



TRIBUNAL DE CUENTAS

Resolución	<i>Sentencia</i>
Número/Año	<i>20/2020</i>
Dictada por	<i>Sala de Justicia</i>
Título	<i>Sentencia nº 20 del año 2020</i>
Fecha de Resolución	<i>01/12/2020</i>
Ponente/s	<i>Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz</i>
Sala de Justicia	<i>Excmo. Sr. Don José Manuel Suárez Robledano.- Presidente Excmo. Sra. Doña María Antonia Lozano Álvarez.- Consejera Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.- Consejero</i>
Situación actual	<i>Firme</i>
Asunto:	<i>Recursos de apelación, rollo nº 17/20, interpuestos contra la Sentencia nº 26/2019, de 18 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-225/15-27, Comunidades Autónomas (Cº de Empleo -Ayudas destinadas a empresas para la financiación de Planes de Viabilidad- I.T.S.M.) Andalucía.</i>
Resumen doctrina:	<p><i>Tras exponer las alegaciones de las partes, la Sala pone de manifiesto que existe un único motivo de impugnación: la inaplicación indebida de la DA. 3ª.4 de la LFTCu.</i></p> <p><i>Los apelantes justifican sus recursos en una vulneración de los artículos 17.2 de la LOTCu y 40.2 de la LEC, en relación con la DA. 3ª, apartados 1 y 4 de la LFTCu. Por tanto, se trata de dilucidar si procede apreciar, en el caso contemplado por la Sentencia recurrida, la concurrencia de causa de prejudicialidad penal, que, según afirman los apelantes, deba llevar a la suspensión del procedimiento contable en el momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia, toda vez que, una vez comprobada la existencia de algunos hechos susceptibles de generar responsabilidad contable por alcance que quedan afectados por prescripción, y hallándose pendientes unas actuaciones penales seguidas contra la persona declarada como responsable contable directo, ello generaría una discrepancia, con las correlativas consecuencias jurídicas y económicas, sobre si se debe atender al plazo extintivo de responsabilidad previsto en el apartado 1 o 4 de la DA. 3ª de la LFTCu.</i></p> <p><i>Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia núm. 1.479/2020, de 10 de noviembre. La citada sentencia señala que la eventualidad de que los hechos sean constitutivos de delito constituye un elemento determinante del régimen de prescripción, y ello resulta especialmente relevante en el caso de que, por la naturaleza continuada de las conductas, pueda dar lugar a un diferente régimen de prescripción por razón, bien del concurso medial, bien, en su caso, de la continuidad delictiva.</i></p> <p><i>La Sala, en consecuencia, no comparte el criterio adoptado por el órgano de primera instancia, al resolver sobre la prescripción de las responsabilidades contables objeto de enjuiciamiento por el mismo, sin haber contado con un previo pronunciamiento penal.</i></p>
Síntesis:	<i>La Sala estima los recursos de apelación interpuestos.</i>



En Madrid, a fecha de la firma electrónica.

La Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre del Rey, formula la siguiente

SENTENCIA

En grado de apelación se han visto ante la Sala los autos del procedimiento de reintegro por alcance nº B-225/15-27, Comunidades Autónomas (Cª de Empleo -Ayudas destinadas a empresas para la financiación de Planes de Viabilidad- I.T.S.M.) Andalucía, como consecuencia de los recursos interpuestos contra la Sentencia nº 26/2019, de 18 de diciembre, dictada en primera instancia por la Excm. Sra. Consejera de Cuentas Doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón. Han sido apelantes, el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía, representada y defendida por la Letrada de la Junta de Andalucía, Doña María Victoria Gálvez Ruíz. Se adhirió a los recursos formulados Don F.J.G.B., a través de su representante Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán.

Ha actuado como ponente el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas D. Felipe García Ortiz, quien, previa deliberación y votación, expone la decisión de la Sala, de conformidad con los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos del Procedimiento de Reintegro por Alcance nº B-225/15-27, Comunidades Autónomas (Cª de Empleo -Ayudas destinadas a empresas para la financiación de Planes de Viabilidad- I.T.S.M.) Andalucía, se dictó la Sentencia nº 26/2019, de 18 de diciembre, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“DESESTIMO la demanda de la Junta de Andalucía, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal, ya que conforme a lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 7/88 las responsabilidades contables que se ejercitan por la parte demandante en este proceso están prescritas.

