuar una labor de integración de las mismas cuando no se aportan al recurso (SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; 196/2006, de 3 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 2; 42/2008, de 10 de marzo, FJ 2, y 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Las sentencias, en los motivos de amparo que estiman, efectúan una revisión de oficio de las sentencias del Tribunal Supremo desvinculándose de los argumentos de los recurrentes.

b) La doctrina plasmada en las sentencias produce el resultado de exonerar de responsabilidad a los miembros del Gobierno de la Junta de Andalucía en todo lo concerniente a la elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos y a las enmiendas presupuestarias o su ejecución. Los declara *de facto* irresponsables y extiende sobre ellos un privilegio de inviolabilidad e inmunidad. La consecuencia de dicha doctrina es la estimación de todas las demandas de amparo y seguramente ocasionará el archivo de buena parte del centenar de piezas separadas que se encuentran pendientes de enjuiciamiento.

c) Tal doctrina es inasumible pues deja al margen de todo control aquello que tenga que ver con la actividad presupuestaria desde la fase inicial de elaboración de los presupuestos a la fase final de su ejecución y con ello se desprotege la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos, los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública. Dicha doctrina incumple las exigencias internacionales de lucha contra la corrupción política y cuando tenga proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea producirá un incumplimiento de las obligaciones de España, incompatible con lo dispuesto en el artículo 325.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, de luchar contra el fraude y contra toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, de prevenir y combatir la corrupción en general y de prever la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias en caso de que tales infracciones se produzcan (SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion, asunto C-357/19, § 184-187 y 193-194, y de 24 de julio de 2023, Lin, asunto C-107/23 PPU, § 83-84, 86, y 91-94 y auto de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2022, FX y otros, asuntos acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19, § 92).

d) La impunidad que establece la sentencia se aplica: (i) a quienes elaboraron los proyectos de ley o las modificaciones presupuestarias para provisionar fondos al IFA/IDEA mediante un instrumento lícito, las «transferencias de financiación», con la finalidad de preparar el camino para que otros miembros del Gobierno pudieran destinar tales provisiones a fines no previstos en el presupuesto, las «ayudas sociolaborales»; (ii)

a quienes al ejecutar el programa presupuestario en lugar de aplicar los fondos a gastos de explotación dispusieron de los mismos de modo libérrimo como si fueran propios o permitieron conscientemente, teniendo la obligación de impedirlo, que otros efectuaran tales disposiciones.

e) En todos los casos esa irresponsabilidad e imposibilidad de control se apoya en una construcción artificiosa a modo de mantra jurídico que carece de sustento racional y de apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo y que se repite en todas las sentencias como piedra angular para afirmar la vulneración del derecho a la legalidad penal: quien obra amparado por la ley de presupuestos no puede prevaricar ni puede malversar caudales públicos.

Sin embargo, ninguno de los condenados estaba amparado por las sucesivas leyes de presupuestos para cometer los delitos. Las leyes no delinquieron, eran neutras en la previsión de transferencias de financiación para gastos de explotación. Quienes delinquieron fueron quienes previeron las transferencias de financiación de modo innecesario con la idea de que otros tuvieran recursos para destinarlos a fines ajenos a los presupuestados. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando indica que la actuación de desvío de fondos no venía obligada por los presupuestos. O cuando refiere que «no puede afirmarse que [el Parlamento] modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones».

f) Ese mismo mantra jurídico sirve de modo inconsistente para distinguir a los efectos de resolver la vulneración del derecho a la legalidad penal entre aquellas modificaciones presupuestarias o disposiciones de fondos según tuvieran o no amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L. Como se ha indicado el mencionado programa no determinaba que las transferencias de financiación con que el mismo se dotaba pudieran destinarse a fines distintos a los de gastos de explotación.

g) Puede considerarse común a todas las sentencias que con el pretexto de enjuiciar la vulneración del derecho a la legalidad penal irrumpen en el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria y suplantán la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley (art. 123 CE) erigiéndose de este modo el Tribunal Constitucional en Tribunal de Casación al interpretar el concepto de «resolución» y de «asunto administrativo». Y, también es común a todas ellas que con un entendimiento indebido del enjuiciamiento que le corresponde al Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la presunción de inocencia, se apartase de la acrisolada doctrina de este tribunal y revisa, conforme a criterios de calidad o de oportunidad, la valoración probatoria de los tribunales ordinarios para reelaborarla previa selección sesgada del acervo probatorio convirtiéndose de este modo en tribunal de apelación.

