**NOTA INFORMATIVA DE LA SALA SOBRE LA SENTENCIA DEL ‘CASO ERE’ Y VOTO PARTICULAR**

La Sala II del Tribunal Supremo ha resuelto los recursos interpuestos contra la sentencia de 19 de noviembre de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla (rollo 1965/2017), dictada en la llamada “pieza específica” del caso ERE, en la que se enjuició a los principales responsables políticos y administrativos de la Junta de Andalucía que intervinieron en la gestión, concesión y pago de determinadas ayudas sociolaborales.

El Tribunal ha acordado por mayoría absolver a los Secretarios Generales Técnicos que fueron condenados en la instancia, don Javier Aguado Hinojal, don Francisco Sánchez García y doña Lourdes Medina Varo. También ha decidido reducir la condena de don Juan Márquez Contreras por apreciar la atenuante analógica de reparación del daño. Por último, ha resuelto mantener el resto de las condenas impuestas en la sentencia de la Audiencia Provincial.

La sentencia de casación declara que los distintos responsables 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.

Se mantiene la condena por delito continuado de prevaricación administrativa a quienes concedieron las ayudas y a las distintas autoridades que intervinieron de forma determinante en los procesos de aprobación de las partidas presupuestarias que permitieron su concesión y pago, a sabiendas de que las aprobaban a través de un instrumento jurídico ilegal (transferencias de financiación) y con la finalidad de eludir el control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y la restante normativa de subvenciones aprobada por el Parlamento de Andalucía.

La sentencia también confirma la condena por delito continuado de malversación de caudales públicos a quienes concedieron y pagaron las ayudas y a quienes permitieron que se pagaran conociendo que en la gestión concreta de las mismas se estaban produciendo gravísimas ilegalidades.

Entiende la sentencia que la malversación de caudales públicos se produce cuando se dispone de esos caudales 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.

La argumentación de la compleja y extensa sentencia dictada por el Tribunal puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Nombramiento de juez de apoyo. Se declara que el nombramiento de un juez de apoyo en la fase de instrucción fue legal y no se hizo con la finalidad de sustraer las competencias de la titular del Juzgado de Instrucción, ni con la finalidad de designar un juez ad hoc distinto del que correspondía legalmente.

2. División de la causa en piezas separadas. El hecho de que se declarara en la sentencia de instancia que las malversaciones singulares quedaban excluidas del enjuiciamiento, no era obstáculo para que se acusara y condenara por este delito a los acusados, atendidas las distintas resoluciones que fijaron el ámbito de enjuiciamiento.

No obstante y por aplicación del principio del *non bis in idem*, los condenados en esta sentencia no pueden volver a ser condenados por los mismos hechos.

3. Régimen legal de las transferencias de financiación. Las ayudas sociolaborales se financiaron realizando una clasificación presupuestaria ilegal que tuvo como finalidad eludir todo control administrativo. El instrumento que se utilizó a tal fin fue el de las llamadas “transferencias de financiación” y la sentencia declara que, conforme a la legislación aplicable, las transferencias de financiación no podían utilizarse para el pago de las ayudas sociolaborales, dado que este instrumento financiero sólo está previsto para cubrir los gastos de explotación y las necesidades de capital de las empresas públicas y no para el pago de subvenciones.

4. Régimen jurídico de las ayudas sociolaborales. La sentencia declara que este tipo de ayudas son subvenciones, están sujetas al previo control de la Intervención de la Junta de Andalucía y deben cumplir los múltiples y rigurosos requisitos establecidos en la Ley de Subvenciones de la Junta de Andalucía y demás normativa aplicable.

En este caso no se cumplieron estas exigencias. Las ayudas a que se refiere el proceso se gestionaron y aprobaron de forma libre, discrecional y con omisión completa del procedimiento legalmente establecido.

5. Delito de prevaricación administrativa (artículo 404 CP). La sentencia considera que cometieron prevaricación no sólo las personas que aprobaron las ayudas, sino también quienes otorgaron los convenios que dieron cobertura formal a los pagos y quienes aprobaron las partidas presupuestarias con las que se pagaron las ayudas.

En relación con estos últimos se declara que son resoluciones en asunto administrativo, a efectos penales, las resoluciones esenciales (eslabones necesarios) adoptadas en el proceso de aprobación, tanto de los proyectos de ley de presupuestos de las distintas anualidades (2002 a 2009), como de las modificaciones presupuestarias aprobadas en ese periodo, y en las que se utilizó indebidamente la partida correspondiente a las transferencias de financiación.

La sentencia considera que esas resoluciones no forman parte en sentido estricto del proceso legislativo de aprobación de una ley, ya que ni son adoptadas por el órgano legislativo, ni están sujetas a criterios de discrecionalidad política, sino que están sometidas al derecho administrativo.

