

LA LEY PRESUPUESTARIA COMO EL BÁLSAMO DE FIERABRÁS QUE SANA TODOS LOS DELITOS DE LOS GOBERNANTES. UN COMENTARIO A LAS SSTC DE LOS ERE

**The budget law as the balm of fierabras that heals
all the crimes of rulers. A commentary on the Constitutional
Court judgments on the ERE case**

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO

Universidad de Granada

arobledo@ugr.es

Cómo citar/Citation

Ruiz Robledo, A. (2025).

La ley presupuestaria como el bálsamo de fierabrás que sana todos los delitos de los gobernantes. Un comentario a las SSTC de los ERE.
Revista Española de Derecho Constitucional, 134, 327-358.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.134.10>

Resumen

El estudio analiza las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el caso de los ERE en Andalucía, originado por una denuncia de extorsión en 2009. Examina los hechos aceptados por los tribunales, los problemas jurídicos en la jurisdicción ordinaria y constitucional. Las diez SSTCs mantienen las condenas por prevaricación y malversación por actos realizados en 2000 y 2001, pero anulan los actos del período 2002-2009 al considerar que la inclusión en las leyes presupuestarias de esos años de una partida presupuestaria de nombre «Programa 3.1.L, Administración de Relaciones Laborales», y con el subepígrafe «Aplicación 440.51, Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», era suficiente para enervar la responsabilidad penal de todos los acusados. El autor considera que para llegar a ese resultado el TC tuvo que, primero, contradecir tres líneas jurisprudenciales previas y, después, realizar unas interpretaciones discutibles de los tipos penales de la prevaricación y la malversación. Además, el TC olvida que los conceptos presupuestarios no pueden ser base legal suficiente para excepcionar toda la legislación sustantiva sobre tramitación y control de las subvenciones autonómicas.

Palabras clave

Ayudas sociolaborales; derecho a la legalidad penal; expediente de regulación de empleo; ley presupuestaria; jurisdicción constitucional; jurisdicción ordinaria; malversación; prevaricación; presunción de inocencia; Tribunal Constitucional.

Abstract

This study analyses the Constitutional Court's judgments on the ERE case in Andalusia, triggered by an extortion complaint in 2009. It examines the facts accepted by the courts and the legal issues in ordinary and constitutional jurisdictions. The ten SSTCs uphold the convictions for prevarication and embezzlement for acts carried out in 2000 and 2001. However, the convictions for the period 2002-2009 were overturned on the basis that the including the "Programme 3.1.L, Labour Relations Administration", and the subheading "Application 440.51, Transfers to the IFA in matters of labour relations" was sufficient to negate criminal liability. The author argues that to reach this outcome, the TC first had to contradict three previous lines of jurisprudence, and then make questionable interpretations of the criminal offences of prevarication and embezzlement. The TC also overlooked the fact that budgetary concepts cannot provide a sufficient legal ground for not applying all legislation on the processing and control of regional subsidies.

Keywords

Budget law; Constitutional Court; constitutional jurisdiction; embezzlement; employment regulation file; ordinary jurisdiction; presumption of innocence; prevarication; right to criminal legality; socio-labour assistance.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS INCONTROVERTIDOS: 1. La evolución del sistema de ayudas sociolaborales. 2. Las disfunciones y abusos del procedimiento extraordinario. III. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: 1. La aprobación de un proyecto de ley como asunto administrativo del Código Penal y la condena sin anulación previa de un acto administrativo por un tribunal de lo contencioso. 2. El ánimo de lucro en la malversación de caudales públicos y los indicios suficientemente incriminarios. IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: 1. La especial trascendencia constitucional de los recursos de amparo para su admisión a trámite. 2. La interpretación de la prevaricación. 3. La interpretación de la malversación. 4. La valoración de las pruebas. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El 1 de abril de 2009 dos empresarios denunciaron ante la Fiscalía de Sevilla un caso de extorsión en la empresa pública Mercasevilla. Lo que en un primer momento parecía un caso localizado de corrupción, adquirió rápidamente una dimensión inesperada a raíz de una enigmática frase captada en la grabación aportada por los empresarios: «La Junta colabora con los que colaboran». Esta expresión desencadenó una serie de investigaciones sobre los expedientes de regulación de empleo tramitados en la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía. Las pesquisas terminaron llevando ante la justicia a más de un centenar de personas por múltiples delitos, destacando la inclusión de los llamados «intrusos»: personas (generalmente relacionadas con el PSOE) que figuraban como beneficiarias en los ERE sin haber trabajado en las empresas afectadas y que habían cobrado gracias a un vulgarmente denominado «fondo de reptiles», cuya denominación oficial respondía a un enigmático concepto en los presupuestos anuales de la Junta, «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», dentro de un programa también enigmático, «Administración de Relaciones Laborales». Según datos del sindicato CC. OO., se estima que fueron 141 intrusos de un total de 6000 beneficiarios, con un coste aproximado de 12 millones de euros para el erario¹.

¹ Véase Lillo Pérez, 2024. En este artículo también se informa de que los «fraudes de relevancia penal en ayudas a empresas ficticias lo fueron por una cuantía de aproximadamente 11 millones de euros».

2. La dimensión del caso exigió su fragmentación en más de doscientas piezas procesales. De entre ellas, la más relevante social y jurídicamente fue la denominada «pieza específica» (o «política», en terminología más mediática), en la que fueron procesados 21 altos cargos de la Junta de Andalucía. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 490/2019, de 19 de noviembre, condenó a 19 de ellos, entre los que destacaban los expresidentes de la Junta Manuel Chaves (inhabilitación especial por 9 años) y José Antonio Griñán (6 años de prisión y 15 de inhabilitación). Esta sentencia fue confirmada esencialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo 749/2022, de 13 de septiembre, sin apenas otras modificaciones que absolver a tres secretarios generales técnicos².

Contra ambas resoluciones, doce condenados interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, de los cuales fueron estimados diez³. Las sentencias parcialmente estimatorias se dictaron, entre junio y julio de 2024, con una clara división interna: siete votos favorables frente a cuatro discrepantes, reflejo del conocido alineamiento entre los sectores progresista y conservador del alto tribunal⁴. En términos generales, el Tribunal Constitucional consideró que las dos sentencias de la jurisdicción ordinaria vulneraron los derechos a la legalidad penal (art. 25 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 CE) de los condenados. Por eso, anuló todos los delitos cometidos a partir del año 2002, que tenían la cobertura de las leyes presupuestarias, y ordenó a la Audiencia de Sevilla que volviera a pronunciarse solo sobre si constituyeron prevaricación las siete modificaciones de crédito aprobadas entre abril de 2000 y noviembre de 2001. El Constitucional, aunque no consideró descabellado que el procedimiento que permitían las leyes presupuestarias facilitara que otras personas pudieran cometer fraudes, estimó que no se puede culpar de ellos a quienes solo aprobaron el proyecto de ley de presupuestos y las

² En la prensa diaria se han publicado muchas cronologías de este caso. Posiblemente, una de la más completas sea Martín-Arroyo, 2022.

³ SSTC 90/2024, de 17 de junio, caso *José Antonio Viera* (recurso desestimado, por genérico); 93/2024, de 19 de junio, caso *Magdalena Álvarez*; 94/2024, de 2 de julio, caso *Miguel Ángel Serrano*; 95/2024, de 3 de julio, caso *Antonio Fernández García*; 96/2024, de 3 de julio, caso *Francisco Vallejo Serrano*; 97/2024, de 3 de julio, caso *Jesús María Rodríguez Román*; 98/2024, de 3 de julio, caso *Carmen Martínez Aguayo*; 99/2024, de 16 de julio, caso *Manuel Chaves*; 100/2024, de 16 de julio, caso *José Antonio Griñán*; 101/2024, de 16 de julio, caso *Juan Márquez Contreras* (desestimado, no hay violación de la presunción de inocencia); 102/2024, de 16 de julio, caso *Gaspar Zarriás*, y 103/2024, de 17 de julio de 2024, caso *Antonio Vicente Lozano Peña*.

⁴ Uso la terminología progresista/conservador, según el uso habitual de la prensa, atendiendo a los partidos que propusieron a cada uno de los magistrados.

posteriores modificaciones de créditos, actos políticos sobre los que los tribunales de justicia no pueden pronunciarse.