h) Y finalmente, como consecuencia de todo ello, las sentencias ocasionan un daño institucional difícilmente reparable, pues para anular las condenas recaídas en el asunto de corrupción más importante de la historia reciente de España, rectifican por primera vez desde que el Tribunal Constitucional entró en funcionamiento el criterio del Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica, sustituyen la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales y dejan al margen de todo control el proceso de elaboración, modificación y ejecución presupuestaria.

2. Contenido de la sentencia del Tribunal Supremo como respuesta al planteamiento del recurrente en el recurso de casación.

En segundo lugar, el deber de respeto institucional a la plausible labor desempeñada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo y la exigencia de poner en el primer plano – que es donde merecen estar y exige el examen metodológico de la vulneración del principio de legalidad penal– los argumentos que llevan al Tribunal Supremo en su sentencia 749/2022, de 13 de septiembre, a calificar la conducta del recurrente de delito

continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, obligarían a suplir la injustificada omisión de la sentencia y a sintetizar las sólidas razones que el Tribunal Supremo dedica en el apartado VI de los fundamentos de Derecho, a lo largo de noventa páginas, con la rúbrica «Juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa», páginas 220 a 310; en el apartado VII, a lo largo de cincuenta y tres páginas, con la rúbrica «Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos», páginas 310 a 363; y en el apartado VIII al «Juicio de autoría», páginas 364 a 373.

Su mera lectura evidencia por sí sola la razón del desencuentro con la sentencia frente a la que formulo voto particular y el incomprensible silencio que sobre su contenido se guarda en los antecedentes. Sin embargo, las características de concisión que debe contener un voto particular, mal que nos pese, impiden que podamos exponerlas, debiendo remitirnos directamente a su contenido fácilmente accesible, sin perjuicio de referirnos a sus fundamentos al exponer nuestra discrepancia con la sentencia que resuelve el recurso de amparo.

3. Contenido y alcance del principio de legalidad penal y su incidencia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

### 3.1 Contenido del principio de legalidad penal.

Es preciso ahora examinar cuál es la doctrina sobre el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que la sentencia aborda en su fundamento jurídico 3, al que nos remitimos al compartir su exposición. Debemos destacar de dicha doctrina tres aspectos:

a) El fundamento plural del principio de legalidad: la seguridad jurídica y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos a fin de garantizar al ciudadano un ámbito de libertad de actuación.

b) Su proyección sobre los jueces y tribunales que deben aplicar la norma sancionadora, que se concreta en la prohibición de aplicarla a casos no comprendidos en ella realizando una subsunción irrazonable. De modo que queda excluida la analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma en tanto exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos que las mismas determinan. Por otra parte, exige que la aplicación metodológica de la norma no incurra en quiebras lógicas o se aparte de modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica y que desde un punto de vista axiológico su aplicación se corresponda con pautas valorativas que informa el texto constitucional.

c) Y, finalmente, que el Tribunal Constitucional al fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal debe tener presente que la labor aplicativa le corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). De modo que hemos reiterado en múltiples pronunciamientos que al Tribunal Constitucional no le corresponde la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. En otras palabras, «es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

3.2 Proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de legalidad a los casos que se le han planteado desde su constitución.

En el fundamento jurídico 3, como aval de la doctrina sobre el principio de legalidad penal se citan, con alguna reiteración cuarenta y cuatro sentencias de este tribunal (SSTC 14/2021, de 28 de enero; 25/2022, de 23 de febrero; 47/2022, de 24 de marzo; 54/2023, de 22 de mayo; 8/2024, de 16 de enero; 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 232/1997, de 16 de diciembre; 162/1999, de 27 de septiembre; 150/1989, de 25 de septiembre; 133/1987, de 21 de julio; 127/1990, de 5 de julio;

