

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Incidencias procesales ante las nuevas fronteras y zonas de conflicto entre los Órdenes Jurisdiccionales Contencioso-Administrativo y Penal. Una visión práctica a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales.

M^a del Rocío Galvín Fañanás

Letrada de la Junta de Andalucía

José Luis Pérez Pastor

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA INTERCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PENAL. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE DELIMITACIÓN Y CUESTIONES PREJUDICIALES. II. LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS COMUNES Y ELEMENTOS DIFERENCIALES A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE DELIMITACIÓN Y SOLUCIONES POSIBLES. 1. Planteamiento de la cuestión controvertida. 2. Singularidades con respecto al delito de prevaricación administrativa. Elementos comunes y elementos diferenciales con la esencia de la nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Pronunciamientos judiciales. 3. La cuestión prejudicial devolutiva contencioso-administrativa y la intervención consiguiente del Juez o Tribunal especializado del Orden Contencioso-Administrativo. Propuestas de aplicación y mejora del artículo 4 de la LECrim. III. LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SU TRATAMIENTO POR LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MARZO DE 2018, DE 22 DE MARZO DE 2018, DE 11 DE MAYO DE 2018 Y DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018 EN LO QUE RESPECTA A LA ACORDADA EN ELLAS RETROACCIÓN DE ACTUACIONES POR PLANTEAMIENTO DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR CONCURRENCIA DE CAU-

SA DE PREJUDICIALIDAD PENAL. 1. Requisitos configuradores de la concurrencia de la prejudicialidad penal en el seno de procesos contencioso-administrativos. Apreciación de la prejudicialidad. Particular análisis en los casos de pendencia de investigaciones sobre prevaricación administrativa. Pronunciamientos judiciales. 2. Especial referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018, de 22 de marzo de 2018, de 11 de mayo de 2018 y de 13 de septiembre de 2018: acuerdo de retroacción de actuaciones por planteamiento de suspensión del proceso contencioso-administrativo por concurrencia de causa de prejudicialidad penal. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio parte de una visión práctica de las relaciones existentes a nivel procesal entre asuntos que, por sus propias características o por las circunstancias de la incoación de diversos procesos judiciales ante diferentes órdenes jurisdiccionales, aúnan elementos que engarzan tanto con el Derecho Administrativo como con el Derecho Penal. Tal realidad exige una adecuada articulación de los mecanismos que prevé nuestro ordenamiento jurídico requiriendo al mismo tiempo de la implementación de nuevas técnicas normativas que garanticen tanto los derechos de los intervinientes como la obtención de la más eficiente respuesta judicial. Diversos pronunciamientos judiciales nos muestran cómo nuestros Tribunales de Justicia abordan la cuestión y resuelven las planteadas incidencias, conteniendo el presente estudio un compendio de los mismos que completa las reflexiones aquí plasmadas.

ABSTRACT: This study makes a start on a practical vision of the procedural relations between legal cases which, due of their own features or the circumstances of the initiation of different proceedings in different courts, pool elements involving Administrative Law as well as Criminal Law. This reality requires a proper coordination of the mechanisms our legal system consider, and, at the same time, the implementation of new regulatory techniques to guarantee not only the rights of the accused and other actors but also the most efficient judicial decision. Some judicial pronouncements show us how our courts deal with the situation and how the issues are resolved; in this sense, the following study presents a compendium encompassing the above debate.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo. Derecho Penal. Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Orden Jurisdiccional Penal. Prejudicialidad. Pronunciamientos judiciales.

KEY WORDS: Administrative Law. Criminal Law. Administrative Jurisdiction. Criminal Jurisdiction. Preliminary ruling. Judicial pronouncements.

I. INTRODUCCIÓN: LA INTERCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PENAL. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE DELIMITACIÓN Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Que el Derecho es un orden normativo omnicompreensivo de la regulación de la conducta humana en la sociedad puede alzarse como la causa por la que, aun estando distribuida la Ciencia Jurídica en diversas ramas de estudio, existe una interconexión irremediable entre unas y otras vertientes del Derecho. Si a nivel académico dicho ligamen propicia un evidente enriquecimiento doctrinal y una mejor comprensión del conjunto regulador propio de cada materia científica, a nivel práctico, cuando quien entra en juego es el Derecho Penal, genera una situación de controversia jurídica que obliga a delimitar de forma más intensa, dentro de cada Orden Jurisdiccional, las específicas competencias de conocimiento de cada uno de ellos en aras a la necesaria e impuesta evitación de invasiones y de injerencias en el ámbito propio de conocimiento de cada Orden que determina con carácter general el artículo 9 de la LOPJ.

La referencia individualizada al Derecho Penal debe hacerse, inevitablemente, habida cuenta de la específica previsión que, para los supuestos en que se aprecien cuestiones prejudiciales penales en el seno de un asunto del que esté conociendo un órgano judicial perteneciente a otro Orden Jurisdiccional, contiene el apartado 2 del artículo 10 de la señalada LOPJ, que, a diferencia de lo que contempla en el apartado 1, impide temporalmente al otro Orden Jurisdiccional conocer del asunto que se le somete a enjuiciamiento hasta tanto la cuestión penal que se vincula con él sea resuelta por los órganos jurisdiccionales penales correspondientes.

En el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el problema aparece, de forma similar a como ocurre en los demás ámbitos jurisdiccionales, porque tras las actuaciones de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, tras las disposiciones generales de rango inferior a la ley y los reales decretos legislativos, tras la inactividad de la Administración, tras las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho y tras las acciones u omisiones generadoras de responsabilidad patrimonial de la Administración, a los que se refiere el artículo 9.4 de la LOPJ, se encuentran personas físicas, sean empleadas públicas, altos cargos administrativos o cargos políticos, que participan en el proceso de producción de esos actos, actuaciones, disposiciones u omisiones o que directamente los generan y que, por aquella participación o por esa generación, pueden eventualmente verse sometidos a una causa o juicio criminal que, según el artículo 9.3 de la LOPJ, es objeto propio de conocimiento del Orden Jurisdiccional Penal. Si a ello unimos que en el Código Penal figuran tipificados como delitos actuaciones vinculadas con la actividad administrativa que, directa y expresamente, contemplan en la definición

del tipo a las autoridades y a los funcionarios públicos, se hace obligado delimitar qué actuaciones pueden conformar sólo un ilícito administrativo (en el sentido, por lo que aquí tratamos, de provocar una nulidad) y cuáles, en cambio, serían capaces de conformar, además, un ilícito penal.

Junto a esas tradicionales controversias existentes en las relaciones entre el Orden Penal y el Orden Contencioso-Administrativo, en épocas recientes viene surgiendo una nueva problemática con base precisamente en las invasiones de las clásicas fronteras que, desde el punto de vista objetivo, existían entre ambos Órdenes Jurisdiccionales. En nuestra opinión, la reciente política legislativa, encaminada a intentar dar una más intensa respuesta frente a la proliferación de casos denunciados de corrupción, ha derivado en una expansión del Derecho Penal a ámbitos que históricamente han sido propios del Derecho administrativo. Así, la tradicional relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo derivada del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, distinguiendo entre el ilícito penal y la infracción administrativa y, por ende, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, se ha visto ampliada a otros ámbitos ajenos a ese sancionador. Y así, se aboga por incluir en la descripción de determinados tipos delictivos verdaderas relaciones jurídico-administrativas, muy especialmente cuando nos encontramos con las materias que más asiduamente se relacionan con la corrupción política, como pueden ser el urbanismo, las subvenciones o la contratación administrativa¹.

Tal realidad implica que, cada vez en más casos, quien instruya o quien juzgue en ese Orden jurisdiccional deba adoptar decisiones sobre la relevancia penal de hechos conectados íntimamente con relaciones jurídicas de naturaleza administrativa, a veces complejas y de alto contenido técnico, resultando que, en buena parte de esos supuestos, tales resoluciones se producen sin el concurso, al menos, de un integrante de algún órgano jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo. En este sentido, se hace imprescindible abordar el análisis de posibles fórmulas que permitan participar, o cuanto menos, oír al Juez de lo Contencioso-Administrativo en aquellas Causas penales, lo que nos lleva al necesario tratamiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa en el proceso penal que, en cierto modo, ya adelantaba, hace más de 100 años la actual Lecrim en su art 4. En este sentido, no se debe sino partir de las siguientes palabras pronunciadas por el recordado Profesor D. Eduardo García de Enterría:

“[...] el artículo 4 (no nos interesan ahora lo que disponen en materia civil los artículos 5 y 6) ha dispuesto una excepción a esa jurisdicción atrayente del juez penal, en estos términos: “Sin

¹ BAUZÁ MARTORELL, F.J., “La injerencia penal en la invalidez administrativa” en AAVV. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas de XII Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo*, INAP, La Laguna 2017.

embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al juez o tribunal civil o contencioso-administrativo competente... En estos juicios será parte el ministerio fiscal."