3. Desde que la Audiencia Provincial de Sevilla comenzó el proceso, los juristas hemos estado divididos por una serie de problemas técnicos que expresados telegráficamente se pueden resumir en varias preguntas: ¿pueden los proyectos de ley ser catalogados como «asuntos administrativos» para considerar que se ha cometido el delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal?, ¿se puede atribuir «ánimo de lucro» a Griñán y otros acusados a pesar de que no consta que se apropiaran directamente de ninguna de las cantidades repartidas por el IFAS/IDEA para condenarlos por malversación del art. 432 del CP?, ¿son suficientes las pruebas para romper la presunción de inocencia, especialmente en el caso de los condenados por malversación, o se trata de indicios insuficientes?

Después de las sentencias del Constitucional hemos añadido otras dos preguntas a ese elenco: ¿puede el Tribunal Constitucional reinterpretar el tipo penal de la malversación de manera distinta a como lo ha hecho el Supremo o excede sus funciones?, ¿es esa nueva interpretación del Constitucional congruente con el derecho europeo o debilita la lucha contra el fraude y las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros a los que obliga el art. 325.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

Para intentar responder a esos interrogantes me parece necesario que empecemos por el principio, *ad ovo*, como hizo Horacio en *La Eneida*, que se remontó al huevo de Leda, del que nació Helena, para narrar la guerra de Troya.

II. HECHOS INCONTROVERTIDOS

4. La Junta de Andalucía, en ejercicio de las competencias en materia de políticas activas de empleo reconocidas en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, estableció desde la década de los noventa un sistema de ayudas sociolaborales y económicas para empresas en crisis. El objetivo era doble: sostener la viabilidad de empresas con dificultades y garantizar ingresos a los trabajadores afectados mediante expedientes de regulación de empleo (ERE). La Junta financiaba con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de esas 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.

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE AYUDAS SOCIOLABORALES

5. En el período que nos interesa, de 1990 a 2012, esas ayudas se organizaron de tres grandes formas (sigo libremente la STC 93/2024, de 19 de junio, y demás SSTC sobre el asunto, que, a su vez, admiten en lo sustancial los hechos fácticos declarados probados por la jurisdicción ordinaria):

A. *Primera etapa (años noventa): un procedimiento reglado*

Las ayudas eran concedidas y pagadas directamente por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT). Estas subvenciones estaban sometidas a la normativa general en materia de subvenciones, lo que implicaba convocatoria pública y control previo del interventor de la CEDT. Sin embargo, en diversas ocasiones las autoridades autonómicas otorgaron subvenciones sin control previo (por ejemplo, en los casos IAMASA y HAMSA), lo que originó que la Intervención planteara reparos a esas subvenciones. Por eso, se buscó un sistema más ágil.

B. *Segunda etapa (2001-2010): un procedimiento extraordinario*

Se implantó un procedimiento de concesión más flexible y menos fiscalizado, que en principio no tenía ninguna base legal y por el que llegaron a repartirse unos 680 millones de euros. Así, las ayudas fueron tramitadas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (DGTSS), pero abonadas por el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), posteriormente renombrado como Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). Este sistema se articuló mediante un convenio marco firmado el 17 de julio de 2001 y múltiples convenios particulares. No se exigía convocatoria pública ni existía control previo del interventor. El IFA/IDEA actuaba como mero pagador, sin capacidad decisoria, limitándose a abonar las cantidades que le indicaba la DGTSS. Internamente, la contabilidad del IFA reflejaba las operaciones como intermediación financiera.

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 (DGTSS) y el IFA/IDEA, al amparo de un convenio marco firmado entre el consejero de Trabajo y el presidente del IFA de 17 de julio de 2001. Este procedimiento extraordinario era mucho más rápido que el anterior, pues ni había convocatoria pública ni control previo del interventor.

El procedimiento se basaba en un control *ex post*, que se limitaba a i) comprobar la legalidad del pago; ii) examinar las cuentas anuales, y iii) analizar críticamente los programas asignados al Instituto. En la mayor parte de los convenios particulares suscritos entre la DGTSS y el IFA se hizo constar expresamente que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la DGTSS, autorizando esta sus pagos. Por tanto, en estos diez años el IFA lo único que hacía era pagar las cantidades que había decidido la Dirección General de Trabajo a las personas que esta misma Dirección le indicaba. Tanto es así que 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 para percibir de la Consejería, vía transferencias de financiación, 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 DGTSS y el IFA/IDEA, en desarrollo del convenio marco. En fin, en ningún caso llegaron a constituirse las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco.

Ahora bien, en esta primera década del siglo XXI se utilizaron dos instrumentos jurídicos distintos para sortear el procedimiento ordinario de la década anterior:

B.1. Un procedimiento extraordinario sin respaldo legal

En los años 2000 y 2001 al IFA/IDEA se le atribuyeron los fondos para el pago de las ayudas mediante transferencias de financiación que se autorizaban por el propio Consejo de Gobierno, que realizaba modificaciones presupuestarias (exactamente siete, cinco adoptadas en respectivos consejos de Gobierno y dos, de menor importe, por la Consejería de Economía y Hacienda). Así se crearon en el programa 22 E sendas aplicaciones presupuestarias denominadas, respectivamente, «Transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía —IFA—» y «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» (conceptos 440.12.22E y 440.00.22E).

B.2. Un procedimiento extraordinario con respaldo de las leyes presupuestarias

Entre 2002 y 2009, los fondos destinados a que el IFA abonara las ayudas concedidas por la Dirección General de Trabajo fueron incorporados por el Gobierno andaluz a los proyectos de ley de presupuestos, que posteriormente aprobó el Parlamento de Andalucía. Estaban dentro del concepto 440.51,

«Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», incluido dentro del programa 3.1.L, «Administración de Relaciones Laborales». En las correspondientes memorias que acompañaban cada año a los proyectos de ley se hacía referencia a esta partida como «Gestión de subvenciones», «Mantenimiento empleo», y se explicaba como una forma de «[c]ontinuar 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». Y así pasaron a formar parte de la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Presupuestos para el año 2002, y siguientes leyes, hasta su abandono en 2010.

Los importes consignados inicialmente en las leyes fueron todos los años incrementados por las modificaciones presupuestarias que hacía el Consejo de Gobierno.

C. Tercera etapa (2010-2012): vuelta a la normalidad en dos pasos

C.1. Un procedimiento extraordinario sin transferencias al IDEA

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 16 de marzo de 2012. Como explica con claridad la Audiencia Provincial de Sevilla:

[...] todo este sistema fraudulento finaliza con la elaboración del anteproyecto de ley de presupuestos para el ejercicio 2010, puesto que en él se abandona el uso de la partida presupuestaria 440.51, transferencias de financiación a la Agencia IDEA, se deja de usar la referencia al convenio marco de 17 de julio de 2001, y se presupuestan los créditos para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, en las partidas que legalmente siempre habían sido las adecuadas para la concesión de subvenciones, cuáles eran en ese año 2010, la partida presupuestaria 47, ayudas a empresas. Si bien, como seguía sin haber unas bases reguladoras, se siguieron tramitando como subvenciones excepcionales (SAP 490/2019, de 19 de noviembre, FJ 22, pág. 287).

C.2. Un procedimiento ordinario

El Decreto Ley 4/2012, de 16 de octubre, 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, acabó con ese sistema excepcional, derogando esas dos órdenes y estableciendo un procedimiento de subvenciones similar al de los años noventa, a pesar de que no le eran aplicables completamente la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la Ley autonómica General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y 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. De paso, el decreto ley reconoció oficialmente los compromisos que, aunque de forma irregular, vinculaban a la Junta con las aseguradoras que debían abonar las prejubilaciones de los trabajadores, lo que hace que todavía se estén pagando anualmente estas subvenciones provenientes de aquellos expedientes de regulación de empleo; así, los presupuestos de 2025 prevén el pago de 4,1 millones de euros en 2025.

6. Parece relevante señalar que en la exposición de motivos de este decreto ley se hace una vehemente defensa del procedimiento anterior, por lo que no se llegan a comprender las razones para abandonarlo. Más si se leen las vaporosas alegaciones del cambio: «con esta norma se pretende actualizar el sistema normativo que ha venido dando amparo a las ayudas sociolaborales», «avanzar en la participación e información de los ciudadanos en el marco del principio de legalidad y transparencia administrativa», etc.