111/1993, de 25 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero; 75/2002, de 8 de abril; 234/2007, de 5 de noviembre; 15/1981, de 7 de mayo; 142/1999, de 22 de julio; 64/2001, de 17 de marzo; 25/2004, de 26 de febrero; 218/2005, de 12 de septiembre; 297/2005, de 21 de noviembre; 283/2006, de 9 de octubre; 24/2004, de 24 de febrero; 242/2005, de 10 de octubre; 162/2008, de 15 de diciembre; 81/2009, de 23 de marzo; 135/2010, de 2 de diciembre; 9/2018, de 5 de febrero; 129/2008, de 27 de octubre; 153/2011, de 17 de octubre; 185/2014, de 6 de noviembre; 150/2015, de 6 de julio; 123/2001, de 4 de junio; 81/1995, de 5 de junio; 34/1996, de 11 de marzo; 170/2002, de 30 de septiembre; 229/2003, de 18 de diciembre; 229/2007, de 5 de noviembre; 189/1998, de 28 de septiembre; 13/2003, de 28 de enero; 138/2004, de 13 de septiembre; 9/2006, de 16 de enero, y 262/2006, de 11 de septiembre).

De todas las sentencias citadas, únicamente se refieren a supuestos en que, como en el caso planteado en la demanda de amparo, se cuestiona la subsunción del hecho probado en la parte objetiva del tipo penal –dejando por tanto de lado las que versan sobre sanciones administrativas– las SSTC 25/2022, 47/2022, 137/1997, 129/2008, 153/2011, 150/2015, 123/2001, 34/1996, 170/2002, 229/2003, 189/1998, 111/1993, 142/1999 y 262/2006 que enjuician la subsunción de diversas conductas en otros tantos delitos y faltas.

Pues bien, las once primeras (SSTC 25/2022, 47/2022, 137/1997, 129/2008, 153/2011, 150/2015, 123/2001, 34/1996, 170/2002, 229/2003, y 189/1998) se refieren respectivamente a quejas sobre la subsunción de la conducta en los delitos o faltas de desobediencia, sedición, coacciones, contra la hacienda pública, imprudencia leve, falsedad documental (en dos ocasiones), descubrimiento y revelación de secretos, apropiación indebida, prevaricación judicial y contra la salud pública y, siguiendo la arraigada doctrina por la que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, en todas ellas se desestimó la vulneración del principio de legalidad penal.

Únicamente se estimó la vulneración del principio de legalidad penal en tres casos, las STC 111/1993, 142/1999 y 262/2006. En las dos primeras relativas a condenas por delito de intrusismo al entender que «título oficial» a que se refiere el art. 321.1 del código Penal no puede ser entendido sino como «título académico oficial» y en la tercera por delito de lesiones graves, al no constar en los hechos probados la gravedad de las mismas. Ninguna de estas condenas fue dictada o confirmada por el Tribunal Supremo, que, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, es la máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (art. 117.3 y 123.1 CE).

Resulta por tanto llamativo que sea en el caso más grave de corrupción política institucionalizada y mantenida durante más de diez años, cuando el Tribunal Constitucional rectifique por primera vez desde que inició su andadura al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica de un delito.

4. Sobre la improcedente reconstrucción de la demanda de amparo en que incurre la sentencia y la desviación de su objeto para reconocer la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con el delito continuado de malversación.

4.1 Objeto de la demanda de amparo: planteamiento de la vulneración del principio de legalidad penal por el recurrente y respuesta dada por la fiscal que formula las alegaciones.

4.1.1 Planteamiento del recurrente.

El recurrente plantea en el motivo segundo de la demanda la vulneración de las garantías asociadas al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Considera que ha existido una aplicación imprevisible, por inviable, del marco típico objetivo del delito de

malversación. Las sentencias, a su juicio, crean un delito de malversación distinto al vigente que suprime la necesaria relación entre el autor con los fondos y con el tercero a quien se le permite sustraer. Distingue:

a) En relación con la modalidad activa «sustrajere», afirma que la sentencia incurre en una contradicción insalvable cuando dice que el señor Fernández tuvo participación directa en la disposición de fondos, pues a lo largo de la misma se señala que únicamente podía disponer y efectivamente dispuso de los fondos del programa 31L quien fue director general de Trabajo y Seguridad Social y no el consejero de Empleo. No existe resolución alguna de concesión de ayudas por su parte desde el 2000 al 2010.