El régimen abierto por este precepto (la llamada "cuestión prejudicial devolutiva" o invertida, puesto que implica devolver la jurisdicción para resolver al órgano jurisdiccional competente por razón de la materia, o a título principal como presupuesto de la posterior sentencia penal), según el cual el juez penal debe abstenerse de pronunciarse sobre la cuestión prejudicial cuando esta "fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia", remitiendo su resolución previa al juez civil o contencioso-administrativo, aunque formulada en términos imperativos por la Ley, se interpretó siempre como una mera facultad, la cual, además, se ha aplicado rarísimamente en los más de cien años de vigencia de la excelente Ley de enjuiciamiento criminal. El juez penal español ha sentido siempre, como un atributo de su jurisdicción propia, su superioridad sobre los demás jueces, cuyos procesos paraliza por regla general, y cuyo Derecho propio aplica él mismo con desembarazo al resolver cuantas cuestiones prejudiciales (esto es, atañentes a los derechos propios de otras jurisdicciones) se le plantean para llegar a su propia sentencia penal".²

Expuesta la cuestión como ha sido desde el marco del proceso penal, no puede obviarse su proyección desde el punto de vista del proceso contencioso-administrativo. Y es que la práctica forense ha revelado que en muchos recursos contencioso-administrativos se conoce sobre aspectos que están siendo investigados en una Causa penal. El tema referido no es baladí en una época como la actual en la que la proliferación de investigaciones penales relacionadas con presuntos actos de corrupción en el seno de Administraciones Públicas engarza con procesos contencioso-administrativos en curso. El punto clave se halla en la articulación de adecuados mecanismos de colaboración que eviten tramitaciones en paralelo de procesos penales y contencioso-administrativos que compartan elementos comunes y que puedan llevar a resoluciones contradictorias sobre un mismo aspecto de fondo; ello supone, necesariamente, apreciar de forma adecuada la eventual concurrencia de las cuestiones prejudiciales penales y, por ende, el análisis en cada caso de las circunstancias contempladas en los artículos 4.1 y 5.1 de la LJCA en relación con el artículo 3 a) de la misma y el artículo 3 de la LECr, todo, a su vez, en relación con el artículo 10.2 de la LOPJ y el artículo 40 de la LEC. Es decir, de lo que se trata es de acotar en cada supuesto si la concurrencia de dos posibles procesos judiciales iniciados por dos vías distintas, penal, una, y contencioso-administrativa, otra, hubiera de provocar la

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La nulidad de los actos administrativos quedan constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de prevaricación", en AA.VV. "La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa", Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona. 2010.

suspensión del segundo procedimiento por prejudicialidad en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuantos aspectos estamos mencionando se tratarán desde la óptica de los más recientes pronunciamientos judiciales en que, de cualquier forma, se han estudiado tanto la dicotomía entre el ámbito propio del Derecho Administrativo y el particular del Derecho Penal como los puntos de conexión entre los contenidos de una y otra rama del Derecho.

II. LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS COMUNES Y ELEMENTOS DIFERENCIALES A LA LUZ DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE DELIMITACIÓN Y SOLUCIONES POSIBLES

1. Planteamiento de la cuestión controvertida

La nulidad o no de un acto administrativo es materia nuclear del Derecho Administrativo, determinante de esenciales consecuencias que se ventilan por dicha rama del Derecho. En épocas recientes, sin embargo, estamos incurso en una realidad donde el Derecho Penal, prima facie, está entrando a conocer sobre la nulidad o no de actos administrativos sin que un órgano jurisdiccional del Orden Contencioso-Administración haya tenido siquiera noticia de la posible existencia de una irregularidad de tal naturaleza por no haberse articulado por el interesado un proceso contencioso-administrativo. Autores, entre los que podemos destacar al Profesor Felio José Bauzá Martorell, definen este fenómeno como la “absorción de la infracción administrativa por el tipo penal”³, lo que provoca la distorsión de obviar acudir a la vía natural Contencioso-Administrativa, tratando de conseguir, con el sólo recurso a la Jurisdicción Penal, un pronunciamiento sobre nulidad de un acto administrativo.

La cuestión expuesta no queda en el marco de la teoría sino que se proyecta además en la realidad forense actual dando lugar, en nuestra opinión a prácticas “perversas” que, por un lado, saturan al Orden Jurisdiccional Penal con la instrucción de complejas y prologadas investigaciones desde el punto de vista jurídico-administrativo y con ulteriores eventuales juicios con igual dificultad técnica y duración excesiva temporal, y, por otro, generan desde el principio un castigo al investigado por la “pena de banquillo” dada la habitual repercusión mediática de

³ BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2017).

ese tipo de investigaciones penales, todo ello en supuestos que, en muchas ocasiones, por la circunstancias del caso, debieren quedar extramuros del ámbito Penal. Y es que la práctica diaria nos lleva a observar que todo caso adjetivado como de corrupción, supone, casi de forma generalizada, la inmediata incoación de una instrucción penal dejando totalmente al margen del estudio a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que no ha tenido conocimiento alguno de los hechos que se investigan a pesar de proyectarse, en muchos casos, sobre verdaderas relaciones jurídico-administrativas.

2. Singularidades con respecto al delito de prevaricación administrativa. Elementos comunes y elementos diferenciales con la esencia de la nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Pronunciamientos judiciales

El tipo de prevaricación administrativa, contemplado en el artículo 404 del Código Penal, es el que de forma más evidente refleja cuanto estamos diciendo. El dictado de una “resolución arbitraria” en el seno de un “asunto administrativo”, acompañada de la referencia particular a su producción por una “autoridad” o por un “funcionario público”, obligan a analizar, en el asunto penal en que tal delito se investigue como presuntamente cometido, el contenido de aquella resolución dictada en el asunto administrativo para determinar si concurre o no en ella el elemento objetivo del tipo.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado las notas esenciales que configuran el delito de prevaricación. En este sentido, y por su claridad sistemática, traemos a colación, y reproducimos en parte, la STS n.º 358/2016, de 26 de abril que, con citas de otras, señala los puntos que deben coincidir para apreciar la existencia de un delito de prevaricación:

“[...] la jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 49/2010, de 4 de febrero ; 1160/2011 , de 8/11 ; 502/2012, de 8/6 y 743/2013, de 11/10 , entre otras). En cuanto al elemento objetivo, las sentencias de esta Sala 627/2006, de 8 de junio, 755/2007, de 25 de mayo, y 743/2013, de 11 de octubre, argumentan

que las resoluciones administrativas incurrirán en prevaricación cuando contradigan las normas de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art.9.3 CE, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98; 4/12/98; 766/99, de 18 de mayo; y 2340/2001, de 10 de diciembre).

Y en las Sentencias de esta Sala 657/2013, de 15 de julio, y 49/2010, de 4 de febrero, se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

[...]

Y también se ha pronunciado esta Sala sobre el alcance del término “resolución”. Así, en la 411/2013, de 6 de mayo, declara que por “resolución” se entiende todo acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Se añade que también hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1 , 813/98 de 12.6 , 943/98 de 10.7 , 1463/98 de 24.11 , 190/99 de 12.2 , 1147/99 de 9.7 , 460/2002 de 16.3 , 647/2002 de 16.4 , 504/2003 de 2.4 , 857/2003 de 13.6 , 927/2003 de 23.6 , 406/2004 de 31.3 , 627/2006 de 8.6 , 443/2008 de 1.7 , 866/2008 de 1.12)”.

El delito de prevaricación viene así configurado por las notas de injusticia y arbitrariedad que se dan en aquella resolución que es dictada a sabiendas, en un asunto administrativo por autoridad o funcionario público. La interpretación jurisprudencial de esos requisitos además ha sido restrictiva, para concluir que sólo concurren en el caso de evidente injusticia y arbitrariedad en la resolución adoptada y siempre que ésta se emitiera de forma consciente y a sabiendas de esa injusticia y arbitrariedad.