Como tantas veces sucede en política, la verdadera razón hay que buscarla fuera de los textos jurídicos: el cambio normativo llegó después de que el caso *ERE* se hubiera convertido en un escándalo cuya extraordinaria dimensión puso de manifiesto un informe de la UCO que se conoció en junio de ese mismo año 2012 y que originó el procesamiento de 52 personas, así como la creación de una comisión de investigación en el Parlamento de Andalucía, la primera en diecisiete años⁵. Previamente, el 10 de marzo de 2011, el propio

⁵ La creación de la Comisión de Investigación 9-12/CC-000003, sobre 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 durante el período comprendido entre los ejercicios 2001 y 2010, ambos inclusive fue aprobada por el Pleno del Parlamento de Andalucía de 14 de junio de 2012 (BOPA, IX legislatura, de 18 de junio de 2012, núm. 25, pág. 26). De junio a noviembre de 2012 esta comisión realizó su trabajo, con una serie de comparecencias que atrajeron la atención de los medios de comunicación, por lo que hay mucha información en la prensa diaria. Su dictamen solo fue aprobado en Comisión por el PSOE. Ese dictamen (que centraba la responsabilidad política en el exdirector general de Trabajo) fue rechazado por el Pleno del Parlamento de Andalucía celebrado el 28 de

consejero socialista de Empleo, Manuel Recio, ya había admitido en sede parlamentaria que su consejería había detectado 146 irregularidades en los ERE de 64 empresas, de las cuales se habían «puesto a disposición de la Administración de justicia un total de 70 presuntas irregularidades»⁶.

2. DISFUNCIONES Y ABUSOS DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

7. De una u otra forma todas las sentencias —de la Audiencia Provincial de Sevilla, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional— confirman que el procedimiento excepcional de concesión de ayudas vigente de 2000 a 2010 permitió:

- a) La concesión de ayudas sin publicación de bases reguladoras que garantizasen el conocimiento general por los posibles destinatarios de las ayudas.
- b) La omisión de registro de esas ayudas en la base de datos de subvenciones de la Junta.
- c) La falta del 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.
- d) La ausencia de justificación posterior o seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios.
- e) La concesión de grandes cantidades económicas sin disponer de un objeto concreto.
- f) El empleo de fondos del programa 31L a fines distintos y ajenos a los recogidos para este en los correspondientes presupuestos.

El resultado de ese sistema fue, en palabras del propio Tribunal Constitucional, que se «permittió que percibieran las rentas de las pólizas personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado o que siguieran percibiéndolas

noviembre de 2012, sin que tampoco pudiera aprobarse el voto particular presentado por el PP (que la centraba en el expresidente Chaves y el entonces presidente Griñán) ni el de IU (en diversos consejeros). Véase <https://is.gd/5oAmIU>. Personalmente, tuve ocasión de estudiar la IX legislatura en Ruiz y García, 2015.

⁶ «Comparecencia del Excmo. Sr. Consejero de Empleo ante la Comisión de Empleo, a fin de informar sobre la investigación interna realizada por la Consejería con respecto al caso de los expedientes de regulación de empleo», *DSPA-Comisiones*, VIII legislatura, año 2011, núm. 470, pág. 5.

quienes ya se habían incorporado al mercado laboral» (ya se ha dicho en la introducción que hay contabilizados 141 intrusos), y «que las ayudas fueran concedidas para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutos por asesoramientos jurídicos y avales» (STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 2.1). Además, y ya hablo por mi cuenta, entre los fines diversos para los que se emplearon esos fondos, estaban el de conseguir que los trabajadores de una empresa en crisis como Bilore de Lucena no reventaran un mitin del presidente Chaves en febrero de 2004 (SAP de Sevilla 490/2019, de 19 de noviembre, pág. 547), que la comarca de la Sierra Norte de Sevilla, de donde provenía el director general de Trabajo, fuera la zona que más ayuda recibiera de toda Andalucía, implicando a un buen número de empresas (SAP de Sevilla 287/22, de 8 de junio de 2022, caso *Sector del corcho*), que más de un millón trescientos mil euros acabaran gastándose en artículos de lujo, drogas y fiestas con prostitutas (SAP de Sevilla 68/2024, de 20 de febrero, caso *Chófer de la coca*), etc.

III. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

1. LA APROBACIÓN DE UN PROYECTO DE LEY COMO ASUNTO ADMINISTRATIVO DEL CÓDIGO PENAL Y LA CONDENA SIN ANULACIÓN PREVIA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR UN TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO

8. El art. 404 del Código Penal considera que la prevaricación administrativa la comete la autoridad o funcionario que dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Así que la principal decisión jurídica complicada que tuvo que adoptar la Audiencia Provincial fue la de decidir si las modificaciones de crédito que adoptó el Consejo de Gobierno desde 2000 a 2009, ambos inclusive, y los proyectos de leyes presupuestarias de 2002 a 2009 pueden ser consideradas resoluciones arbitrarias en asuntos administrativos.

No era una cuestión fácil porque no existían precedentes directos, no ya de la Sala Penal del Tribunal Supremo, sino tampoco de cualquier otro tribunal penal español. Los precedentes más cercanos los proporcionaba la jurisdicción contencioso-administrativa, que en reiteradas ocasiones se había negado a juzgar los proyectos de ley en cuanto no eran actos administrativos y sí políticos, iniciadores de un procedimiento legislativo que desemboca en una ley, que solo puede ser controlada por el Tribunal Constitucional (SSTS 1035/2016, 1036/2016, 1037/2016, 1038/2016 y 1039/2016, todas de 10 de mayo; 96/2017, de 24 de enero, etc.).

Por eso, algunos juristas consideraron que las sentencias de la Audiencia y el Supremo erraban porque ni los dos expresidentes ni sus consejeros habrían podido cometer una prevaricación administrativa que, por definición, solo se comete en «asunto administrativo». De manera que estas sentencias habrían invadido los ámbitos reservados constitucionalmente al Parlamento de Andalucía y al Tribunal Constitucional. Tampoco podrían ser condenados por las modificaciones presupuestarias en cuanto se trata de actos administrativos que solo pueden ser enjuiciados por los tribunales de lo contencioso-administrativo, si estos detectaran que «las hipotéticas irregularidades poseen dimensión penal, podrán pasar el tanto de culpa al orden penal pero éste no puede adelantarse porque no posee competencia» (García Fernández, 2019 y 2022).

9. Ya en 2019 manifesté mi discrepancia con ambas tesis (Ruiz Robledo, 2019). La segunda, la idea de que el orden penal solo puede pronunciarse después de que un tribunal anule una resolución administrativa, puede rebatirse con cierta facilidad: primero, no tiene apoyo en ninguna ley procesal, y, después, es contradicha por la práctica de nuestros tribunales, ya que no faltan sentencias penales que revisan ellas mismas si una decisión administrativa fue arbitraria, sin necesidad de esperar a una declaración previa de un tribunal contencioso. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia 496/2019, de 17 de octubre, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en la que se condenaba al alcalde de Montroy como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa por haber promovido la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana de Montroy basado en el «falseamiento de la realidad existente en el momento de la reclasificación». No se esperó a que dicho PGOU hubiera sido anulado por un tribunal de lo contencioso. En la Sentencia 498/2019, de 23 de octubre, el Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga en la que se condenaba al alcalde de Marbella como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa por haber contratado a una letrada para representar a la ciudad, otra vez sin esperar a un enjuiciamiento previo de ese contrato por un tribunal contencioso; etc.

En 2025 se puede añadir un nuevo argumento de mucho peso, aunque no ha convencido a todos los juristas (Quadra Salcedo, 2024): el propio Tribunal Constitucional admite por partida doble en todas sus sentencias sobre los ERE que los tribunales penales pueden determinar por sí mismos si una resolución administrativa es arbitraria y merecedora de un reproche penal. Así, para nada censura que la Audiencia no se esperara a esa hipotética declaración de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anulando por arbitrarias las modificaciones presupuestarias del Consejo de Gobierno. Es más, ratifica expresamente la corrupción de esa forma de actuar:

No puede apreciarse lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la condena por delito continuado de prevaricación por haber efectuado las modificaciones presupuestarias de 18 de abril de 2000, de 28 de julio de 2000, de 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por delegación de la recurrente), de 29 de mayo de 2001, de 18 de septiembre de 2001, de 13 de noviembre de 2001 y de 5 de diciembre de 2001. En relación con estas conductas, los órganos judiciales han efectuado una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal acorde con las exigencias que se deriva de este derecho fundamental (STC 93/2004, de 19 de junio, FJ 5; en parecidos términos, todas las demás).