Para apoyar su falta de participación directa en la disposición de fondos destaca que: en el contrato de permanencia firmado con directivos de Santana, que llevó a la suscripción de pólizas cuya prima se pagó con fondos del programa 31L, quien ordenó la disposición de fondos del programa fue el director general de Trabajo y Seguridad Social; en el caso de los compromisos con Faja Pirítica pagados con fondos del referido programa para ayudas sociolaborales, quien concedió las ayudas y ordenó su disposición fue el director general de Trabajo y Seguridad Social; esto mismo afirma que se produce en relación con el convenio de Jerez Industrial o se desprende de la carta que el recurrente envió al delegado de Empleo en Cádiz en relación con la petición de ayuda económica del alcalde de Chiclana y también de otros pasajes de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Ello le lleva a concluir que no se cumplen los requisitos del tipo en cuanto a la acción de sustraer.

b) Respecto de la modalidad pasiva «permitiere que un tercero sustraiga», afirma que esta modalidad es la que sostiene y justifica la condena. Considera sin embargo que su aplicación supone un artificioso forzamiento del contenido literal del precepto, pues a su juicio, quien consiente la participación del tercero siempre ha de ser, y sólo puede ser, quien tiene a su cargo los caudales. De modo que tercero, sólo lo podrá ser, bien otro funcionario distinto de aquél que tuviera a su disposición los caudales por razón de su cargo o un particular. El director general de Trabajo y Seguridad Social no puede ser tercero porque tenía confiados los fondos por razón de su cargo. Afirma que cualquier otra lectura es contraria al principio de legalidad.

c) Considera que ni el tribunal *a quo* ni el de casación han advertido la exigencia del dolo en la comisión por omisión que a su juicio debe abarcar el conocimiento del ánimo de lucro concurrente del tercero. No se acredita, ni se alude en la sentencia, que el señor Fernández conociera o consintiera que los beneficiarios de las ayudas, al recibirlas, actuaran bajo ilícito ánimo de lucro.

d) Entiende que ha existido un nulo tratamiento de los aludidos defectos de calificación en la sentencia del Tribunal Supremo. No basta con sostener apodícticamente que el tercero puede serlo el funcionario que detenta los causales, citando un solo precedente jurisprudencial. Sostiene que no explica cuáles son las competencias funcionales que tenía el recurrente para evitar la sustracción conforme a lo dispuesto en el art. 11 CP.

#### 4.1.2 Posición del Ministerio Fiscal.

El fiscal se opone en sus alegaciones a la estimación de la vulneración del principio de legalidad penal que el recurrente invoca. Afirma que el motivo segundo es más bien una reproducción del primero a cuya contestación se remite. Expone los cargos que ocupó el recurrente: viceconsejero de trabajo desde 1996 a 2004, consejero de empleo desde 2004 hasta 2010 y presidente del IFA desde el 6 de junio de 2001 hasta el 28 de enero de 2003.

Destaca los hechos extraídos de la sentencia de instancia y considera que atendidos los cargos que ocupó tenía competencia para disponer de los fondos. Considera que el director general de Trabajo y Seguridad Social no tenía competencias para disponer de los fondos, por lo que es razonable entender que los hechos encajan en el art. 404 CP.

Del convenio marco no se desprende que fuera el director general de Trabajo y Seguridad Social quien otorgara las ayudas. El director general de Trabajo y Seguridad Social era un ejecutor de lo acordado por el consejero, como se desprende de las estipulaciones primera y segunda del convenio. La competencia del consejero no fue delegada hasta la Orden de la Consejería de Empleo de 3 de marzo de 2010 publicada en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía" de 6 de abril de 2010. Señala que atendido que fue condenado por las dos modalidades no era exigible a los tribunales que especificaran el título de imputación que había de atribuirse a cada uno de los hechos relevantes.

A continuación, expondremos cómo la sentencia se desconecta de los argumentos de la demanda de amparo para llevar a cabo una revisión de oficio de la sentencia del Tribunal Supremo, alejándose de lo alegado por el recurrente para conceder el amparo en relación con buena parte de las conductas calificadas de malversación.