Ello supone que no toda ilegalidad, es decir no toda vulneración de normas que regulan el ámbito administrativo de que se trate, configura el delito de prevaricación. No toda nulidad absoluta conlleva la existencia de un delito de prevaricación pues se requiere un plus que viene dado por esa injusticia y arbitrariedad.

Para la determinación de la arbitrariedad a efectos de configurar el delito de prevaricación, la jurisprudencia toma como punto de partida los supuestos más graves de que pueden verse aquejados los actos administrativos, a saber, los supuestos de nulidad de pleno derecho que, con carácter general, se contienen en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Como muy bien explica, entre otras, la Sentencia núm. 1658/2003, de 4 diciembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en la misma línea que la ya transcrita de 26 de abril de 2016, “*la acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero)”.*

El problema se genera en la aplicación práctica de tales elementos distintivos entre el mero ilícito administrativo (en el sentido de nulidad del acto administrativo o de la resolución administrativa) y el agravado ilícito penal, y ello por cuanto que, como se ve, se precisa ofrecer una explicación argumentativa y mostrar un resultado concreto material, lo que nos hace movernos en los ámbitos de la interpretación normativa y de la valoración de la prueba que serán lo que, en definitiva, determinarán si nos hallamos ante un acto administrativo en principio válido en Derecho, ante un acto administrativo potencialmente nulo o ante un delito de prevaricación.

Se hace preciso así traer a colación una serie de autos, todos ellos firmes, dictados por órganos jurisdiccionales del Orden Penal del ámbito del territorio de Andalucía que, tras la correspondiente fase de instrucción, niegan la existencia de prevaricación sin perjuicio de la posible concurrencia de irregularidades administrativas cuyo conocimiento debe recaer en el Orden Contencioso-administrativo:

- Auto de 15 de junio de 2016 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Jaén, dictado en las diligencias previas 2136/2014: en él se resuelve sobre la actuación presuntamente prevaricadora/malversadora de personal de una Administración Pública por irregularidades en el proceso de concesión, gestión, justificación y liquidación de subvenciones. La Instructora, partiendo de la configuración del delito de prevaricación, entiende que no acontece dicho delito, al no haber acreditado las diligencias de prueba practicadas irregularidades administrativas determinantes de una ilegalidad arbitraria e injusta. Archiva por ello la Causa respecto a todo el personal investigado de esa Administración.

Dice así el meritado auto en los pasajes que tratan la cuestión:

“Pues bien, de lo actuado hasta la fecha se deduce que no puede imputarse irregularidad alguna en el control que la administración realiza de la ejecución de los cursos para los que se otorgan las subvenciones. Se establecen fases de control, documental y con las oportunas visitas de técnicos sin que se detecten irregularidades relevantes. Y se utiliza la expresión “se detecten” porque a juicio de quien resuelve no existe la posibilidad de control absoluto de todas las actuaciones que realicen los particulares regladas por la administración. Obsérvense los posibles fraudes que se cometen por particulares en relación a sus respectivas obligaciones tributarias, algunos de ellos también integrantes de otras administraciones a las que saquean, para lo que basta examinar la prensa diaria.

[...]

La actuación de los técnicos examinada no aparece irregular en absoluto y si los mismos controlan la ejecución de las actuaciones subvencionadas y no existen irregularidades

detectables, y no reciben órdenes en otro sentido que no sea el de controlar más allá de lo exigible su ejecución, a no probarse lo contrario, existiendo las correspondientes auditorías en los expedientes, y ni tan siquiera la labor policial puede revelarlas más allá de las evidentes, parece que no puede imputarse al jefe de servicio o de los departamentos actuación ilícita previamente revisada por quien se encarga de tal función y menos aún la directora provincial cuya actuación solo rubrica la labor previa de examen, control y fiscalización”.

- Auto de 22 de noviembre de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Almería, dictado en las diligencias previas 6143/2013: este auto resuelve una pieza separada donde se investigaba a una serie de funcionarios por posible prevaricación, por presuntamente haber concedido autorizaciones en materia de aguas prescindiendo de trámites que se entendían preceptivos. De nuevo en este caso, la Instructora, tomando en consideración la descripción del tipo penal de prevaricación y las pautas jurisprudencias para su configuración, entiende que no existe el pretendido ilícito penal, esencialmente por admitirse diferentes interpretaciones en cuanto a la necesidad de esos trámites que se decían preceptivos. La propia diversidad interpretativa impide la prevaricación, puesto que cualquiera de las interpretaciones sería válida y admisible en Derecho.

Reproducimos el Fundamento de Derecho Tercero del citado auto:

“[...] del examen de la documentación obrante en autos y de las declaraciones de los investigados se deriva que el aspecto más controvertido de las resoluciones en las que intervinieron los investigados, es el posible incumplimiento del artículo 4.3 del Real Decreto 1620/2007 por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas y que exige un informe previo por parte de las autoridades sanitarias. Sin embargo, lo cierto es que la Disposición Transitoria Segunda permite aplicar la legislación anterior a aquel Real Decreto a los expedientes ya iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, resultando que [...] ya disponía con anterioridad de una autorización temporal, la exigencia de Protocolo de 1991 de la Gerencia Provincial de Almería del Servicio de Salud, que además ha sido alegado por los investigados como más restrictivo que el informe del RD 1620/2007, lo que motiva que, aun cuando pudiera cuestionarse la legalidad de ambas resoluciones de autorización temporal, esa objeción no alcanza a la patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico exigida jurisprudencialmente y como elemento del delito de prevaricación, tratándose de una cuestión que, en su caso, debería ser resuelta por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pues no reúne los requisitos necesarios para estimarse constitutiva de delito.

En atención a lo expuesto, de las diligencias practicadas no se desprende la existencia de los elementos necesarios para configurar el tipo penal de prevaricación administrativa por el que se inició la presente pieza separada, de manera que teniendo en cuenta el

principio de intervención mínima del Derecho Penal, no existiendo indicios de que los hechos denunciados sean constitutivos de infracción criminal y no estimándose necesaria la práctica de ninguna otra diligencia de instrucción, resulta procedente en el presente supuesto, [...] el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, al amparo del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en costas.”

- Auto de 11 de mayo de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 14 de Sevilla, dictado en las diligencias previas 2393/2013: dicho auto acordó el sobreseimiento provisional de una investigación desarrollada en relación con presuntos delitos de prevaricación y de cohecho, supuestamente cometidos por altos cargos de la Administración, derivados de unas actuaciones administrativas de deslinde en vía pecuaria. Se daba allí, además, la peculiaridad de que, sobre tal deslinde, ya se había pronunciado la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Concluye en torno a ello el auto de 11 de mayo de 2016 que:

“SEGUNDO.- Este delito requiere que la conducta del autor sea dictar una resolución manifiestamente injusta, arbitraria y atentatoria de los principios que rigen el acto administrativo que legitime o autoriza el hecho denunciado, por lo tanto no se trata de una sola actuación incorrecta desde el punto de vista administrativo, sino que requiere “dolo específico” en la conducta de los querellados, también es necesario que se acredite la existencia de un acto administrativo que sea declarado ilegal o ilícito. Pues bien aplicando la presente Jurisprudencia al presente supuesto, nos encontramos que los hechos objetos de este procedimiento han sido denunciados administrativamente [...], basándose la querrela en que los querellados han sido autores de resoluciones injustas, pues bien analizando la actuación de cada querellado, [...], en primer lugar la querellada [...], no es autora de la resolución respecto de la cual se le imputa un delito de prevaricación [...], mientras que la querellada lo único que firmó fue un informe y que las gestiones sobre dicho deslinde fueron planteadas por sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, y que [...], la resolución adoptada no va en contra de lo dispuesto por la sentencia de fecha 25 de marzo de 2002, y que por tanto lo único que existe en las actuaciones pueden ser difusiones administrativas, que han sido ya objeto de recurso ante los Juzgado Contencioso y Tribunales correspondiente, y que por tanto no existen los delitos objetos de este procedimiento [...]”.