Sin costas.”

SEGUNDO.- La citada Sentencia contiene la relación de hechos probados, numerados del primero al quinto, que se tienen por reproducidos, y se apoya jurídicamente en los fundamentos jurídicos enumerados en los correspondientes apartados, del primero al cuarto, para concluir en el referido fallo desestimatorio de las pretensiones de la demanda interpuesta por la representación de la Junta de Andalucía, a la que se había adherido el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, interpusieron sendos recursos de apelación el Ministerio Fiscal, mediante escrito de 8 de enero de 2020, y la Letrada representante de la Junta de Andalucía, Doña María Victoria Gálvez Ruíz, por escrito recibido en el Registro General de este Tribunal el 22 de enero de 2020, solicitando ambos la



revocación de la sentencia recurrida y la retroacción del procedimiento al momento anterior al pronunciamiento de la mencionada sentencia, a fin de que la tramitación quedara en suspenso hasta que recayera resolución firme en la jurisdicción penal por los mismos hechos.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de 11 febrero de 2020, del Director Técnico del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento y Secretario de este procedimiento, se acordó admitir a trámite los recursos de apelación interpuestos, unirlos a los autos de su razón, y dar traslado de copia de los mismos, a las demás partes, a fin de que, en el plazo de quince días, pudieran formalizar su oposición, si lo estimaran conveniente.

QUINTO.- La Letrada representante de la Junta de Andalucía, por escrito, con fecha de entrada en el Registro de este Tribunal de 25 de febrero de 2020, formuló alegaciones al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y solicitó su estimación.

Con fecha de entrada en el Registro de este Tribunal de 10 de marzo de 2020, la representación de Don F.J.G.B., presentó escrito oponiéndose a los recursos formulados e impugnó la Sentencia de instancia en cuanto a la no imposición de las costas a la demandante.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación del Secretario del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, de fecha 15 de junio de 2020, se acordó dar traslado a las partes de los escritos de los representantes de la Junta de Andalucía y de Don F.J.G.B. de 25 de febrero y 10 de marzo de 2020, respectivamente, al solo efecto de que pudieran oponerse a la impugnación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA).

Mediante escrito de 22 de junio de 2020, el Ministerio Fiscal se opuso a la impugnación efectuada por el representante de Don F.J.G.B.

La Letrada de la Junta de Andalucía, con fecha de entrada en el Registro de este Tribunal de fecha 24 de junio de 2020, presentó escrito de alegaciones y solicitó la desestimación de la oposición formulada por la representación procesal de Don F.J.G.B.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de 16 de julio de 2020, recibidos los escritos del Ministerio Fiscal y de la representación de la Junta de Andalucía, se acordó unir éstos a los autos, elevar las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes, a fin de que comparecieran ante la misma, en el plazo de treinta días, con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida, con la salvedad contemplada en el artículo 128 de la LJCA.

Por respectivos escritos de 21 y 22 de julio de 2020, se personaron ante esta Sala el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la Junta de Andalucía. La representación legal de Don F.J.G.B. no se personó en el plazo concedido para ello.

OCTAVO.- Recibidos los autos en esta Sala de Justicia, mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaria de la misma de 2 de septiembre de 2020, se acordó abrir el correspondiente rollo,



TRIBUNAL DE CUENTAS

asignándole el nº 17/20, y nombrar Ponente, siguiendo el turno establecido, al Consejero de Cuentas Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz.

NOVENO.- Por Diligencia de la Secretaria de esta Sala de 21 de septiembre de 2020, se pasaron los autos al Consejero Ponente Excmo. Sr. Don Felipe García Ortiz, a fin de que preparase la pertinente resolución. La remisión de estos autos se realizó el 8 de octubre de 2020, conforme consta en la Diligencia de la Secretaria de la Sala expedida en dicha fecha.

DÉCIMO.- Por Providencia de 25 de noviembre 2020, esta Sala acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso interpuesto, el día 30 de noviembre de 2020, fecha en la que tuvo lugar el citado trámite.