4.2 Desvinculación de la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional del planteamiento de la demanda de amparo para estimar la vulneración del principio de legalidad penal.

a) Puede afirmarse, aunque pueda sorprender, que realmente la sentencia que resuelve el recurso de amparo desestima completamente la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) invocada por el demandante de amparo y lo hace precisamente al final del fundamento jurídico 3.4. En concreto la sentencia de la que discrepamos desestima la queja del recurrente en el fundamento jurídico 3.4.2. b) y c), si bien únicamente se refiere a lo que denomina «conductas que carecían de amparo legal (gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E y uso de fondos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público)». El razonamiento plasmado en dicho fundamento sería también de aplicación para desestimar la queja en relación con lo que la sentencia que resuelve el recurso de amparo denomina «las conductas del recurrente relacionadas con la presupuestación y la gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L». Le sería proyectable, lo examinaremos a continuación.

En consecuencia, puede considerarse, como veremos, que la sentencia ha desestimado la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) invocado por el recurrente, al descartar el único argumento que el recurrente planteaba en su recurso de amparo.

b) Lo que sucede es que la sentencia que resuelve el recurso de amparo se desvincula radicalmente de la vulneración planteada por el recurrente y resuelve de modo irracional, incongruente e ilógico, una queja que el recurrente no incorpora en su demanda cuando invoca la lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Lo hace en el fundamento jurídico 3.4.1. que no guarda relación alguna con el motivo planteado en la demanda y supone una revisión de oficio de las sentencias impugnadas, para de este modo estimar la vulneración del derecho a la legalidad penal. Es un patrón que se repite en todas las sentencias que resuelven las impugnaciones de la STS 749/2022 y de la SAP 490/2019 respecto de las que hemos formulado voto particular. Sobra el fundamento jurídico 3.4.1 de la sentencia que resuelve el recurso de amparo en el que se innova el contenido de la demanda con un argumento no planteado por el recurrente con el resultado de sustentar la vulneración del derecho a la legalidad penal y estimar el recurso de amparo.

Tales conclusiones las pasamos a exponer a continuación.

4.2.1 Creación artificiosa del argumento troncal en el que se sustenta la estimación de las demandas de amparo.

a) La sentencia, que resuelve el recurso de amparo, en su fundamento jurídico 3.4.1., se desentiende de la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1

CE) vinculada a la condena por el delito de malversación del art. 432 CP que el recurrente invocó en su demanda.

b) Lo primero que llama la atención es que el indicado fundamento jurídico –«3.4. Enjuiciamiento de la queja del recurrente»–, no se ajusta al contenido del motivo segundo de la demanda de amparo expuesto en el punto 4.1.1. a), b), c) y d) anterior.

Dicha desvinculación del recurso de amparo lamentablemente la hemos tenido que advertir en otros votos particulares emitidos en relación con las sentencias que han resuelto las impugnaciones contra la STS 749/2022 y la SAP 490/2019. Con dicho proceder la sentencia que resuelve el recurso de amparo parece asumir una función de complemento de las demandas de amparo o de refuerzo argumental que no deja de ser llamativa y no solo, evidentemente, por su carácter reiterado.

c) La sentencia comienza la argumentación del fundamento jurídico 3.4., efectuando dos atribuciones. La primera a las resoluciones impugnadas y la segunda al recurrente. Tanto una como otra carecen de soporte alguno en las resoluciones impugnadas y en el contenido del motivo por el que el demandante desarrolla su alegato sobre la vulneración del principio de legalidad penal.

d) Tales injustificadas atribuciones son las siguientes: (i) «las resoluciones impugnadas identifican como elemento decisivo de la calificación de malversación, de un lado, la existencia de un sistema de presupuestación ilegal que disponía una forma de gestión y control de las ayudas sociolaborales radicalmente distinta a la exigible en el ámbito de las subvenciones caracterizada por la falta de control»; (ii) En segundo lugar, indica la sentencia que «[f]rente a este planteamiento, el recurrente opone de forma reiterada que la contribución a tal sistema puede, eventualmente, integrar un delito de prevaricación, pero no justificar una condena por el art. 432 CP, cuyos elementos típicos no concurrirían».

e) Pues bien, del pormenorizado razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo recogido a lo largo de las cincuenta y tres páginas del fundamento de Derecho VII, con la rúbrica «Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos», páginas 310 a 363 (al que se remite la STS 749/2022 para resolver la vulneración del principio de legalidad penal invocado por el recurrente en el recurso de casación), duele tener que afirmar que es inadmisibles que la sentencia que resuelve el recurso de amparo atribuya, de modo infundado y erróneo, al máximo intérprete de la legalidad penal lo que se puede considerar una elemental confusión dogmática por la que el Tribunal Supremo entendería como elemento decisivo de la calificación de malversación la existencia de un sistema de presupuestación ilegal, caracterizado por la falta de control.