Los que se han expuesto, como se ve, son casos en que, incoados procedimientos penales, éstos quedan archivados sin ni siquiera llegar a juicio oral, por entender, en lo básico, que los hechos investigados no tienen transcendencia penal y que deben en todo caso residenciarse en el Orden Contencioso-Administrativo. La proliferación de estos supuestos que traen causa, en muchas ocasiones, de un cada vez

más frecuente uso abusivo de la Jurisdicción Penal, genera una doble problemática: por un lado, para los investigados, a quienes se produce unos innegables y siempre evitables perjuicios económicos, personales y profesionales; y, por otro lado, para la propia sociedad, al aumentar la sensación colectiva de que la corrupción queda sin castigo. El control de ese uso abusivo de la Jurisdicción Penal pasa, en nuestra opinión, por el descubrimiento de correctos mecanismos que conecten con el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, labor a la que nos enfrentamos en el punto siguiente.

3. Soluciones desde la perspectiva penal: la cuestión prejudicial devolutiva contencioso-administrativa y la intervención consiguiente del Juez o Tribunal especializado del Orden Contencioso-Administrativo. Propuestas de aplicación y mejora del artículo 4 de la LECrim

Desde el ámbito de lo Penal, la búsqueda del perfecto engranaje delimitador de las competencias naturales del Juez Penal y del Juez Contencioso-Administrativo y, con ello, de la Jurisdicción Penal y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe comenzar, necesariamente, por el artículo 4 de la LECrim. Ya hemos dicho en la Introducción, exponiendo las reflexiones del Profesor García de Enterría, que dicho artículo 4 (que ha permanecido invariable en su redacción, en lo que aquí nos interesa, desde la entrada en vigor el 31 de octubre de 1882), permite en determinados casos al Juez Penal no pronunciarse por sí mismo sobre el aspecto administrativo que subyazga en el tipo delictivo, sino remitir a un Juez Contencioso-Administrativo la resolución de ese concreto elemento jurídico propio del ámbito material de competencias de su especialidad jurisdiccional.

Si bien la idea plasmada en ese artículo 4 de la LECrim es, desde luego, y a nuestro entender, absolutamente acertada, no parece haber convencido del todo a los órganos judiciales Penales y, ello, no sólo por, como apuntaba García de Enterría, haberlo configurado en la práctica como una mera facultad apenas aplicada desde su plasmación normativa, sino, además, porque el propio Tribunal Supremo ha considerado tal artículo 4 como tácitamente derogado por el artículo 10.1 de la LOPJ⁴ que determina que, “*a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente*”. Tal interpretación, sin embargo, no es compartida por todos los operadores jurídicos, existiendo manifestaciones proclives

⁴ En tal sentido, y entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 450/2007, de 30 de mayo, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1570/2002, de 27 septiembre y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2059/2001, de 29 de octubre.

a la plena vigencia del artículo 4 de la LECrim⁵, quizá por razón de su regulación especial en relación a la norma general del artículo 3 de la LECrim y por el sentido potestativo de la literalidad del artículo 10.1 de la LOPJ que utiliza el vocablo “podrá” en lugar de “habrá” o de “deberá”.

En cualquier caso, la regulación que contiene el texto del artículo 4 de la LECrim requiere un particular análisis desde la perspectiva crítica de su adecuación. Resultando la idea de la prejudicialidad devolutiva, como hemos apuntado, altamente recomendable a la vista de las investigaciones penales que han venido surgido en los últimos tiempos en relación a presuntos delitos supuestamente cometidos por personas integrantes de las Administraciones Públicas en el seno de sus actuaciones administrativas o político-administrativas, cabe plantearse la operatividad de que, en el caso en que la cuestión administrativa no se esté ventilando en un proceso contencioso-administrativo, sean las partes, y no el propio Juez Penal, las que acudan al Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. La redacción del señalado artículo 4 descarta la opción de que sea el Juez Penal el que directamente remita la cuestión a su compañero o compañera especialista. Tal descarte, sin embargo, puede dejar vacía de contenido, para los efectos pretendidos en la instrucción penal o en el proceso de enjuiciamiento penal, a la respuesta que llegue a ofrecer el órgano Contencioso-Administrativo, y ello habida cuenta de que, dado que es el Instructor o el Juzgador quien debe en última instancia acordar si la cuestión prejudicialidad es o no determinante de la culpabilidad o de la inocencia sobre la que se debe pronunciar, debe ser él el que delimite los términos del tema sobre el que se precisa la colaboración del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, en sentido similar a como se lleva a cabo, por ejemplo, en relación a las cuestiones prejudiciales europeas o a las cuestiones de inconstitucionalidad. Con ello, además, se evitarían conflictos de eventuales fraudes procesales vinculados con faltas de legitimación en el concreto asunto a nivel contencioso-administrativo o con superación de los plazos contemplados en el artículo 46 de la LJCA generadora de preclusiones irrecuperables de la interposición de potenciales recursos contencioso-administrativos. Esto último no habría de obstar, sin embargo, a que en el juicio que al efecto se realice por el Órgano de lo Contencioso-Administrativo (juicio al que de forma expresa se refiere el último párrafo del artículo 4 de la LECrim) pudieran intervenir, para los solos efectos de ofrecer su tesis al respecto de la cuestión administrativa, todas las partes personadas en la instrucción o en el proceso penal, y no sólo el Ministerio Fiscal como dispone el señalado último párrafo, y ello, a los siempre deseables efectos de garantía de los derechos de defensa y de obtención

⁵ Así, ROMERO TEJADA, J. M.^a, Teniente Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en “Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, QDL núm. 20 (2009), pp. 153 a 159.

de tutela judicial efectiva que, con mucha mayor intensidad operan en el ámbito de lo Penal⁶. Y respecto del tipo de juicio, lo deseable sería la articulación de un proceso sumario, rápido, preferente y sin opciones de ulteriores recursos judiciales, siendo ello acorde con la necesidad de pronta respuesta que, si cabe más ahora se manifiesta con la reciente reforma del artículo 324 de la LECrim, se espera de la jurisdicción penal.

Habida cuenta de la derogación que se dice producida por el Tribunal Supremo del artículo 4 de la LECrim, la solución propuesta pasaría, al menos:

- Por una reforma de la LOPJ, concretamente de su artículo 10, en la que se contemplara expresamente la especialidad de la cuestión devolutiva contencioso-administrativa en el proceso penal, en la misma forma de particularidad que se contiene en el apartado 2 del artículo 10 de la LOPJ para las cuestiones prejudiciales penales frente a la regla general del apartado 1 del mismo artículo.

- Por una modificación del artículo 4 de la LECrim, para otorgar al Juez Penal la facultad de dirigirse directamente, sin dejarlo al sólo interés de las partes, al Juez de lo Contencioso-Administrativo.

- Por la introducción en la LJCA de un proceso especial de carácter sumario y preferente, y sin posibilidad de recurso, para ventilar la cuestión prejudicial administrativa planteada por el Juez Penal.

Sin perjuicio de las modificaciones normativas propuestas, nada impide que, de acuerdo con las vigentes leyes adjetivas se pueda acudir a otros mecanismos intermedios que, en cierta medida, podrían también paliar las consecuencias dañinas, a todos los niveles, derivadas del abuso del Derecho Penal para la ventilación de cuestiones meramente jurídico-administrativas. Así por ejemplo, recientemente, un Juzgado de Instrucción, ante la notitia criminis de un delito relacionado con presunta corrupción pública, ha dictado auto en que, amén de incoar diligencias previas, pero antes de llamar a ningún investigado, abre un plazo de alegaciones a fin de que los denunciados o querellados pueda pronunciarse sobre una posible falta de jurisdicción⁷.

⁶ *Vg.* desde la perspectiva que tratamos, otorgando en todos los casos y trámites el último turno de palabra a la defensa del investigado o acusado en el Orden Penal, frente a la regla general de intervención siempre en primer término del recurrente o demandante (con la excepción de la vía de recursos, de alegaciones previas, etc.) en el proceso contencioso-administrativo

⁷ Auto de 30 de agosto de 2018 del Juzgado de Instrucción n.º 12 de Sevilla, diligencias previas 1727/2018.

III. LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SU TRATAMIENTO POR LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE MARZO DE 2018, DE 22 DE MARZO DE 2018, DE 11 DE MAYO DE 2018 Y DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018 EN LO QUE RESPECTA A LA ACORDADA EN ELLAS RETROACCIÓN DE ACTUACIONES POR PLANTEAMIENTO DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR CONCURRENCIA DE CAUSA DE PREJUDICIALIDAD PENAL.