10. Mucho más difícil es pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la aprobación de un proyecto de ley por parte del Consejo de Gobierno a efectos de su catalogación como acto administrativo susceptible de un reproche penal. Los constitucionalistas lo estudiamos como la fase de iniciativa de un procedimiento complejo, sin sustantividad jurídica propia. Es un acto político que no puede ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa porque no cumple el requisito de ser una «actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo» que exige el art. 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha negado a enjuiciar la legalidad de los acuerdos de aprobación de proyectos de ley decididos en Consejo de Ministros porque el «acuerdo impugnado no alberga propiamente una actuación administrativa» (STS 96/2017, de 24 de enero, FJ 2, reiterando doctrina de la STS 1038/2016, de 10 de mayo, y del Auto de inadmisión 30 de septiembre de 2015, recurso contencioso-administrativo 110/2015).

Ahora bien, que un acuerdo de aprobación de un proyecto de ley presupuestaria no pueda ser objeto de recurso contencioso-administrativo, ¿supone automáticamente que no pueda ser un acto prevaricador sometido al control de los tribunales penales? Lamentablemente, la insuficiencia del lenguaje origina que la misma expresión no tenga siempre el mismo significado en todas las áreas del Derecho. Se puede ilustrar con un ejemplo bien conocido: el concepto de «domicilio» que usa el art. 18.2 de la Constitución, y que se protege en el Código Penal, es distinto (y más amplio) del concepto de «domicilio» que se maneja en Derecho administrativo y en Derecho fiscal. Por tanto, y por extraño que pueda parecer, para saber si el acuerdo de aprobación de un proyecto de ley es un «asunto administrativo» a efectos del Derecho penal, debemos examinar la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y no solo la de la Sala de lo Contencioso.

11. Como ya se señalado más arriba, no hay precedentes estrictos de la Sala de lo Penal determinando si el acto de aprobación de un proyecto de ley

es un acto administrativo a efectos del art. 404 del Código Penal. Sin embargo, sí que ha estimado su propia competencia para decidir sobre el concepto penal de «asunto administrativo» con independencia de lo que hubieran dicho los tribunales administrativos. Es una jurisprudencia constante que la propia Sala de lo Penal había reivindicado antes de su sentencia de los ERE. Por ejemplo, así de contundente se mostró en 2019:

Y en cuanto a la autonomía del Derecho penal para intervenir en temas como el ahora sometido a consideración, recordar que los supuestos donde se dan los delitos de prevaricación se ubican en materia administrativa, de ahí que en muchas ocasiones se oponga por las defensas que se debería dejar su tratamiento al Derecho administrativo en materia de impugnación de actos. Trata sobre ello el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 941/2009 de 29 Sep. 2009, Rec. 635/2008 al recoger que existe tal competencia y autonomía propia para decidir lo que es «asunto administrativo», pero trasladado al orden penal. Y a efectos del delito de prevaricación, no es suficiente con comprobar cuál es el orden jurisdiccional llamado a revisar esa actividad, defendiendo, por su parte, la tesis de «la autonomía del Derecho penal frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico» para pronunciarse sobre el particular. Y, en este sentido, se dice que por «asunto administrativo» no han de entenderse los «asuntos regidos por el derecho administrativo», sino «todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos».

Destaca el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1887/2002 de 13 Nov. 2002, Rec. 304/2001 que «Reiteradamente hemos destacado estas exigencias precisamente para referenciar el límite entre el mecanismo de control jurisdiccional, la jurisdicción contencioso administrativa, y el orden jurisdiccional penal en el delito de prevaricación donde actúa, como principio básico, el principio de intervención mínima que ha de evitar que cualquier desviación o alteración de la actividad administrativa respecto a la ley pueda verse inmersa en un proceso penal».

Como recuerda la STS 1417/1998, de 16 Dic., «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del Derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por vía de reclamaciones en vía gubernativa y, eventualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa» (STS 163/2019, de 26 marzo, FJ 10).

12. Así las cosas, los precedentes de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dejan claro no solo que los tribunales penales no tienen que esperar a que los tribunales de lo contencioso administrativo anulen un

acto para determinar si, además de ilegal, es delictivo, sino que ni siquiera se ven vinculados por las calificaciones previas que esos tribunales hubieran hecho de un acto administrativo. Por eso, determinar si la aprobación de un proyecto de ley por parte del Consejo de Gobierno es o no un «asunto administrativo» es una decisión que le corresponde plenamente al orden penal en el ejercicio de su competencia constitucional de interpretar el Código Penal, sin invadir ni el orden contencioso ni tampoco el ámbito reservado al Poder Legislativo. Como señala la teoría general, y yo mismo he defendido, el derecho fundamental a la legalidad no impide que los tribunales penales seleccionen, entre varias posibles, las normas y las interpretaciones que consideren más adecuadas, «pues se trata de un típico problema interpretativo presente en todos los órdenes jurídicos, la subsunción de unos hechos en una norma» (Ruiz Robledo, 2003: 370).

13. La STS 749/2022, de 13 de septiembre, emplea noventa páginas para elegir uno de los extremos de esta alternativa, comenzando por señalar —con cita de sentencias previas— que «por “asunto administrativo” no han de entenderse los “asuntos regidos por el derecho administrativo”, sino “todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos”» (FJ 20). En sentido similar, recuerda su jurisprudencia previa en la que explica que el concepto penal de «resolución» no se limita a una «resolución administrativa» que da fin a un procedimiento, sino que abarca cualquier acto administrativo con contenido decisorio, incluyendo aquellos que, sin ser definitivos, resuelven aspectos fundamentales o son eslabones necesarios en procesos complejos. Es más: «Esta Sala, en la STS 163/2019, de 26 de marzo, ha considerado como constitutivos de prevaricación la realización de actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor, mediante la formulación de proposiciones contrarias a la ley o informes que no responden a la verdad cuando se hace a sabiendas de que el órgano decisor aprobará la propuesta» (FJ 22).

El Supremo también recuerda en esta sentencia sobre los ERE la finalidad general de la prevaricación, que es castigar la desviación de poder, la cual se puede presentar tanto en una sola decisión como mediante una acción compleja:

En este caso la prevaricación declarada en la sentencia de instancia no ha sido simplemente la adopción de unas resoluciones contrarias a Derecho en los trámites de elaboración y aprobación de las normas presupuestarias. Si la actuación de los acusados se hubiera limitado a esa conducta, nada tendría que decir la jurisdicción penal. Pero en este caso se añade el hecho de que estas decisiones se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el

cumplimiento de las exigencias de las normas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía (FJ 22, *in fine*).

14. Una vez que el Supremo llega a la conclusión de que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, la aprobación de los proyectos de leyes y sus actos preparatorios previos se incluyen dentro de la categoría penal de resoluciones administrativas y que podrían catalogarse de delictivos si se demostrara que se adoptaron con la finalidad de evitar los controles de las leyes sustantivas sobre las subvenciones, pasa a analizar todas las resoluciones que —según la Audiencia Provincial de Sevilla— permitieron una distribución ilegal de fondos públicos: la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la aprobación de los proyectos de presupuestos por el consejero de Hacienda y por la Comisión General de Viceconsejeros; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del consejero, viceconsejero y secretario general técnico; la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias; la concesión de las subvenciones y los convenios suscritos para proceder al pago de las subvenciones, tanto el Convenio Marco de 17-7-2001 como los distintos convenios particulares.

En un muy pormenorizado análisis, que aquí no podemos detallar, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que todos los proyectos de leyes presupuestarias del período 2002-2009 fueron resoluciones administrativas arbitrarias porque los acusados no respetaron las leyes sustantivas que impedían clasificar como transferencias de financiación lo que en realidad eran subvenciones, y lo hicieron con el fin de organizar un sistema que permitiera el otorgamiento de esas subvenciones sin procedimiento y sin control. Al actuar de forma, incumplieron los mandatos legales que establecen «un contenido esencial y limitado, definido constitucionalmente, que impone la inexcusable obligación de respetar las leyes que sean de aplicación. Dicho de otro modo, las clasificaciones presupuestarias no pueden hacerse de modo arbitrario sino que deben respetar los criterios establecidos legal y reglamentariamente y la ley de presupuestos no pueden modificar la naturaleza de los gastos y la regulación que éstos tengan en otras leyes» (FJ 23.2).

Es más, ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones, ni tampoco el régimen jurídico-presupuestario aplicable a las transferencias de financiación. «Sin embargo, los distintos proyectos de ley, con la finalidad última de eludir los controles legales y los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a las subvenciones, incluyeron a sabiendas una clasificación presupuestaria contraria a derecho, incorporando en cada anteproyecto una documentación

que no era suficientemente explicativa del destino que iba a darse a esos fondos» (FJ 23.3.).