Ni lo afirma el Tribunal Supremo ni evidentemente se lo reprocha el recurrente al invocar la vulneración del principio de legalidad penal.

f) El Tribunal Supremo sostiene expresamente lo contrario –y podemos indicar, a diferencia de la sentencia que resuelve el recurso de amparo, donde lo hace: en su fundamento de Derecho 141.2.4, pág. 1066 de la STS 749/2022– cuando afirma que «si bien el Parlamento aprobó las partidas presupuestarias aludidas en el relato fáctico durante los años 2002 a 2009, también lo es que no puede afirmarse que modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones.» Y, añade en relación con la actuación del director general del IFA/IDEA que «la aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales. La actuación del director general de IFA/IDEA no era obligada».

g) Tal errónea atribución no es inocua. Le sirve, a la sentencia que resuelve el recurso de amparo, para abrir el portillo mediante el que, de modo inadmisibles y contrario a lo sostenido por el Tribunal Supremo, se permite afirmar, desentendiéndose nuevamente del contenido del recurso planteado, que: «las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, en su programa 31L, establecieron un sistema de

atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales».

h) Tal afirmación no se corresponde con la realidad jurídica plasmada en la STS 749/2022. Las leyes no delinquieron, ni –como le atribuye la sentencia de la que discrepamos mediante la errónea atribución efectuada a la STS 749/2022– pretendieron delinquir en el caso de corrupción política más importante de la reciente historia de España. Delinquieron, como aseveran las sentencias, quienes concedieron, de modo libérrimo y voluntario, las ayudas sociolaborales y dispusieron de los fondos públicos como si fueran propios. Eso es precisamente lo que afirma la sentencia del Tribunal Supremo y no lo contrario.

i) Ese torcimiento argumental de la sentencia, de la que discrepamos, tiene su buscado desenlace, a modo de mantra jurídico reiterado en las sucesivas sentencias que se han sometido a deliberación: «no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 3.1L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban (SSTC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3; 96/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 5.3; 97/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 4.3, y 98/2024, de 3 de julio de 2024, FJ 5.3)».

j) Recordemos, para tener presente la deriva argumental de la sentencia y la desvinculación de la misma del contenido de la demanda, que el recurrente exclusivamente planteaba, en el motivo segundo de la demanda de amparo objeto de enjuiciamiento, la vulneración del principio de legalidad penal. Para ello partía de la premisa de que carecía de la disponibilidad de los fondos públicos distraídos, por lo que no podía, a su juicio, realizar la modalidad activa ni pasiva (comisión por omisión o comisión impropia).

4.2.2 Cierre del círculo argumental. Proyección del ficticio argumento a la subsunción en el delito de malversación de lo que la sentencia denomina: «conductas del recurrente relacionadas con la presupuestación y la gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L».

a) Como se ha indicado la sentencia que resuelve el recurso de amparo atribuye al Tribunal Supremo de modo inadmisibles –aunque no irrelevante– la consideración de que el elemento decisivo de la calificación de la malversación es la existencia de un sistema de presupuestación ilegal. A continuación, como se ha expuesto, de modo insólito y absolutamente incompatible con lo sostenido en la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 141.2.4, pág. 1066 de la STS 749/2022), la sentencia que resuelve el recurso de amparo atribuye la autoría del delito a las sucesivas leyes de presupuestos al afirmar «las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales».

b) Solo falta cerrar el círculo argumental, que ya adelanta cuando alude a lo que nos hemos permitido denominar –atendida su reiterada reproducción en las diversas sentencias– como mantra jurídico: «no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 31L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban».

c) Y, a partir de allí, solo queda aplicarlo en el fundamento jurídico 3.4.1. Así lo hace la sentencia que resuelve el recurso de amparo al considerar completamente imprevisible la subsunción en el delito de malversación de las modalidades de comisión [FJ 3.4.1 a) Intervención en la ejecución de ayudas y FJ 3.4.1 b) (i) y (ii) modalidad omisiva del delito de malversación] al entender imprevisible calificar de disposición ilícita la que es conforme o está amparada en las leyes de presupuestos.