1. Requisitos configuradores de la concurrencia de prejudicialidad penal en el seno de procesos contencioso-administrativos. Apreciación de la prejudicialidad. Particular análisis en los casos de pendencia de investigaciones sobre prevaricación administrativa. Pronunciamientos judiciales.

Es cada vez más frecuente en la práctica forense que asuntos que se encuentran sometidos al conocimiento de Juzgados y de Tribunales Contencioso-Administrativos en aspectos puramente administrativos coincidan en el tiempo con investigaciones penales llevadas a cabo por órganos judiciales del Orden Penal en que se esté tratando alguno de los aspectos de los que también conoce el Orden Contencioso-Administrativo en el proceso ante él iniciado o el conjunto del acto, actuación, resolución, inactividad o vía de hecho que conforme el objeto del recurso contencioso-administrativo. En estas situaciones debe entrar en juego el análisis de la institución procesal de la prejudicialidad penal a efectos de determinar si procede o no que el proceso contencioso-administrativo se suspenda hasta la resolución pertinente del órgano judicial del ámbito Penal.

Ya dijimos en la Introducción de este estudio que la apreciación eventual de la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión del particular recurso contencioso-administrativo requiere acudir a las normas de los artículos 4. 1 y 5. 1 de la LJCA, en relación con el artículo 3 a) de la misma LJCA, y del artículo 3 LECrim, todo ello en el marco del ya mencionado artículo 10.2 de la LOPJ y conforme a la concurrencia de las circunstancias determinadas en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria al ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siendo los dos últimos preceptos indicados aplicados por vía de analogía, conforme al artículo 4.1 del Código

Civil, para dar respuesta al supuesto que planteamos. Recordemos lo que señalan los referidos preceptos:

- Artículo 4. 1 de la LJCA: *“la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales”*.

- Artículo 5. 1 de la LJCA: *“la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es improrrogable”*.

- Artículo 3. a) de la LJCA: *“no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública”*.

Artículo 3 de la LECrim: *“por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”*.

- Artículo 10. 2 de la LOPJ: *“no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca”*.

- Artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- “1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.*
- 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:*
 - 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.*
 - 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.*

3. *La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.*
4. *No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.*
5. *En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará por el Tribunal la suspensión, o se alzarán por el Secretario judicial la que aquél hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará por el Secretario judicial que el documento sea separado de los autos.*
6. *Las suspensiones a que se refiere este artículo se alzarán por el Secretario judicial cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación.*
7. *Si la causa penal sobre falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes”.*

Cuestión clave para apreciar la prejudicialidad penal en un proceso contencioso-administrativo es, como se ve especialmente con el artículo 40 transcrito, además de la realidad de la investigación a efectos penales de alguno o alguno de los aspectos tratados en el proceso contencioso-administrativo, que ese aspecto o esos aspectos sean configuradores de cualquiera de las pretensiones que se ejerciten en el proceso contencioso-administrativo y que la decisión del Tribunal Penal pueda tener una influencia decisiva en la resolución del pleito contencioso-administrativo. Resulta así que, en los casos en que la investigación penal deba procurar a los hechos denunciados una respuesta que requiera una interpretación jurídica y técnica tal que exteriorice una instrucción no tanto material sino ideológica (como puede ocurrir en el delito de prevaricación administrativa que especialmente estamos refiriendo en este estudio), cabrá aseverar, a nuestro entender, que la decisión que pueda adoptar el órgano jurisdiccional del Orden Penal acerca de los hechos investigados no tendrá influencia decisiva en la resolución del proceso contencioso-administrativo, pues, en tal caso, la valoración relativa a la conformidad o disconformidad a Derecho del objeto del recurso contencioso-administrativo, sobre la que habrá de pronunciarse el órgano Contencioso-Administrativo, constituirá una apreciación no tanto fáctica, relativa a la prueba de los hechos, sino sobre

todo jurídica; ello provocaría que, cualquiera que fuera la decisión que, en su día, pudiere adoptarse en el proceso penal, no se vería coartado el Juzgado o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo a tener que aplicar, no conforme a los criterios y principios penales sino conforme a los criterios y principios administrativos, las normas, la jurisprudencia y la doctrina del ámbito administrativo y contencioso-administrativo. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁸, pudiendo concluirse de sus palabras que las valoraciones que hayan de efectuarse en el ámbito contencioso-administrativo y en el ámbito penal responderán, en esos supuestos, necesariamente, a parámetros diferentes, pues mientras que en el primero serán valoraciones estrictamente jurídicas y técnicas, conforme a normativa y doctrina administrativa y conforme a jurisprudencia contencioso-administrativa, en el segundo las valoraciones habrán de ser, en puridad y para determinar realmente si concurre o no el tipo delictivo, conforme a pruebas de hechos que certifiquen o que no certifiquen (si hablamos, como decimos, de un presunto delito de prevaricación) un concreto ánimo subjetivo de la persona investigada ligado al conocimiento fehaciente de la injusticia denunciada de su actuación. Y, así, para el particular caso que tomamos como referencia de coincidencia de una investigación penal por prevaricación con un recurso contencioso-administrativo ligado con la actuación administrativa de base de aquel supuesto delito, con la no suspensión del recurso contencioso-administrativo por no apreciación de la prejudicialidad penal (suspensión a la que se alude en el artículo 10.2 de la LOPJ y en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), *“no se produciría propiamente una contradicción entre sentencias, incompatible con el art. 24 de la Constitución de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, por cuanto que la sentencia de la jurisdicción civil no estaría afirmando hechos que la sentencia penal pueda negar, sino que estaría realizando una valoración de determinadas cuestiones contables y financieras conforme a los principios inspiradores del proceso civil, que no exige la existencia de una prueba de cargo, en el aspecto fáctico, ni la aplicación de los criterios valorativos propios del proceso penal, en el aspecto jurídico. Cada orden jurisdiccional tiene una independencia valorativa, acorde con su función y con las características de las pretensiones que ante cada uno de ellos se ejercitan, que justifica que unos mismos hechos puedan ser valorados desde perspectivas diferentes sin por ello vulnerar los arts. 9.3 y 24 de la Constitución”*⁹.

Así, la delimitación del enjuiciamiento correspondiente por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con independencia de la cuestión penal ha sido tratado en las siguientes Sentencias que desglosamos:

- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 1839/2017 de 28 noviembre: caso en que se inició ante el

⁸ Sentencia núm. 24/2016, de 3 febrero de la Sala de lo Civil, Sección Pleno.

⁹ Sentencia núm. 24/2016, de 3 febrero de la Sala de lo Civil, Sección Pleno.

Tribunal Supremo procedimiento de revisión del artículo 83.5 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas en relación a la Sentencia de 20 de febrero de 2015, dictada por la Sección Séptima de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal Supremo, que resolvió, en sentido desestimatorio, el recurso de casación, interpuesto por recurrente en revisión y otro contra la Sentencia de 9 de mayo de 2013 de la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, que rechazó el recurso de apelación interpuesto previamente contra la Sentencia de 11 de octubre de 2011 dictada en primera instancia por el Sr. Consejero de Cuentas en proceso de reintegro por alcance en los fondos públicos. El motivo de revisión venía amparado por la pretendida resolución emitida por las Sentencias señaladas de forma contradictoria con lo resuelto de manera prejudicial por un Tribunal Penal.

El Tribunal Supremo, al resolver la demanda de revisión, analiza pormenorizadamente las circunstancias del caso para llegar a la conclusión de que el Tribunal Supremo no resuelve ninguna cuestión prejudicial penal sino que se limita a tratar el asunto desde la perspectiva propia de su ámbito jurisdiccional genuino de intervención, sin injerencia en el tema penal, y dejando claro que los hechos tratados y probados en uno y otro proceso (el contable y, después, contencioso-administrativo, por un lado, y el penal, por otro) son hechos distintos sin influencia, por consiguiente, de unos y otros en los diferentes procedimientos a los que se exclusivamente se contraen. Dice así el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de 28 de noviembre de 2017:

“*TERCERO*

La recurrente insta el procedimiento de revisión sobre la base del artículo 83.5º LFTC (RCL 1988, 731) , que establece que habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: «5º. Cuando la sentencia se funde en lo resuelto respecto a una cuestión prejudicial que posteriormente fuere contradicha por sentencia firme del orden jurisdiccional correspondiente.»