UNDÉCIMO.- En la tramitación de estos recursos, rollo nº 17/20, se han observado las prescripciones legales establecidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional competente para resolver los presentes recursos de apelación, rollo nº 17/20, es la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCu), y 52.1 b) y 54.1 b) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (en adelante, LFTCu).

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos probados de la Sentencia recurrida, así como su fundamentación jurídica, en todo lo que no resulte contrario a lo que a continuación se expone.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de recurso, solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y acuerde la Sala la retroacción del procedimiento al momento anterior del pronunciamiento de la sentencia apelada, a fin de que la tramitación quede en suspenso hasta que recaiga resolución firme en la jurisdicción penal por los mismos hechos. Fundamenta la apelación en un único motivo: la inaplicación indebida de la disposición adicional tercera, apartado cuatro, de la LFTCu (en adelante, DA. 3ª.4 LFTCu).

El Fiscal señala, frente a la argumentación de la Sentencia de primera instancia, que dicha resolución contiene un factor de incoherencia y potencial contradicción con el posible fallo del proceso penal, por dos razones: a) en el plano jurídico, porque al negar la prejudicialidad procesal, se reduce el marco jurídico de aplicación de la DA. 3ª. 4 de la LFTCu y, b) en el terreno fáctico, porque al obviar la aplicación de dicha disposición adicional, el Tribunal de Cuentas está limitando su ámbito de cognición de los hechos a los no prescritos conforme al apartado 1 de la DA 3ª de la LFTCu.

El Ministerio Fiscal afirma que la interpretación que realiza la Sentencia de primera instancia de la DA 3ª. 4 de la LFTCu resulta contraria a lo establecido en los artículos 17.2 “*in fine*” de la LOTCu y 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). En este



sentido, señala que la prescripción es un *“elemento previo necesario”* para determinar la responsabilidad contable, por lo que sería de aplicación el citado artículo 17.2 *“in fine”* de la LOTCu.

El Fiscal también considera que, cuando la DA 3ª. 4 de la LFTCu afirma que la responsabilidad contable por hechos delictivos prescribirá de la misma forma que la responsabilidad civil derivada del delito, está estableciendo una remisión normativa en bloque a la regulación sustantiva de la materia en ese ámbito penal-civil. En definitiva, si el delito y la responsabilidad civil que deriva del mismo no han prescrito conforme a la legislación civil y penal, el Tribunal de Cuentas no puede considerarlos prescritos a la hora de establecer la responsabilidad contable, siendo una cuestión de unidad y coherencia del sistema jurídico.

Tras hacer una delimitación de las jurisdicciones penal y contable, el Fiscal señala que lo que establece el artículo 49.3 de la LFTCu es la línea de deslinde material de ambas jurisdicciones, pero en modo alguno se exceptúa la aplicación de mecanismos de prejudicialidad, que implica que para establecer la responsabilidad contable respecto de un hecho delictivo en caso de prescripción, previamente hay que saber si efectivamente es un delito, siendo el juez penal el único competente para tal declaración. Tampoco se altera la regla, según la cual, una vez declarado que el hecho es delictivo, la prescripción, a efectos de determinar la responsabilidad contable, se rige por las normas propias de la responsabilidad civil derivada del delito.

Por último, el Ministerio Público finaliza el escrito de recurso, señalando que en el supuesto de autos concurren los requisitos para aplicar la DA 3ª. 4 de la LFTCu, siendo la suspensión del procedimiento el único modo de poder confirmar y asegurar que un hecho que *“ofrezca apariencia de delito (...) perseguible de oficio”*, como señala el artículo 40 de la LEC, pueda ser en su caso, por quién tiene jurisdicción y competencia para ello, declarado *“constitutivo de delito”* de manera forma y efectiva. Considera que en aquellos casos en que el hecho no ha sido declarado delito, pero existan indicios para serlo, el Tribunal de Cuentas debe esperar la decisión de la jurisdicción penal, acerca de si los hechos son constitutivos de delito y cuales son exactamente esos hechos. De no entenderlo así, la norma especial de prescripción establecida por el legislador resultaría inaplicable al supuesto de hecho para el que está prevista, como consecuencia de una anticipación del juicio sobre responsabilidad contable derivada de esos hechos que debería haberse evitado acudiendo al instituto de la prejudicialidad. Tal anticipación, no es inocua ya que lleva a que en determinados casos, como el presente, se excluya de la responsabilidad contable hechos que de haberse aplicado la DA 3ª. 4 de la LFTCu podrían haber quedado incluidos en el fallo del Tribunal de Cuentas.