Dicha argumentación es irracional, ilógica y extravagante pues desconoce el lógico razonamiento del Tribunal Supremo cuando indica que no puede afirmarse que el Parlamento modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación

para fines diferentes que la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA cuando aprobó las partidas presupuestarias aludidas en el relato fáctico durante los años 2002 a 2009, y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones.

Como afirma el Tribunal Supremo, contradiciendo palmariamente el insostenible razonamiento de la sentencia de la que discrepamos, la aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos ilegales. La actuación de quienes efectuaron tales pagos no era obligada ni suponía aplicación de las leyes de presupuestos. Estas no aprobaron que el gasto se dedicara a finalidades distintas a los gastos de explotación o necesidades de capital.

4.3 La sentencia resuelve desestima el motivo realmente planteado por el recurrente [FJ 3.4.2 b) y c)].

4.3.1 Breve síntesis de lo planteado por el recurrente.

a) Como se ha expuesto en el apartado 4.1.1, el recurrente considera que no tuvo participación directa en la disposición de fondos, pues únicamente podía disponer y efectivamente dispuso de los fondos del programa 31L quien fue director general de Trabajo y Seguridad Social y que no existe resolución alguna de concesión de ayudas por su parte desde el 2000 al 2010. Ello le lleva a concluir que no se cumplen los requisitos del tipo en cuanto a la acción de sustraer. Reconoce, sin embargo, que es la modalidad de comisión por omisión la que sostiene la condena, pero indica que se fuerza artificiosamente el contenido literal del art. 432 CP pues sólo puede ser sujeto activo por comisión por omisión quien tiene a su cargo los caudales y tercero solo lo podrá ser, bien otro funcionario distinto de aquél que tuviera a su disposición los caudales por razón de su cargo o un particular. El director general de Trabajo y Seguridad Social no podía ser tercero porque tenía confiados los fondos por razón de su cargo. Afirma que no se acredita que el señor Fernández conociera o consintiera que los beneficiarios de las ayudas, al recibirlas, actuaran bajo ilícito ánimo de lucro. Sostiene que no explica cuáles son las competencias funcionales que tenía el recurrente para evitar la sustracción conforme a lo dispuesto en el art. 11 CP.

4.3.2 Razonamiento que estima la queja planteada por el recurrente [FJ 3.4.2 b) y c)].

a) Así planteado el motivo resulta desestimado en el fundamento jurídico 3.4.2 b) y c) de la sentencia de la que discrepamos, si bien refiriéndose exclusivamente a las conductas que califica como carentes de amparo legal, esto es: (i) la gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E y (ii) el uso de fondos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público.

b) La premisa de la que parte la sentencia para examinar la queja en el fundamento jurídico 3.4.1., en línea con la desvinculación del contenido de la demanda, es que no considera irrazonable entender en el primer caso (gestión global de las ayudas comprendidas en el programa 22E) que era indebido la utilización de dicho programa para proceder al pago de ayudas sociolaborales y en el segundo caso (uso de fondos comprendidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público) que carecía la disposición de causa legítima, pues en el caso de la empresa Santana no existía situación de insolvencia por lo que no concurría un fin legítimo.

d) Sentada la ilegalidad de tales disposiciones, entra por fin a examinar la única queja del recurrente en relación con el principio de legalidad en el fundamento jurídico 3.4.2 b) y c). En tal sentido indica:

(1) En relación con la modalidad activa:

(i) «[E] señor. Fernández García fue condenado en relación con las ayudas comprendidas en el programa 22E no solo por haber intervenido en las modificaciones

presupuestarias que arbitraron los fondos para el pago de las ayudas sociolaborales, sino por haber firmado como presidente del IFA numerosos convenios particulares con el director general de Trabajo a través de los cuales se materializaron concretas ayudas.» [FJ 3.4.2 b)].