En el presente caso la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala no resuelve ninguna cuestión prejudicial penal, como afirma la parte recurrente, sino que se limita a aplicar la normativa reguladora de la responsabilidad contable. En ningún momento la sentencia recurrida efectúa un pronunciamiento previo de carácter penal en relación a alguna conducta o cuestión fáctica necesaria para resolver las cuestiones planteadas en el procedimiento de responsabilidad por alcance; la sentencia cuya revisión se pretende, valora exclusivamente hechos relativos a la comisión de una infracción contable, en los términos de la jurisdicción contable que se regula en la LFTC (RCL 1988, 731), sin entrar a valorar en ningún

momento la posible existencia de infracciones penales o la procedencia de la aplicación de normas de naturaleza penal .

Ello implica, consecuentemente, la no concurrencia de la contradicción exigible por el precepto transcrito, puesto que las sentencias de las que se demanda su revisión, se limitan a apreciar una negligencia contable en el manejo de los fondos públicos, en concreto del pago por parte del Consorcio a la entidad MFZ de unas cantidades, entendiéndose que dichos pagos suponían una negligencia ante la extrema importancia de las acciones y omisiones que desarrollaba el concurso y también como Presidente (el Sr. Carlos Antonio) de RILCO, SA., en razón de que la responsabilidad contable es exigible por la asunción irregular de obligaciones derivadas de un contrato. No hay, pues, identidad entre los hechos probados de la sentencia penal y los de la sentencia contable, absolviendo al recurrente en la jurisdicción penal de un delito doloso de malversación propia y de uno de fraude, y declarándose en la contable la responsabilidad, de esta naturaleza, por negligencia grave en el manejo de fondos públicos, sin existencia de dolo, que es justamente por lo que absuelve la justicia penal.

A mayor abundamiento, el recurrente aporta material probatorio de un proceso penal resuelto antes de ser dictada la sentencia contencioso-administrativa objeto de revisión, siendo conocida la resolución dictada en el proceso penal por el tribunal contencioso-administrativo a quo, que pudo, en su caso, haber tomado en consideración dichos documentos a efectos de variar el tenor de su fallo. En efecto, la parte recurrente considera que la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2588) es un pronunciamiento nuevo que afecta al contenido de las sentencias dictadas en el proceso de responsabilidad por alcance al contener pronunciamientos contradictorios con ella. Pero lo cierto es que, insistimos, los pronunciamientos que considera motivadores de la revisión ya eran conocidos por la Sala que dictó la sentencia en el momento de hacerlo y, lo que es más relevante, una vez invocados tales pronunciamientos tuvo ocasión de enjuiciar su aplicabilidad al caso y su virtualidad a los efectos de tener por probados los hechos en los que se basaba la sentencia recurrida. Esto es así porque los hechos invocados por la parte recurrente como contradictorios con la sentencia que se recurre son los hechos contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que fue aportada al recurso de casación resuelto con la sentencia recurrida y con la misma finalidad que se articula en este recurso”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 19 septiembre 2003: trató otro caso de procedimiento de revisión articulado por la vía del artículo 83.5 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Particularmente, se enjuiciaba allí la Sentencia de apelación núm. 42/2002 de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2002, por la que se absolvió al instante del procedimiento de revisión del delito continuado de falsedad en documento

oficial por el que se encontraba acusado. En lo que interesa al caso, la propia Sentencia de 19 de septiembre advierte que:

“[...] los hechos probados por la sentencia del orden jurisdiccional penal, fueron los siguientes:

«Las liquidaciones semestrales de la cuenta de gestión, de carácter obligatorio, que se presentaron por el Real Conservatorio de Música, en el modelo oficial correspondiente, relativas a los ejercicios 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994 no reflejaban la realidad de los gastos realizados al ser los gastos reales realizados muy superiores a las cantidades consignadas por dicho concepto en las citadas liquidaciones (...).»

«Para hacer frente a esos gastos no declarados ante la Dirección Provincial del Ministerio de Educación, por un importe total de 97.362.531 pesetas, fueron desviados ingresos percibidos en concepto de tasas, y como tales ingresados en la cuenta de tasas, a la cuenta de gestión por un importe total 88.027.016 pesetas».

La sentencia, consideró que tales hechos, y dadas las circunstancias del caso, no constituían delito continuado de falsedad”.

Al entender el instante de la revisión que esa Sentencia de apelación había declarado hechos probados que contradecían los hechos probados por la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aclaró la Sentencia de 19 de septiembre de 2003 (Fundamento de Derecho Tercero) que:

“La Jurisdicción penal juzga la conducta de los sujetos imputados y les impone, en su caso, la pena correspondiente, como expresión de su finalidad represiva, en tanto que la Jurisdicción contable sólo pretende resarcir a la Administración perjudicada de los daños ocasionados, evaluándolos con el fin de determinar la responsabilidad contable, como modalidad de la responsabilidad patrimonial.

Esta distinción ha sido proclamada por este Tribunal Supremo y por el Tribunal de Cuentas en numerosas sentencias, constituyendo doctrina reiterada y completamente consolidada.

No obstante, puede ocurrir que los mismos hechos sean apreciados de modo distinto por ambas jurisdicciones en cuyo caso tiene, lógicamente prevalencia la sentencia penal firme, por ello dentro de los motivos del recurso de revisión contable, se ha incluido en el artículo 83, apartado 5º, de la Ley 7/1988, de 5 de abril (RCL 1988, 731), de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, un motivo que no existe en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, que contempla esta posibilidad, pero bien entendido que debe tratarse de pronunciamientos fácticos contradictorios, por ello utiliza el concepto jurídico de decisiones

prejudiciales adoptadas por la sentencia contable, pero este requisito basado en la identidad fáctica no se da en el presente recurso de revisión, por lo que a continuación razonamos.

Segunda. En efecto, los hechos considerados probados y tenidos en cuenta en la sentencia cuya revisión se pretende, consisten lisa y llanamente en que determinados «pagos», por importe total de 3.445.072 ptas, realizados por el Real Conservatorio de Música de Madrid durante el período 1990 a 1994, no han sido justificados mediante los necesarios y obligados recibos, facturas, etc., que constituyen un requisito esencial en la rendición de las cuentas, o cualquier otra justificación, de manera que al no poder aceptarse tales pagos, como una «data», surge necesariamente un descubierto por alcance, de manera que los hechos declarados probados por la sentencia contable son precisamente la falta de la debida justificación de unos determinados pagos.

En cambio, la sentencia penal declara probado que los «estados semestrales» de los ejercicios 1990 a 1994 de los gastos realizados por el Real Conservatorio, remitidos al Ministerio de Educación, no son veraces, porque no reflejaron todos los realizados, sino sólo los que correspondían a los ingresos recibidos del Ministerio de Educación, pero no a los financiados mediante la desviación de las tasas liquidadas, conducta que la sentencia penal, por las circunstancias concurrentes, no consideró constitutiva de delito continuado de falsedad.

Pues bien, la sentencia contable, no discute estos hechos, que consideró inmersos en la «ausencia de una reglamentaria y compleja contabilidad», sino que simplemente probó que alguno de los pagos de esos gastos, carecía de justificación contable estuvieran o no incluidos en los «estados semestrales», circunstancia intrascendente dada la técnica de comprobación de ingresos y pagos o sea de flujos de tesorería, utilizada por la Inspección de Servicios del Ministerio de Educación en su auditoría.

La Sala declara, por lo razonado, improcedente el recurso de revisión”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), Sentencia de 21 septiembre 2001: la indicada Sentencia desestimó el recurso de casación que fue formulado frente a la Sentencia de 16 de abril de 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución administrativa confirmatoria en reposición de una providencia de apremio dictada en relación a una liquidación tributaria por el concepto de tasa por expedición de licencia urbanística de un proyecto de urbanización. Señaló, en lo que aquí interesa, la no concurrencia de causa de alegada prejudicial penal por la recurrente por razón del archivo de las actuaciones instructoras vinculadas con la actuación del órgano administrativo, disponiendo (Fundamento de Derecho Sexto) que:

“SEXTO

El tercer motivo es por infracción del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone: «No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca» y por infracción del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los Jueces y Tribunales, cuando hubieren de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito, suspenderán el fallo del pleito hasta la terminación del procedimiento criminal si, oído el Ministerio Fiscal, estimaren procedente la formación de causa».