CUARTO.- La Letrada representante de la Junta de Andalucía, al igual que el Ministerio Fiscal, solicita la revocación de la sentencia apelada, y la retroacción del procedimiento al momento anterior al pronunciamiento de la misma, a fin de que la tramitación quede en suspenso hasta que recaiga resolución firme en la jurisdicción penal por los mismos hechos. Motiva su apelación en una indebida aplicación de la DA 3ª. 4 de la LFTCu, e infracción de los artículos 17.2 de la LOTCu, 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante,



LOPJ) y 40.2 de la LEC. Considera que cuando existe coincidencia entre los hechos que puedan ser objeto de enjuiciamiento en la jurisdicción penal y contable, deben ser aplicados los precitados artículos 10.2 de la LOPJ y 40.2 de la LEC, reguladores de la prejudicialidad penal. En este caso se impone la suspensión del procedimiento de reintegro, siendo decisivo el pronunciamiento penal en la resolución de dicho procedimiento, ya que en caso de existir condena penal, sería de aplicación la DA 3ª. 4 de la LFTCu lo que llevaría a la sentencia de instancia a un pronunciamiento estimatorio.

QUINTO.- Antes de entrar a analizar las pretensiones formuladas en los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Junta de Andalucía, conviene pronunciarse sobre la impugnación de la resolución apelada (denominada adhesión en el artículo 85.4 de la LJCA) que ha planteado en el trámite de oposición a aquellos Don Pedro Rodríguez de la Borbolla y Camoyán, en nombre y representación de Don F.J.G.B. Tal y como se señala en el Antecedente de Hecho Quinto, por Diligencia de Ordenación de 16 de julio de 2020, recibidos los escritos del Ministerio Fiscal y de la representación de la Junta de Andalucía, se acordó unir éstos a los autos, elevar las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes, a fin de que comparecieran ante la misma, en el plazo de treinta días, con la indicación de que la incomparecencia podría dar lugar, en su caso, a que se declarase desierto el recurso y, en consecuencia, firme la resolución recurrida. En el citado plazo comparecieron el Ministerio Fiscal y la representación de la Junta de Andalucía, pero no el representante legal de Don F.J.G.B. Por ello, de acuerdo con el artículo 463.1 de la LEC, se declara desierta la impugnación de la sentencia de instancia, formulada por Don F.J.G.B. a través de su representante, y, en consecuencia, no procede pronunciarse sobre dicha impugnación.

SEXTO.- Entrando ya en el análisis de los recursos de apelación interpuestos, tanto el Ministerio Fiscal, como la representación de la Junta de Andalucía, fundamentan sus recursos en un único motivo: la inaplicación, indebida de la DA. 3ª.4 de la LFTCu.

Los apelantes justifican sus recursos en una vulneración de los citados artículos 17.2 de la LOTCu y 40.2 de la LEC, en relación con la DA. 3ª, apartados 1 y 4 de la LFTCu. Por tanto, se trata de dilucidar si procede apreciar, en el caso contemplado por la Sentencia recurrida, la concurrencia de causa de prejudicialidad penal, que, según afirman los apelantes, deba llevar a la suspensión del procedimiento contable en el momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia, toda vez que, una vez comprobada la existencia de algunos hechos susceptibles de generar responsabilidad contable por alcance que quedan afectados por prescripción, y hallándose pendientes unas actuaciones penales seguidas contra la persona declarada como responsable contable directo, ello generaría una discrepancia, con las correlativas consecuencias jurídicas y económicas, sobre si se debe atender al plazo extintivo de responsabilidad previsto en el apartado 1 o 4 de la DA. 3ª de la LFTCu.