(ii) En relación con la ejecución del programa 31L, «el actor siguió firmando convenios hasta el 28 de enero de 2003 en su condición de presidente del IFA. El recurrente no ha cuestionado esta calificación de la firma de convenios, que, por otro lado, el tribunal no ha juzgado contraria al art. 25.1 CE. [...] Esa conclusión impide ahora mutatis mutandis acoger la premisa fáctica de la que parte el actor, esto es, que no dictó resolución alguna de disposición directa de fondos, ya que firmó convenios en su condición de presidente del IFA» [FJ 3.4.2 b)].

(iii) «[L]a calificación de la conducta del recurrente como autoría de un delito continuado de malversación se apoya en importante medida en su relevante papel en la gestión y concesión de las ayudas; dictando instrucciones sobre la aplicación del convenio marco, imponiendo criterios de cuantificación y otras medidas orientadas a eludir los controles de las ayudas externos a la Consejería de Empleo y decidiendo discrecionalmente sobre las empresas beneficiarias y el importe dispuesto. La consideración de que los distintos intervinientes en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales como los que aprobaban los créditos presupuestarios haciendo posible dicha conducta son autores de un delito consumado de malversación atiende igualmente a la complejidad de los hechos y de la estructura administrativa que los hizo posibles. La atención al carácter determinante de las distintas conductas de quienes tenían capacidad de disposición para calificarlas de autoría no puede considerarse imprevisible y, por ende, contraria al art. 25.1 CE» [FJ 3.4.2 b)].

(2) En relación con la comisión por omisión:

(iv) «la afirmación de que no tenía facultades de disposición sobre los fondos no resulta admisible de acuerdo con la consideración que se acaba de examinar» [FJ 3.4.2 c)].

(v) En relación con el concepto de tercero, indica que la comprensión de la sentencia del Tribunal Supremo «no rebasa el tenor literal del precepto, que alude sin más a “un tercero”, y responde a una interpretación teleológica orientada a la tutela de los intereses protegidos en absoluto extravagante, sin que quepa censura alguna desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE)».

(vi) En relación con la posición de garante del recurrente indica que «[n]o resulta en modo alguno imprevisible ni metodológica o axiológicamente reprochable el entendimiento de que el recurrente, como alto cargo de la Consejería de Empleo que otorgaba las ayudas con cargo a partidas que dependían de ese departamento, se encontraba, en una posición funcional y competencial idónea para tomar medidas tendentes a evitar que se realizaran actos de disposición con fondos procedentes del programa 31L a fines distintos de aquellos presupuestariamente autorizados como era su deber».

(vii) Concluye su exposición al indicar que: «A la luz de todo lo expuesto ha de desestimarse la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la aplicación del delito de malversación a las conductas del demandante vinculadas al programa 22E de los años 2000 y 2001 y a las conductas que impliquen un uso de los fondos incluidos en el programa 31L en ausencia o con desviación de su fin público».

4.3.3 Conclusión: la vulneración del derecho a la legalidad penal planteada por el recurrente debió ser desestimada tal y como indica la sentencia.

a) La sentencia desestima la única queja que bajo el paraguas del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) hizo el recurrente en el motivo segundo de su demanda y lo hace en términos claros: no es contrario a tal derecho atribuir al recurrente su participación activa en la disposición de fondos y su participación por comisión por omisión, atendida la posición que ocupaba en la Junta de Andalucía y la razonable

interpretación, metodológica, axiológica y teleológica que efectúa la sentencia del concepto sustraer, tener a su cargo y del concepto de tercero. Ese pronunciamiento, debió llevar a desestimar la queja planteada por el recurrente y con ella la demanda de amparo.

b) La sentencia ha incurrido en una inadmisibile deriva argumental pues la demanda de amparo planteaba un problema que nada tenía que ver con «la legitimidad» y «la licitud» o no de los actos de disposición de fondos, esto es, si se ajustaban o no a las leyes de presupuestos, si se apartaban o no de los fines legítimos que tales leyes establecían. La sentencia efectúa una revisión de oficio de la sentencia de instancia y de casación inadmisibile desde todo punto de vista para alcanzar la conclusión estimatoria de la demanda.

En atención a lo expuesto formulamos el presente voto particular.

Madrid, a tres de julio de dos mil veinticuatro.—César Tolosa Tribiño.—Concepción Espejel Jorquera.—Firmado y rubricado.