La recurrente sostiene que expuso a los responsables del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria que no era procedente liquidarle la Tasa de Licencia Urbanística, por un Proyecto de urbanización, porque la Jurisprudencia mantenía que no era conforme a Derecho, y uno de ellos le dio a entender «que todo estaba arreglado», por lo que dicha actuación provocó la presentación por parte de Añoreta, SA de una querrela criminal, la cual implicaba una cuestión prejudicial penal.

No existe cuestión prejudicial penal, por la sencilla razón de que el Auto de fecha 11 de noviembre de 1996 del Juzgado de Instrucción de Málaga que tramitó la querrela por prevaricación, presentada por la empresa Añoreta, SA, decretó el sobseimiento provisional de las actuaciones seguidas, razonando que «cabe destacar de acuerdo con reiterada jurisprudencia, como la sentencia del TS de 2 de noviembre de 1978, no es procedente la intervención de los órganos jurisdiccionales represivos (penales) en la actividad ordinaria administrativa, que cuenta con cauces propios dentro del orden administrativo para remediar las irregularidades funcionariales que trascienden a los estrechos límites del derecho penal, que obedece al principio de intervención mínima, y en definitiva se han de resolver a través de la rama de lo contencioso-administrativo evitándose una inusual e inmoderada revisión en lo penal de la cotidiana actividad administrativa, lo que ha de limitarse a supuestos de excepción en que aparezca claramente la comisión de un delito funcional con claro desprecio de la legalidad, de forma que tras la investigación realizada en las presentes diligencias no aparecen suficientemente justificados los hechos que las han motivado y por tanto, ante la falta de indicios probatorios de la comisión de un delito de prevaricación por la parte querellada, es procedente en aplicación del artículo 641.1º de la LECrim (LEG 1882, 16) decretar el sobseimiento provisional de las actuaciones».

[..]”

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), Sentencia núm. 20145/2016, de 25 abril: en

un recurso de apelación interpuesto contra Sentencia desestimatoria de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en que lo que constituía objeto originario del pleito era la disposición sobre la designación y composición de los tribunales calificadores para concretas plazas de personal laboral fijo en una Entidad Local, se pronuncia la Sala, en relación a una planteada cuestión prejudicial penal, acerca de la existencia de un procedimiento penal en curso y de la influencia del asunto penal en la decisión a adoptar por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Se determina así en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia que:

“CUARTO

Abordando el primero de los motivos impugnatorios, consta en las actuaciones que en fecha 1 de febrero de 2012 la representación de Doña Reyes interesó del Juzgado suspendiera el proceso por la existencia de una cuestión prejudicial penal, que documentó con la querrela presentada por la demandante por delito de prevaricación ex art. 404 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) contra seis personas (el Concejal de cultura, el Secretario del Ayuntamiento, otros tres empleados públicos del ayuntamiento y un Jefe de sección de la Diputación) y el auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Tomelloso, de 10-1-2012 incoando diligencias previas de procedimiento abreviado 1258/2011. Dado curso, el Ayuntamiento presentó alegaciones no oponiéndose a la suspensión «ante la existencia de la cuestión prejudicial penal planteada». Por providencia de 30-3-2012 se recogió que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) «en el momento que indica se acordará». Con todo, no consta auto decidiendo sobre la suspensión instada y nada particulariza la sentencia al respecto.

El artículo 4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo nos dice la competencia de dicho orden jurisdiccional se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso «salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. Es pacífico en la jurisprudencia y así viene manteniéndose por la Sala en distintas sentencias que solo hay prejudicialidad penal si la cuestión es decisiva para decidir el litigio, de suerte que no basta la existencia de una causa penal sino que la calificación de un hecho como infracción penal afecte al sentido del pronunciamiento (STS 31-1-1997 (Rf 1997, 602). R. 5300/1993), como puede ser el caso de la nulidad que se plantee de un acto administrativo por ser constitutivo de infracción penal o resultado de su comisión (art. 62.1.d) LRJAP -PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)).

En el caso de autos, del contenido de la querrela se extrae fácilmente que, en la tesis de quien la formula, aquí parte apelante, se imputa la autoría de un delito de prevaricación, entre otras personas a D. Melchor, Alcalde del Ayuntamiento de Argamasilla de Alba al

momento de los hechos que, en ejercicio de sus atribuciones públicas dictó la resolución impugnada de 24 de febrero de 2011 (BOP de Ciudad Real de 7-3-2011), designando los miembros de los Tribunales selectivos llamados a intervenir en la selección de personal para ocupar con carácter fijo las plazas laborales de Asesor /a Jurídico y de técnico/a de Empleo del «Centro de la Mujer» (órgano o servicio no se especifica, pero en todo caso municipal). En el relato de las conductas del indicado escrito de querrela hay pormenores sobre actuaciones previas al acto administrativo recurrido (rectificación del proyecto de bases selectivas preparadas «ad personam» tratando de beneficiar a la otra aspirante, esposa del secretario accidental del Ayuntamiento de Argamasilla de Alba, que sólo se cambiaron después de intervenir su comité de empresa, exclusión inicial de la recurrente para participar en el procedimiento selectivo referido a una plaza ocupada durante años como contratada laboral indefinida por la actora y previa selección objetiva), así como posteriores (pormenores del proceso de selección llevado a efecto, con relato de un cúmulo de irregularidades..), pero es innegable que se concibe el contenido de la resolución administrativa aprobatoria de la composición del órgano de selección sin respetar las reglas procedentes para beneficiar injustamente a su competidora en perjuicio propio dada la animadversión del entonces Alcalde querrellado. No hace falta extenderse más sobre esa querrela, acompañada de un número de documentos considerable, admitida a trámite, como sabemos y que según reflejan las actuaciones, lejos de ser archivada, continuó su instrucción, incluso habiéndose confirmado auto del Juzgado sobre práctica de pruebas caligráfica mediante Auto de 2-5-3013 de la Audiencia de Ciudad Real.

Llegados a este punto no es cierto lo que alegan las partes apeladas sobre que en la querrela se denuncia una serie de irregularidades en el desarrollo de los ejercicios y correcciones del mismo por el tribunal calificador, siendo todas ellas referidas a actos distintos y posteriores a los que afecta el recurso contencioso-administrativo. Recoge la querrela actos anteriores a juicio de quien la formula elocuentes sobre la tildada conducta prevaricadora, la aprobación de la composición del tribunal incluyendo miembros con voz y voto sin tener la titulación de licenciado, sólo bachiller precisamente y con lazos personales sobradamente elocuentes para hacer viable la materialización de la injusticia. El relato de conductas posteriores vendría a corroborar lo anticipado con la decisión administrativa tan repetida.

De lo que precede resulta que a juicio de la Sala lleva razón el apelante al denunciar que el Juzgado debió resolver sobre la prejudicialidad antes de dictar sentencia -como, por cierto había anticipado por providencia de... invocando precisamente el art. 40 de la LEC (RCL 2000, 34, 962, 1892) - sin que leamos sobre ese particular contraargumentación en los escritos de oposición de las partes apeladas.

Ahora bien, considera la Sala que la decisión jurisdiccional del orden penal que puede llegar a producirse no afecta al sentido de nuestro pronunciamiento sobre la legalidad o no de la resolución municipal impugnada, no otra que la Resolución aprobatoria de la relación de admitidos y la composición de los órganos de selección”.