Un análisis similar lleva al Tribunal Supremo a considerar también prevaricadoras las demás resoluciones adoptadas por las autoridades de la Junta, muy especialmente las modificaciones presupuestarias, ninguna de las cuales respetó las normas sustantivas —la Ley General de Subvenciones y la Ley General de Hacienda Pública de Andalucía— que les impedían dar la naturaleza de transferencias de financiación a las subvenciones.

15. No es posible detenerse aquí en el análisis de la autoría de cada uno de los condenados por el delito de prevaricación. Basta con señalar que, para el Supremo, la sentencia de instancia recogió pruebas suficientes para confirmar la culpabilidad de quince de ellos, que intervinieron en cada una de las fases de elaboración de los proyectos de leyes presupuestarias a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por las leyes sustantivas; pero que no demostró la de los tres secretarios generales técnicos, de los que no consta su participación en ninguna de las resoluciones adoptadas, aunque pudieran participar en el proceso de elaboración de los proyectos de presupuestos. La responsabilidad penal de esas quince autoridades no se enerva porque los proyectos ley fueran finalmente aprobados por el Parlamento de Andalucía, «dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad» (FJ 23.3).

Sí que parece relevante señalar que el Tribunal Supremo adoptó por unanimidad todo este minucioso razonamiento por el que consideró que los dos expresidentes y seis exconsejeros de la Junta, así como los otros siete altos cargos, cometieron el delito continuado de prevaricación en cuanto crearon y mantuvieron un sistema de concesión de ayudas sociolaborales para evitar todo control administrativo, disponiendo del dinero público de forma discrecional y al margen de toda legalidad.

2. EL ÁNIMO DE LUCRO EN LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y LOS INDICIOS SUFFICIENTEMENTE INCRIMINATORIOS

16. El delito de malversación de caudales públicos, regulado en el art. 432 del Código Penal, sanciona a la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, se apropie o consienta que un tercero se apropie de fondos públicos, o los destine a fines distintos de los previstos. En el caso de los ERE, las cuestiones más complicadas que debían dilucidarse era si los nueve condenados por ese delito actuaron con ánimo de lucro, a pesar de que no se acreditó que se

enriquecieran personalmente con los fondos desviados, y si las pruebas contra ellos eran suficientes para romper el principio de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo 749/2022 (FF. JJ. 32 y ss.) confirma los razonamientos que la Audiencia Provincial había realizado para condenar a estos nueve acusados con una técnica similar a la seguida para el delito de prevaricación: primero explica su jurisprudencia consolidada sobre el delito y después se la aplica al caso concreto. Así, tras un pormenorizado análisis del bien jurídico protegido, la integridad del patrimonio público y la confianza en la gestión administrativa (FJ 32), detalla los elementos típicos que componen sus elementos típicos objetivos (la acción material de apropiarse de dinero público) y el elemento subjetivo (el ánimo de lucro). Este no se limita al enriquecimiento personal directo del sustractor, sino que abarca «su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial (SSTS 507/2020, de 14 de octubre) y que el ánimo de lucro concurre aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (STS 277/2015, de 3 de junio)».

17. En el caso concreto de los ERE, el Supremo considera completamente aplicable su doctrina sobre la malversación porque la acción de los condenados no fue simplemente utilizar un criterio ilegal de presupuestación para la consecución de sus fines, sino que, además, dispusieron de los fondos públicos sin control alguno y al margen de cualquier criterio reglado. Por eso, fue posible que se pagaran las ayudas a trabajadores inmersos en procesos de reestructuración sin efectuar los múltiples controles que las leyes establecen antes y después de su concesión y que el dinero presupuestado se utilizara también para otros «fines distintos y ajenos a los recogidos en las correspondientes fichas presupuestarias» (FJ 39).

18. La sentencia considera que la malversación se puede producir de dos formas: cuando se dispone de los caudales públicos como si fueran propios, de forma libre y arbitraria, al margen de todo control y de cualquier criterio mínimamente reglado, y también cuando se permite que se produzca esa situación, existiendo la obligación y la posibilidad de evitarlo. Atendiendo a esa división, los nueve condenados pueden dividirse en dos grupos: cuatro que realizaban sus funciones dentro de la Consejería de Empleo y, por tanto, adjudicaban directamente las subvenciones (Antonio Fernández, José Antonio Viera, Agustín Barberá y Juan Márquez), y cinco que no lo hacían, pero que con su conducta permitieron que se produjera la malversación (José Antonio Griñán, Carmen Martínez Aguayo, Miguel Ángel Serrano Aguilar, Jesús María Rodríguez Román y Francisco Vallejo Serrano).

Sobre los cuatro primeros, ninguno de los cinco magistrados que dictan la sentencia tiene dudas de su culpabilidad, pues los consideran responsables del descontrol en la gestión y el pago de las ayudas gracias a diversas pruebas

de cargo deducidas de informes, testimonios y documentos que ponían de relieve la ilegalidad de su actuación. En especial, la Sentencia 749/2022 identifica como muy relevante el conocimiento de un informe (Adicional de cumplimiento del IFA del año 2003), elaborado por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo y notificado a distintas autoridades, en el que se hacía constar de forma pormenorizada la multitud de irregularidades que se venían produciendo. En años sucesivos la Intervención de la Junta de Andalucía emitió otros informes en los que aludían a la ilegalidad del sistema que se estaba utilizando, pese a lo cual los distintos responsables de los fondos nada hicieron para evitar la situación.

19. Ahora bien, para los cinco que realizaban sus funciones en consejerías distintas a la de Empleo las pruebas no son directas, sino que se basan en indicios. Y en este único punto se produce una división en el seno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: para la mayoría —aceptando los razonamientos y pruebas de la Audiencia Provincial—, estos cinco acusados asumieron la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Sin embargo, para el voto particular de dos magistradas, ese dolo eventual no se probó suficientemente: no hay «cita específica del sustrato fáctico de ese elemento subjetivo, razonamientos probatorios que pudieran sustentarla, o argumentario jurídico en relación a la previsibilidad de ese resultado fraudulento, especialmente en una estructura caracterizada por el reparto funcional y competencial entre las distintas Consejerías que conforman el armazón de la Administración Autonómica andaluza, que necesariamente se rige el principio de confianza en relación a la actuación de quienes en cada una de ellas desarrollan su cometido» (VP 1).

20. A pesar del esfuerzo argumentativo del voto particular, su tesis no parece convincente porque la malversación no hubiera sido posible sin el cambio en las partidas presupuestarias para permitir las subvenciones sin control. Y no es imaginable que los condenados no fueran conscientes de que al eliminar los controles en el pago de las subvenciones se estaba permitiendo que se usaran para fines distintos de los legales. Es más, que el razonamiento de la mayoría fuera escueto «no quiere decir que no sea suficiente o que carezca de fundamentación normativa y probatoria. Es bastante. Quizás habría que recordar que *contra factum non datur argumentum*» (Dolz Lago, 2022: 13).

En cualquier caso, me parece importante resaltar que la suficiente acreditación, o no, del dolo eventual de estos cinco acusados es la única discrepancia entre los magistrados del Supremo porque a veces, incluso por expertos jurídicos, se comenta que la sentencia de casación fue adoptada por tres votos contra dos (por todos, Martín Pallín, 2022). La realidad es algo distinta: el

Supremo confirmó por unanimidad las quince condenas de la Audiencia por prevaricación y cuatro por malversación. Solo por mayoría, cinco condenas por malversación. Es decir, diecinueve condenas por unanimidad y cinco por mayoría. En porcentaje, el 80 % de las condenas se adoptaron por unanimidad. Solo el 20 % por mayoría de tres a dos. Esta mayoría ajustada lo es bastante menos si recordamos que los tres magistrados de la Audiencia Provincial consideraron suficientes los indicios probados para romper la presunción de inocencia, lo que hace que de un total de ocho magistrados que valoraron las pruebas indiciarias, solo dos las consideraran insuficientes, 25 %, frente al 75 % que sí las estimaron. En fin, las tres absoluciones también se adoptaron por unanimidad.

IV. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS DE AMPARO PARA SU ADMISIÓN A TRÁMITE

21. Como se ha comentado en la introducción, doce de los quince condenados por el Tribunal Supremo en la pieza específica de los ERE acudieron en amparo al Constitucional. Todos los recursos fueron admitidos por la Sala Segunda, que tuvo que avocar para sí su resolución, dada la división existente en las secciones. Así que, ya desde los autos de admisión, se planteó la división entre magistrados *progresistas* y *conservadores*, que luego se mantendría en las diez sentencias parcialmente estimatorias.