Tanto el proceso de aprobación de una ley de presupuestos como la aprobación de una modificación presupuestaria en ciertos aspectos, como el que ha sido analizado en la sentencia (clasificación presupuestaria), se integra por actos reglados, sujetos al derecho administrativo, por lo que ni son actos legislativos, ni actos políticos, exentos de todo control jurídico-penal.

En concreto, se declara que son resoluciones administrativas a los efectos del delito de prevaricación las siguientes: La aprobación de los Proyectos de Ley de Presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, previa a su elevación al Parlamento; 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; 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 17/07/2001, como los distintos Convenios Particulares.

6. Delito de malversación de caudales públicos (artículo 432 CP). Se proclama que la actividad de los acusados no se limitó a utilizar un criterio ilegal de presupuestación para la consecución de sus fines sino que, además, se dispuso de los fondos públicos sin control alguno y al margen de cualquier criterio reglado. Se pagaron 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 el dinero presupuestado se utilizó también para otros fines diferentes, sin cumplir siquiera las finalidades previstas en las correspondientes fichas presupuestarias.

La sentencia considera suficientemente acreditado el descontrol en la gestión y pago de las ayudas por el contenido de un informe pericial elaborado por funcionarios de la Administración General del Estado y ratificado en el juicio, así como por distintos testimonios y documentos. En el citado informe se describen las numerosas ilegalidades cometidas, que son y serán objeto de enjuiciamiento en las distintas piezas separadas que se están tramitando.

Los acusados que tuvieron conocimiento de la gestión concreta de las ayudas y que debían y podían evitar que el procedimiento ilegal continuara han sido condenados por delito de malversación.

En concreto, la sentencia de casación 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 se fueron conociendo otros informes de la Intervención de la Junta de Andalucía 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.

7. Valoración de la prueba. La sentencia de casación analiza pormenorizadamente la prueba de cargo que ha servido de soporte a cada una de las condenas y ha apreciado que en todos los casos el tribunal de instancia contó con prueba de cargo suficiente y que ha sido valorada con arreglo a criterios de racionalidad.

8. Absolución de los Secretarios Generales Técnicos. Los tres condenados que tenían ese cargo han sido absueltos del delito de prevaricación porque, si bien es cierto que intervinieron en el proceso de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias, en la sentencia impugnada no se describe ni se justifica que dictaran resolución administrativa alguna.

9. Reducción de la condena de don Juan Márquez Contreras. Atendiendo a la voluntad impugnativa expresada en este recurso, se ha apreciado de oficio la atenuante de reparación del daño porque este condenado, siendo cierto que conoció la ilegalidad del proceso que se seguía, adoptó decisiones dirigidas a conocer la situación a fondo, regularizarla y aumentar el control de la gestión.

**VOTO PARTICULAR**

La sentencia cuenta con el voto particular que formula la Magistrada Dª Ana María Ferrer García, al que se adhiere la Magistrada Dª Susana Polo Garcia.

La discrepancia del voto particular con respecto a la sentencia mayoritaria se centra en que la condena por un delito de malversación de los cinco acusados ajenos a la consejería de Empleo (D. José Antonio Griñán Martínez, Dña. Carmen Martínez Aguayo, D. Francisco Vallejo Serrano, D. Jesús Rodríguez Román y D. Miguel Angel Serrano Aguilar) no se ajusta a Derecho. La razón es que, habiendo colaborado con sus actos a la implantación de un procedimiento ilegal para la aceleración y agilización del otorgamiento de subvenciones excepcionales en el territorio de Andalucía, con el fin de atender cuanto antes a los problemas que suscitaba la crisis económica en el ámbito laboral y social, se les pretende condenar en la sentencia mayoritaria no solo por un delito de prevaricación, sino también por un delito de malversación derivado de las conductas que realizaron las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo en la fase final de la ejecución de los presupuestos. Estas conductas consistieron en distribuir y repartir el importe de las subvenciones en favor de personas y empresas que carecían de derecho a ellas.

De esta forma se menoscabó en cantidades importantes el caudal público, entregándoles sumas relevantes de dinero a personas y entidades de forma ilegal y con grave perjuicio para el patrimonio de la Autonomía andaluza. Siendo lo cierto que ninguno de los cinco acusados referidos intervino en esos actos fraudulentos del tramo final de la ejecución del presupuesto, ni tampoco tuvo conocimiento de que estaban siendo realizados por autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo. A pesar de lo cual, y sin base probatoria para ello, se les condenó por delito de malversación en virtud de un supuesto dolo eventual que en ningún caso quedó acreditado.

En vista de lo cual entienden las Magistradas discrepantes que D. José Antonio Griñán Martínez, Dña. Carmen Martínez Aguayo, D. Francisco Vallejo Serrano, D. Jesús Rodríguez Román y D. Miguel Angel Serrano Aguilar, debieron por tanto ser absueltos del delito de malversación por haberse vulnerado con su condena el derecho fundamental a la presunción de inocencia.