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Sentencia núm. 129/2000 de 11 febrero: en un recurso contencioso-administrativo por demanda de lesividad interpuesto por una Entidad Local para conseguir la anulación del acto administrativo, declarado lesivo por esa Entidad Local, mediante el cual la Alcaldesa otorgó un contrato laboral el día 1 de marzo de 1.993, se recoge, en el Fundamento de Derecho Primero, como dato relevante para la resolución del pleito, que el Pleno del Ayuntamiento decidió interponer querrela criminal contra la Alcaldesa que otorgó el contrato laboral citado, por presunto delito de prevaricación, siendo presentada, efectivamente, la querrela en noviembre de 1995, quedando admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción competente. Se recoge en la Sentencia, en sus Antecedentes de hecho, que *“en el escrito de querrela se sostiene la nulidad del contrato por idénticos motivos que los que se exponen en el escrito de demanda de estos autos, a los que luego se hará referencia”*. En el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia se hace especial mención a que *“[...] la persona afectada por el contrato impugnado, aquí demandado, solicita la suspensión de los autos en tanto no se resuelva el juicio criminal, en aplicación de lo dispuesto en el art.º 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 4.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Con independencia de lo anterior, sostiene la legalidad de la contratación laboral impugnada, con cita de los argumentos contenidos en las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a las que se ha hecho mérito, en los autos seguidos por su demanda por despido”*. Con todo ello, se argumenta por la Sala al Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente:

“TERCERO.- Con carácter previo debe examinarse la prejudicialidad penal devolutiva que se invoca y, al respecto, ha de señalarse que el propio art.º 10.2 de la Ley Orgánica priora de efecto suspensivo cuando se pueda prescindir de la cuestión prejudicial penal para la debida decisión (o no condicione directamente su contenido) del asunto que se plantea en otro orden jurisdiccional (en el caso, en el contencioso-administrativo) y ello es lo que ocurre en el presente supuesto ya que la eventual condena penal por prevaricación de la Alcaldesa supondría, de un lado, que la sentencia penal contendría un juicio de ilegalidad jurídico administrativa del acto “para el sólo efecto de la represión”, según dispone el art.º 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, juicio que carecería de fuerza de cosa juzgada ante los Tribunales contencioso-administrativos, y de otro un pronunciamiento añadido sobre la concurrencia del dolo específico para la comisión de ese delito”.

Por su parte, la incidencia prejudicial efectiva de asuntos penales en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se observa, entre otros, en:

- Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 9 de Sevilla, dictado en el procedimiento ordinario 586/2015, que acuerda la suspensión del proceso con-

tencioso-administrativo por prejudicialidad penal habida cuenta de que *“el expediente de subvención del que trae causa la reclamación de cantidad que se aduce en demanda y es objeto del presente recurso [...] parece está siendo objeto de investigación, en el seno de las Diligencias Previas 5072/2013 del Juzgado de Instrucción num. 9 de Sevilla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 de la L.E.C., en relación con el art. 4 de la L.J.C.A., procede acordar la suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad penal”*.

- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictado en el procedimiento ordinario 667/2015, que, confirmado en reposición, matiza que *“la suspensión en el caso de autos no deriva de la vinculación a los hechos probados que resulten del proceso penal, sino de existir, como se dijo, cuestión que se está dilucidando en diligencias previas y que a juicio de este Tribunal es decisiva para la pretensión de la recurrente conforme al 40.6 de la LEC)”*.

En definitiva, se trata de una cuestión argumental de la vinculación que en cada caso tenga el procedimiento penal con la resolución del proceso contencioso-administrativo teniendo en cuenta su objeto y los planteamientos y pretensiones de la parte accionante en cada uno de los procesos, siendo imprescindible la exteriorización de la concurrencia o no de la influencia que la resolución del asunto penal haya de tener en la del asunto contencioso-administrativo.

2. Especial referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018, de 22 de marzo de 2018, de 11 de mayo de 2018 y de 13 de septiembre de 2018: acuerdo de retroacción de actuaciones por planteamiento de suspensión del proceso contencioso-administrativo por concurrencia de causa de prejudicialidad penal

Es habitual que durante la tramitación de un proceso contencioso-administrativo se desconozca la existencia de una investigación penal que pueda incidir en la decisión a adoptar en aquel proceso, siendo en ocasiones ése el único motivo que impide apreciar la cuestión prejudicial penal. Para evitar aquella dificultad es necesario que el Juez de lo Contencioso-Administrativo disponga de todos los elementos de conocimiento y de juicio, que precisa tener a su alcance. En el sentido expuesto las muy recientes sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018, de 22 de marzo de 2018, de 11 de mayo de 2018 y de 13 de septiembre de 2018¹⁰ vienen a clarificar esta cuestión marcando una pautas a tener en cuenta para la resolución sobre la existencia de cuestión prejudicial penal cuando es alegada por

¹⁰ Recursos de casación 336/2016 (Sentencia de 14 de marzo de 2018), 92/2016 (Sentencia de 22 de marzo de 2018), 145/2016 (Sentencia de 11 de mayo de 2018), 280/2016 (Sentencia de 11 de mayo de 2018) y 63/2017 (Sentencia de 13 de septiembre de 2018).

una de las partes. Todas esas Sentencias parten de un mismo supuesto de hecho: una de las partes, en este caso la Administración demandada, alega durante la tramitación en la instancia la posible existencia de prejudicialidad penal; aporta en acreditación de tal alegato un principio de prueba consistente en un auto de un Juzgado de Instrucción donde se revelan los hechos que están siendo objeto de instrucción que, por su contenido, pudieran ser determinantes para la resolución de aquello que se dilucida en la sede Contencioso-Administrativa. Junto a esa prueba indiciaria se interesaba como prueba documental que el órgano de lo Contencioso-Administrativo se dirigiera al meritado Juzgado de Instrucción, a fin de que éste certificara si el expediente a que se refería la pretensión de la recurrente, en este caso, un expediente, de subvención, estaba siendo objeto de análisis e investigación en el seno de las diligencias previas incoadas. El Tribunal Contencioso-Administrativo, en la instancia y sin ordenar la práctica de esa prueba, resuelve que no existe prejudicialidad penal. El Alto Tribunal, en sede de casación, sin embargo, no se muestra de acuerdo con tal decisión. Entiende su Sala Tercera que para pronunciarse con total seguridad sobre el alcance de la investigación penal, y el modo en que condiciona la resolución del litigio contencioso-administrativo, debía haberse recabado la documental solicitada por la Administración ya que ésta presentó un indicio de prueba suficiente sobre la posible existencia de la prejudicialidad penal alegada. Subraya el Tribunal Supremo que aquella sería la solución mas acertada de acuerdo con la propia finalidad y naturaleza de la cuestión prejudicial penal, que está inspirada en un elemental principio de coherencia en los casos de concurrencia de varias jurisdicciones sobre unos hechos con relevancia penal y, por tanto, no puede quedar la carga de la prueba exclusivamente en manos de las partes, aunque éstas la hubieren alegado. Ante esa circunstancia, el Tribunal Supremo ordenó la retroacción de actuaciones a fin de que en la Instancia se practicara la prueba oportuna interesada para que el Tribunal Contencioso-Administrativo conociera, por el propio órgano penal, la realidad de su instrucción.

Conforme a esa doctrina del Tribunal Supremo podemos destacar las siguientes conclusiones:

- La parte que alegue cuestión prejudicial penal, deberá aportar un principio de prueba respecto de la misma e interesar que se dirija el Juez de lo Contencioso al Juez Penal para que éste informe sobre la realidad y, en su caso, el alcance de su investigación penal.
- El Juez de lo Contencioso deberá practicar la referida prueba mediante exhorto dirigido al Juez de lo Penal. No debe resolver la existencia o no de la alegada prejudicialidad penal sin antes obtener la respuesta del Juez de lo Penal.

- Una vez se obtenga la indicada respuesta, podrá el Juez de lo Contencioso pronunciarse con entera seguridad sobre el alcance de la investigación penal y la incidencia que pueda tener sobre la resolución del litigio contencioso-administrativo.

- Se requiere, incluso, informe del Ministerio Fiscal, en especial, para las causas complejas.

Sólo cumpliendo las pautas consignadas se estará en disposición de resolver, con todos los elementos de juicio necesarios, sobre la existencia o no de la prejudicial penal en el proceso contencioso-administrativo.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

BAUZÁ MARTORELL, Felio José, “La Injerencia penal en la invalidez administrativa”, en AA.VV (Coordinadores LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VILLAR ROJAS, Francisco), “El alcance de la Invalidez de la actuación administrativa” (Actas del 12 Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017, La Laguna). INAP 1ª Ed. octubre 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “2.6. La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en AA.VV (Coordinadores ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHÍLLO GARCÍA, Petra), “La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa”. Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona. Año 2010.

ROMERO TEJADA, José María, en “Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa”. Fundación Democracia y Gobierno Local, páginas 153 a 159. QDL nº 20, junio de 2009.