Para la mayoría de la Sala, cuatro magistrados, los doce recursos debían admitirse por dos de las causas que el Constitucional enumeró en su ya clásica Sentencia 155/2009, de 25 de junio, en la que interpreta los requisitos del art. 50.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tras su reforma de 2007:

- A) Los recursos planteaban un problema de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina constitucional, «concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo de las actuaciones prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias».
- B) El asunto trascendía el caso concreto porque planteaba una cuestión jurídica de relevante «repercusión social y tiene unas consecuencias

políticas generales en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno, el Parlamento y el Poder Judicial» (Auto 284/2023, de 5 de junio, FJ único; en términos similares, todos los demás).

22. El voto particular de los dos magistrados disidentes considera que los doce recursos de amparo no deberían haberse admitido. Razona su postura contraria a las dos causas de la mayoría basándose en la jurisprudencia previa del propio Tribunal:

- A) Los recurrentes impugnan la interpretación que la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo han hecho de dos artículos del Código Penal (en concreto, el 404, la prevaricación, y el 432, la malversación). Pero la jurisprudencia del Constitucional señala que, en aplicación del art. 117.3, esa labor le viene asignada a esos tribunales ordinarios: «[...] la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos enjuiciados, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, sin que pueda el Tribunal Constitucional sustituirles en dichas tareas ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta (entre otras muchas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3, y 51/2005, de 14 de marzo, FJ 2)».
- B) Admitir el caso *ERE* por su especial relevancia social supone apartarse de los precedentes en la inadmisión de otros recursos de personas condenadas por corrupción en los que no se habían considerado suficiente para la admisión a trámite ni la relevancia política ni la notoriedad pública de los recurrentes, como, por ejemplo, los casos *Noos*, en 2019, y *Gürtel*, en 2021. Especial similitud tiene el caso *ERE* con el caso *Teresitas*, en 2020, de gran repercusión en Canarias, en el que los condenados alegaron la violación del derecho fundamental a la legalidad penal por una «indebida interpretación de los tipos penales relativos a los delitos de prevaricación y malversación».

23. Comparando los argumentos de la mayoría y la minoría se aprecia que, mientras la primera solo considera que se dan dos causas de admisión, pero no las razona, la minoría sí que lo hace. Especialmente fuerte es su argumento sobre los precedentes, que llevaban a no admitir los recursos: «[...] la Sala con la decisión adoptada se ha apartado sin justificación alguna del criterio seguido en asuntos precedentes». Desde luego, el Constitucional, y cualquier otro tribunal, puede apartarse de sus precedentes, pero tiene la obligación de

justificar por qué lo hace. Por decirlo en palabras clásicas del propio intérprete supremo de la Constitución: un tribunal tiene que justificar «en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual» (STC 147/2007, de 18 de junio, FJ 3, doctrina que se ha mantenido inalterable como demuestra su cita reciente en la STC 25/2022, de 23 de febrero, y, por parte del TS, en su ATS (4.^a) de 27 de enero de 2025, Roj: ATS 896/2025).

Al no hacerlo así, la mayoría de la Sala Segunda podría transmitir una apariencia de actuar arbitrariamente; es más, dadas las conexiones en el pasado de algunos de los magistrados con algunos de los recurrentes, toman especial fuerza las críticas de haber actuado *pro amicitia o propter amicitiam* (Rodríguez Ramos, 2024: 9). Lejos de aminorarse, se incrementa esta sensación *pro amicitia* al observar que la Fiscalía ante el Constitucional apoyó la concesión de los amparos, mientras que en los procesos de instancia había acusado a los condenados, rompiendo —sin una mínima explicación— el principio de unidad de actuación que consagra el art. segundo de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LA PREVARICACIÓN

24. Las transferencias de créditos presupuestarios de la Consejería de Empleo al Instituto de Fomento de Andalucía para el pago de ayudas sociolaborales fueron los instrumentos que facilitaron en la década 2000-2009 que el director general de Empleo y otras personas cometieran los delitos de prevaricación y malversación. Como se ha explicado más arriba, al exponer los hechos aceptados por todos los tribunales, estas transferencias se realizaron jurídicamente de tres maneras:

- a) Mediante modificaciones de los presupuestos de 2000 y 2001 acordadas, bien directamente por los Consejos de Gobierno (cinco), bien por la Consejería de Economía y Hacienda (dos). La primera modificación, realizada el 18 de abril de 2000, consistió en aminorar el gasto previsto para «transferencias a empresas privadas», concepto 472, para crear un concepto nuevo, el 440, «Transferencias a empresas públicas y otros entes públicos», partida que no existía en el presupuesto inicial de la Junta de Andalucía aprobado por el Parlamento. En las modificaciones posteriores se usan conceptos similares, especialmente «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» (aplicación 440.00).

- b) A partir de la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2002, y hasta la de 2009, ocho leyes presupuestarias⁷ incluyeron un programa denominado 3.1.L, «Administración de Relaciones Laborales», que incluía el concepto presupuestario 440.51, «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» (luego transformado en IDEA).
- c) Este concepto presupuestario 440.51 fue aumentado casi todos los años con modificaciones de crédito, la primera de las cuales se adoptó por el Consejo de Gobierno el 15 de octubre de 2002 para inyectarle, en números redondos, diez millones de euros, y posteriormente se realizaron otras cinco, según las cuentas del propio Tribunal Supremo, que eleva a trece las modificaciones consideradas delictivas en el período 2000-2009 (STS 749/2022, de 13 de septiembre, FJ 24.1).

25. Pues bien, las diez sentencias parcialmente estimatorias de los recursos de amparo consideran que las dos sentencias recurridas acertaron al condenar a los intervenientes en las modificaciones presupuestarias de 2000 y 2001, pero que vulneraron el derecho fundamental a la legalidad penal de los condenados tanto por participar en la aprobación de los proyectos de leyes presupuestarias de 2002-2009 como por participar en las modificaciones de crédito para incrementar la partida 440.51.

El razonamiento se basa en considerar que esos tribunales hicieron una interpretación «del todo imprevisible del tipo objetivo» de la prevaricación porque las actuaciones realizadas cuando el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa de presentar un proyecto de ley «no pueden considerarse en modo alguno una actuación administrativa. Son actos realizados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su función de gobierno». Y el acto de aprobación del proyecto de ley no puede ser calificado de una resolución, pues «incluso

⁷ Fueron exactamente las leyes 14/2001, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2002; 9/2002, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2003; 17/2003, de 29 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004; 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005; 16/2005, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006; 11/2006, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2007; 24/2007, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2008, y 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

este acto no tiene más efectos *ad extra* que el de, en su caso, posibilitar que el Gobierno ejerza su iniciativa legislativa» (STC 93/2004, FJ 4.4.1a). El Constitucional continúa su razonamiento afirmando que, como el Tribunal Supremo no ha mantenido esa interpretación y ha considerado que el acto de aprobación del proyecto de presupuestos sí es una resolución en asunto administrativo, ha hecho una interpretación extensiva «o analógica» prohibida por el principio de legalidad. Es más: «La determinación del sentido de los elementos típicos “resolución” recaída en “asunto administrativo” que ha efectuado la Sala de lo Penal no puede deducirse del hecho de que sean actuaciones que hayan de adoptarse en un procedimiento regulado por normas, pues deducir de tal hecho su carácter de “resolución” y de “asunto administrativo” no encuentra respaldo en el entendimiento que de estos conceptos tiene la comunidad jurídica» (*ibid.*).

26. Para el intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Supremo no solo erró, violando el derecho a la legalidad penal, al interpretar estos dos conceptos de resolución y asunto administrativo del art. 404 del Código Penal, sino que también lo hizo al interpretar un tercero, «arbitraria». Ello es así porque el Supremo considera que las órdenes de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998 y de 4 de junio de 2003 sobre elaboración del presupuesto establecían un sistema por el cual las transferencias de financiación debían destinarse al equilibrio de la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad; pero eso no significa

[...] que esta exigencia normativa no pueda ser modificada y para ello los cambios han de quedar concretados en primer término en los trabajos preparatorios de las leyes. La ley de presupuestos es un instrumento idóneo para efectuar esta modificación. La modificación de la normativa presupuestaria por este cauce nunca puede ser delito ni tampoco puede serlo la elaboración del texto articulado por quienes tienen la iniciativa legislativa. De otro modo, como ya se ha dicho en la STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 7, a la que antes se ha hecho referencia, se petrificaría el ordenamiento jurídico, negando el carácter dinámico que le es inherente [...]. A tenor de lo expuesto, es indubitable que las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004, 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 habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía. Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las referidas leyes de presupuestos tienen este alcance, han efectuado, también por este motivo, una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico «arbitrariedad», lesiva del art. 25.1 CE (STC 93/2004, FJ 4.4.1b).