SÉPTIMO.- Para resolver la controversia, es conveniente hacer una referencia al concepto, fundamento y finalidad del instituto jurídico-procesal de la cuestión de prejudicialidad penal. Nuestro ordenamiento jurídico ha venido otorgando, tradicionalmente, carácter de



prevalencia al orden jurisdiccional penal, sobre otras jurisdicciones, cuando en el procedimiento de que se trate, civil, contencioso, o contable, los hechos enjuiciados adopten la apariencia de delito o falta punibles susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción penal. Con ello, se pretende así evitar la simultaneidad de la tramitación de dos procedimientos en los que pudieran recaer sentencias contradictorias, para la óptima salvaguardia del postulado “*non bis in ídem*”. Ahora bien, la aplicación de dicha mecánica de pronunciamiento prejudicial, en favor del orden penal, no es absoluta, y los supuestos en los que opere han de ser, necesariamente, de aplicación restrictiva. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia nº 166/1995, de 20 de noviembre, de la que se infiere, además, que dicha limitación surge a fin de evitar infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE, mediante injustificadas suspensiones de pleitos no penales. La prejudicialidad penal, por consiguiente, sólo desplegará sus efectos cuando exista una íntima conexión entre el objeto del pleito correspondiente, en este caso, contable, y la cuestión penal, bien porque el objeto del litigio contable esté inserto en el penal, bien porque la decisión que se adopte en el orden jurisdiccional penal, tengan una influencia determinante en el Fallo del procedimiento contable. Asimismo, se debe subrayar que la regla que inspira la regulación normativa sobre esta materia es que la sentencia penal no tiene por qué producir, siempre, efectos vinculantes sobre el procedimiento contable, dado que el análisis de los hechos que se realiza en cada orden jurisdiccional parte de perspectivas diferentes, se basa en normas distintas y de muy diversos sentidos y finalidades. A este respecto, merece destacar que la STC 166/1995, de 20 de noviembre, antes citada, destaca que (F. 2 “*in fine*”): “... *No se opone a esta conclusión el hecho de que en otros casos y concretamente en la STC 241/1991 (fundamento jurídico 4.º), donde se planteaban como excluyentes el seguir una u otra vía procesal (civil o penal), hayamos declarado que no inciden en exceso de jurisdicción las resoluciones judiciales que no suspendan la decisión de un proceso civil por inadmitir una cuestión prejudicial penal; toda vez que no se trata de un criterio general que venga impuesto por la Constitución, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución.*”

OCTAVO.- Teniendo en cuenta las anteriores premisas jurídico-doctrinales, procede analizar el debate que se ha planteado y, por tanto, el principio de compatibilidad de las jurisdicciones penal y contable.

Se debe partir de la dicción del artículo 18 de la LOTCu que configura la regla general de la citada compatibilidad, al señalar: “1. *La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia*”. Por lo que respecta al citado apartado 2, hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LFTCu, que ordena lo siguiente: “...3. *Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos,*



dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos...”.

Esta normativa permite el enjuiciamiento simultáneo de los mismos hechos por las Jurisdicciones Penal y Contable. La caracterización legal de la pretensión contable y, consiguientemente, de la responsabilidad de la misma naturaleza jurídica, de carácter patrimonial y reparatorio, determina, ante el enjuiciamiento de un mismo hecho por los dos órdenes jurisdiccionales, penal y contable, la no vulneración del principio general de «*non bis in ídem*», pues resulta indudable que el mismo hecho se contempla desde diferentes perspectivas, al no existir una identidad objetiva de ámbito competencial entre una y otra jurisdicción. Esta dualidad de jurisdicciones, lejos de menoscabar la tutela judicial efectiva, refuerza la garantía jurídica de los propios demandados, pues cabe que puedan hacer valer sus alegaciones, según corresponda, en cada una de ellas. En razón de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la contable, es legalmente posible el enjuiciamiento por ambos órdenes jurisdiccionales, cada uno de ellos dentro de su ámbito, dado que la prevalencia del orden penal lo es sólo respecto de la fijación de los hechos y la autoría de los mismos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984), pero no en lo referente a la apreciación de los hechos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1995), en los que regiría, para el juez contable, el principio de libre valoración de la prueba, respetando los criterios de la sana crítica. En igual sentido, tanto la doctrina de esta Sala de Justicia como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, han establecido, de manera reiterada y de forma unánime, dicha compatibilidad (Sentencia 22/2007, de 2 de noviembre de esta Sala de Justicia, con abundante cita, a su vez, de otras de la misma Sala, como las de 17 de octubre de 2001, 3 de marzo y 5 de abril de 2004 y 6 de octubre de 2005, así como de las del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996, 7 de junio de 1999, y a las que podemos añadir las de 2 de julio de 2004 y de 27 de septiembre de 2006 y 24 de mayo de 2010).