27. Los votos particulares a las distintas sentencias del Constitucional se centran en analizar la delimitación entre sus propias funciones, como garante último de los derechos fundamentales, y las del Tribunal Supremo, como máximo intérprete de la legislación ordinaria. Según recuerdan, la doctrina tradicional del Constitucional es la de considerar que él no puede corregir la interpretación de la legislación que haga la jurisdicción ordinaria, salvo que esta sea manifiestamente arbitraria o errónea y suponga una violación evidente de un derecho fundamental. Es más, la Sentencia 93/2024 «rectifica 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». Y contradice su propia jurisprudencia:

[...] 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] (STC 93/2024, VP del magistrado César Tolosa Tribiño, 2.1).

28. Los votos particulares no solo discrepan de las sentencias en su concepción de los límites de la jurisdicción constitucional, sino que tampoco consideran que las interpretaciones de los tres conceptos en disputa del art. 404 que hizo el Supremo fueran extensivas e imprevisibles. Más bien consideran que es la mayoría del Constitucional la que malinterpreta —cuando no ignora— los razonamientos del Supremo, pues este no fiscaliza el contenido de las leyes presupuestarias, sino que valora los trabajos preparatorios, «una actividad previa y separable que tiene naturaleza administrativa según la legislación vigente y la doctrina constitucional, en contra de lo que sostiene la mayoría de este tribunal [...]. No es en el ámbito de la inconstitucionalidad de leyes de presupuestos donde se mueven las sentencias impugnadas, sino en el de la creación de un marco jurídico aparentemente neutro a cuyo amparo pudiera actuarse disponiendo de ingentes cantidades de dinero sin control efectivo alguno» (STC 93/2024, VP de los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, 2).

29. En mi particular opinión, ya expuesta más arriba (epígrafes 12-15), es perfectamente posible considerar la aprobación de un proyecto de ley por parte de un Gobierno desde dos perspectivas: como un acto de gobierno que inicia un procedimiento legislativo, y, por tanto, no puede ser recurrible ni ante la jurisdicción contencioso-administrativa ni ante la constitucional, y como una resolución controlable por los tribunales penales, que, llegado el caso, pueden calificarla de arbitraria y a sus redactores atribuirles el delito de prevaricación en cuanto se incardina dentro de un sistema pensado para saltarse todos los controles administrativos. Las sentencias del Constitucional se esfuerzan por argumentar que solo es un acto político y de trámite, por lo que no es apto para cometer una prevaricación. Con este propósito, explican *in extenso* la teoría de la separación de poderes y el carácter de la ley como norma no controlable por la jurisdicción ordinaria —algo que en puridad nadie discute—; pero silencian los argumentos del Supremo, expuestos minuciosamente a lo largo de noventa folios, para considerar que la decisión de aprobar un proyecto de ley es un acto administrativo, primero, sometido al Derecho en su elaboración —que le marca límites en cuanto a su contenido—, y, después, con sustancia propia como para ser considerado un acto a los efectos del art. 404. Lo que le ha llevado a escribir al magistrado César Tolosa que «causa tanto desconcierto y desazón [que] en las veintiocho páginas de los antecedentes de hecho de la sentencia no se dedique ni una sola línea al contenido del razonamiento de las resoluciones impugnadas —luego cuestionado— en el que se califica la conducta de la recurrente de delito de prevaricación administrativa» (*ibid.*).

Pero hay algo más: en ese esfuerzo de anular la calificación del proyecto de ley como acto autónomo, el Constitucional llega a escribir frases muy discutibles desde el punto de vista de la teoría de las fuentes, como cuando afirma: «Si los proyectos tuvieran que respetar el contenido de las normas nunca podrían llevarse a cabo las modificaciones de las leyes existentes, pues los cambios normativos tienen como objeto establecer una legislación diferente de la que se encuentra en vigor» (STC 93/2024, FJ 4.3.4). La frase es impecablemente exacta si se le aplica a un proyecto de ley de carreteras de la Junta de Andalucía que pretendiera cambiar la legislación andaluza existente hasta la fecha, pero inexacta si en el proyecto se incluye un artículo con el fin de modificar una ley orgánica estatal. En el *avispero de las fuentes* que es el ordenamiento jurídico moderno (Predieri, 1989), es indudable que cada autor de un proyecto de ley tiene que respetar el contenido de todas las normas que le afectan (empezando por la Constitución) y no pueden ser modificadas por ese proyecto de ley.

30. Precisamente, eso es lo que no hicieron los miembros del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía condenados por prevaricación al aprobar los

proyectos de ley: incluyeron partidas presupuestarias que legalmente no podían incluir. El Constitucional razona que aunque las órdenes de la Consejería de Hacienda de 1998 y 2003 impedían incluir en los presupuestos transferencias de financiación para pago de subvenciones, la propia ley de presupuestos cambió esa prohibición siendo el «instrumento idóneo» para ello (véase el razonamiento completo más arriba, epígrafe 27). Al razonar así, se está olvidando que no eran las órdenes sobre la elaboración de presupuestos las que establecían la prohibición de hacer transferencias distintas a la aportación de capital a las empresas públicas «destinadas a financiar, de forma genérica, la actividad propia» (art. 58 bis.1 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía), sino la legislación substantiva, que en ningún caso podría ser cambiada por el título —más o menos esotérico— que se le diera a una aplicación en las leyes presupuestarias. Teoría que era ampliamente compartida por la *comunidad jurídica* que había intervenido en el caso antes del Constitucional:

Tanto los tres magistrados que dictaron la sentencia de instancia como los cinco que aprobaron la de casación coincidieron en calificar la conducta de la recurrente como prevaricación del art. 404 CP. Una interpretación apoyada además por el Ministerio Fiscal, que mantuvo la acusación ante la Audiencia Provincial y ante el Tribunal Supremo por este delito, y por los juristas del Tribunal de Cuentas del Estado, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Intervención General autonómica y los servicios jurídicos de la Junta de Andalucía cuyas resoluciones e informes detallados sobre las ilegalidades cometidas se extractan oportunamente a lo largo de las sentencias recurridas, y que la sentencia de la mayoría niega de raíz (STC 93/2024, VP del magistrado César Tolosa, 1).

Pero, además, la incorrecta inclusión de la aplicación 440.51, «Transferencias al IFA (o IDEA) en materia de relaciones laborales», se hizo con una voluntad manifiesta, de la que existen sobradas pruebas en las sentencias de instancia: poder repartir las subvenciones sin sujetarse a ningún procedimiento administrativo, muy especialmente la fiscalización de los interventores. Voluntad que para nada se hizo explícita ante el Parlamento de Andalucía⁸, lo que permite afirmar que la intervención de ese poder legislativo —a modo de «instrumento humano»— no interrumpió —como parece defender el TC— «la cadena causal

⁸ El magistrado Ricardo Enríquez Sancho resalta este ocultamiento en los proyectos de ley: «Ni siquiera en las memorias o en las fichas correspondientes se decía que la previsión de esa partida, como cambio de presupuestación, obedeciera a la finalidad de eludir los controles que aquellas normas legales sobre subvenciones exigían para la concesión de estas» (STC 94/2024, VP de ese magistrado, 3i).

puesta en marcha con la aprobación de los anteproyectos y los proyectos de Leyes de presupuestos» (Gimbernat Ordeig, 2025: 271).

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA MALVERSACIÓN

31. Las sentencias del Tribunal Constitucional que amparan a los condenados por malversación al considerar que se ha violado su derecho fundamental a la legalidad penal hacen un razonamiento similar al realizado en el caso de la prevaricación, considerando que la inclusión en las leyes presupuestarias de una aplicación, 440.51, «Transferencias al IFA (o IDEA) en materia de relaciones laborales», es una razón suficiente para convertir en imprevisible la interpretación que hace de la malversación el Tribunal Supremo: «[...] 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» (STC 94/2024, FJ 5.3.iii).

Sin embargo, el argumento confunde la inclusión de una partida en las leyes presupuestarias con una autorización indiscriminada para emplear ese dinero público en financiar expedientes de regulación de empleo sin seguir ningún procedimiento de asignación de subvenciones, ni el más mínimo control, que es lo que hicieron los condenados. Como expresa con claridad uno de los votos particulares:

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 (STC 94/2024, VP del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, 2).

Por decirlo con una paráfrasis cinematográfica, un concepto presupuestario no puede ser una *licencia para delinquir* cuando sigue vigente y sin modificar el Código Penal.

4. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

32. Además de la violación del derecho a la legalidad penal, el Tribunal Constitucional considera que cinco de los condenados por prevaricación también vieron conculado su derecho a la presunción de inocencia en las sentencias recurridas porque los órganos judiciales no han argumentado suficientemente la culpabilidad de los condenados. Para llegar a esa conclusión, en cada uno de los recursos analiza detenidamente las pruebas, que le van pareciendo insuficientes. Así, por ejemplo «los informes de la Intervención que la sentencia de instancia analiza como medio de prueba acreditativo del tipo subjetivo de la malversación no llegan a demostrar que el señor Serrano Aguilar hubiera realizado los hechos que se le atribuyen (la firma de los convenios particulares) con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública» (STC 94/2024, FJ 6).

Al revisar con ese grado de detalle las pruebas, el Constitucional abandona su anterior jurisprudencia, en la que consideraba que solo podía anular una valoración de pruebas si «puede tildarse de irrazonable, arbitraria o patentemente errónea» (por todas, la STC 199/2013, de 5 de diciembre) para exigir ahora que sea «suficiente». No se alcanza a ver la diferencia entre ese control del Constitucional y el de casación que hace el Supremo, por no decir que el del primero es más estricto que el del segundo (véanse epígrafes 20-21). Olvida así que la libre valoración de la prueba le corresponde al juzgador en instancia (art. 741 LECrim), como él mismo venía afirmando hasta estas nuevas sentencias:

[Al TC] no le corresponde 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).

Por eso, no es de extrañar que los votos particulares, manteniéndose en la doctrina previa de un control limitado, hayan considerado que las sentencias han invadido el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria:

Desde la proclamada falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de

oportunidad, puede indicarse que el discurso de las sentencias por las que se ha sustentado que el recurrente actuó con conocimiento de la ilicitud del comportamiento no es irrazonable, sin que nos corresponda enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él (STC 94/2024, VP particular conjunto que formulan los magistrados César Tolosa Tribiño y Concepción Espejel Jorquera, 5.6).

V. CONCLUSIONES

33. La Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo han considerado que durante una década (2000-2009) se organizó en la Junta de Andalucía un sistema ilegal de reparto de subvenciones en los expedientes de regulación de empleo. Por eso, quince altos cargos —entre los que se incluían nada menos que dos expresidentes y seis exconsejeros— merecieron ser condenados por prevaricación, y algunos de entre ellos, también por malversación. El Tribunal Constitucional ha reducido esos diez años a dos. Es decir, que la discrepancia entre tribunales radica en el tiempo que duró el sistema delictivo, no en que no existiera. Si esto es así, no se entiende que en algunos ámbitos políticos, incluso jurídicos, se haya hablado de «un gran montaje destinado, caiga quien caiga y a pesar de todo, a sentar en el banquillo y condenar a gran parte de la cúpula de sucesivos gobiernos de la Junta de Andalucía del PSOE» (Gracia, 2024). No parece que se merezcan muchos homenajes de desagravio quienes en lugar de haber sido condenados por delitos cometidos durante una década lo sean porque se le ha rebajado el plazo a un bienio.

34. Mientras el Tribunal Supremo hace un esfuerzo ímprobo en su STS 749/2022 tanto por justificar su propia competencia para interpretar los tipos penales como por razonar, basándose en su propia jurisprudencia, por qué considera que los proyectos de ley y las modificaciones de créditos presupuestarios pueden ser resoluciones arbitrarias, el Constitucional orilla esos razonamientos, se centra en los proyectos como actos preparatorios de la ley y en las modificaciones como actos del Gobierno equiparables a la ley. Lo que lo lleva a considerar que la jurisdicción ordinaria violó el derecho a la legalidad penal de los condenados. Para llegar a estas conclusiones abandona, sin justificarlo, su jurisprudencia previa sobre tres asuntos: las causas de admisión de los recursos de amparo; su papel en la definición de los tipos penales, y su control de la valoración de las pruebas. Todo lo cual hace que pueda afirmarse que en las diez sentencias parcialmente estimatorias sobre los ERE, lejos de mantenerse como un tribunal defensor de los derechos fundamentales que practica el *self-restraint* para no invadir el ámbito de la jurisdicción

ordinaria, haya pasado a convertirse en un tribunal de casación, incluso, de apelación.

* * *

35. CODA: la decisión que la Audiencia Provincial de Sevilla adoptó en marzo de 2025 de consultar a las partes (Fiscalía, defensas y acusaciones particulares; entre las que no estaba la Junta, que se había retirado del caso en 2017) sobre si debía cuestionar las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los ERE ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea originó una reacción del presidente del Tribunal Constitucional reclamando la providencia y un debate en el seno del propio Constitucional sobre cómo garantizar su propia jurisdicción, que concluyó con el anuncio del 9 de abril de que no realizaría ninguna acción para impedir esta consulta. Al actuar así, el Constitucional ha sido respetuoso tanto con el ámbito de decisión de la Audiencia (a la que le corresponde en exclusiva decidir si presenta o no la cuestión) como con la propia jurisprudencia de TJUE, que no ha dudado en aceptar cuestiones provenientes de tribunales ordinarios impugnadores de sentencias de tribunales constitucionales, como ha sucedido en las STJUE de 15 de enero de 2013, asunto *Križan*; de 21 de diciembre de 2021, asunto *Euro Box Promotion*, y en la de 26 de septiembre de 2024, asunto C-792/22 (Mangas, 2025).

Bibliografía

Dolz Lago, M. J. (2022). Caso «ERES de Andalucía»: condena del ex presidente de la Junta por delito de prevaricación administrativa en concurso medial con malversación de caudales públicos. *Diario La Ley*, 21-11-2022. Disponible en: <https://is.gd/EUn0Z1>.

García Fernández, J. (2019). La Sentencia del caso ERE: el Poder Judicial quebranta el principio de separación de poderes. *Sistema Digital*, 22-11-2019. Disponible en: <https://is.gd/Z4v6rz.i>.

García Fernández, J. (2022) Otra vez la quiebra del principio de separación de poderes. *Nueva Tribuna*, 31-7-2022. Disponible en: <https://is.gd/1nyMNF>.

Gimbernat Ordeig, E (2025). *El proceso del procés, amnistías e indultos, sólo sí es sí y otros ensayos penales*. Madrid: Iustel.

Gracia, M. (2024). El auténtico fraude de los ERE. *El Diario.es*, 26-6-2024. Disponible en: <https://is.gd/ZBB64H>.

Lillo Pérez, E. (2024). Sentencia ERE: el Constitucional no ha invadido competencia alguna del Supremo. *Eldiario.es*, 29-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/jmWhht>.

Mangas Martín, A. (2025). El TC enfrentado a la independencia judicial y a la UE. *El Mundo*, 7-4-2025. Disponible en: <https://is.gd/fnzlFl>.

Martín-Arroyo, J. (2022). El ‘caso ERE’, paso a paso: de la grabación de una extorsión a la sentencia del Supremo. *El País*, 26-7-2022. Disponible en: <https://is.gd/clcEJb>.

Martín Pallín, J. A. (2022). ‘Caso ERE’: una sentencia equivocada y un indulto justificado. *El País*, 9-11-2022. Disponible en: <https://is.gd/IWdkjd>.

Predieri, A. (1989). Sistema de las normas y avispero de las fuentes (El constitucionalismo actual cuarenta años después de la Constitución italiana). Entrevista de Pablo Pérez Tremps al profesor Alberto Predieri. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1, 13-34.

Quadra-Salcedo, T. (2024). El Tribunal Constitucional y las sentencias sobre los ERE: el normal funcionamiento de las instituciones (y III). *El País*, 18-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/5MnQEK>.

Rodríguez Ramos, L. (2024). ¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal?: Luz y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces. *Diario La Ley*, 21-10-2024. Disponible en: <https://is.gd/Qu4nCP>.

Ruiz Robledo, A. (2003). *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ruiz Robledo, A. (2019). Conceptos constitucionales en la sentencia de los ERE. *El País*, 18-12-2019. (Ahora en *La mirada de Argos. Pequeño tratado constitucional de política española*, Madrid, Editorial Reus, 2020, pp. 151-154).

Ruiz Robledo, A. y García Hípola, G. (2015). El Parlamento de Andalucía. *Anuario Político de Andalucía*, 18-30.