NOVENO.- Quedando debidamente establecido el principio de compatibilidad entre ambos Órdenes jurisdiccionales, también se debe señalar que, con carácter excepcional, se prevé la posibilidad de que concurra la previsión contenida en el apartado 2 “*in fine*” del artículo 17 de la LOTCu, es decir, que aparezca una cuestión de prejudicialidad penal que constituya elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y esté con ella relacionada directamente. En este caso, el tratamiento legal de las cuestiones prejudiciales, en el ámbito de la jurisdicción contable, se homologa al prevenido, con carácter general, por el artículo 10 de la LOPJ que dispone: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. 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». De esta forma, inicialmente, para que procediera la suspensión del presente procedimiento contable y de la consiguiente sentencia a dictar en el mismo, por la existencia de un proceso penal pendiente, se exigiría el cumplimiento alternativo de una de las dos condiciones: a) que no pueda prescindirse de la



resolución que dicte en su día la jurisdicción penal para decidir sobre la responsabilidad contable pretendida en el actual procedimiento, y b) que la resolución penal condicione directamente el contenido de la decisión del juez de lo contable. Todo ello sin perjuicio de que exista una excepción establecida por la Ley que permita la continuación del juicio, pese a la existencia de una cuestión prejudicial penal.

Por su parte, el art. 40.2 de la LEC –aplicable a nuestro caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la LFTCu -, al regular la prejudicialidad penal, exige la concurrencia de dos circunstancias para que pueda acordarse la suspensión del juicio (o, a los efectos que ahora se estudian, dada la fase procesal en que nos encontramos, el archivo de la causa): 1º) 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; y 2º) 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.

Debe verificarse, por lo tanto, si concurre, o no, en este caso, el requisito esencial exigido por el art. 17.2 de la LOTCu, para que entren en juego las previsiones del mismo, es decir, que la cuestión prejudicial penal constituya un elemento previo necesario, o decisivo, para la declaración de responsabilidad contable. Tal presupuesto es, también, avalado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de la Sala 3ª de dicho Tribunal, de fecha 13 de septiembre de 2002, declaró, expresamente, en un supuesto aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa, que «...la interposición de una querrela, por sí misma, no da lugar a la suspensión o paralización del recurso contencioso administrativo, que sólo se producirá cuando la causa penal ostente tal relieve que resulte imposible decidir sobre lo planteado en dicho recurso contencioso». Esta Sala de Justicia, además, en Sentencia 13/2009, de 29 de junio, F.J. 5º consideró que tal conclusión resulta trasladable, sin condiciones, al ámbito del enjuiciamiento contable.

DÉCIMO.- Según aparece planteada la controversia, lo que esta Sala de Justicia debe revisar es la adecuación a derecho de la solución a que llegó el órgano de instancia declarando la prescripción de las responsabilidades contables en el procedimiento de reintegro por alcance B-225/15-27. Los recurrentes son favorables a la suspensión del procedimiento contable, al apreciar la existencia de una cuestión prejudicial penal, cuya resolución se revelaba imprescindible para enjuiciar y decidir sobre la responsabilidad contable. Así resulta que el objeto que se ha erigido en punto prejudicial penal respecto al tema principal que se estaba dirimiendo en el citado procedimiento de reintegro por alcance, es el relativo a la posible prescripción de las responsabilidades contables derivadas de los hechos, y la procedencia, o no, de continuar dicho proceso contable.

En relación a esta cuestión, cuando la D.A.3ª de la LFTCu, en su apartado 4, establece que: “Si los hechos fueren constitutivos de delito, las responsabilidades contables prescribirán de la misma forma y en los mismos plazos que las civiles derivadas de los mismos”, está estableciendo una remisión normativa en bloque a la regulación sustantiva de la materia en



ese ámbito penal-civil. En este sentido, de acuerdo con el art. 1971 CC el plazo de prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto* se inicia a partir de la firmeza de la sentencia penal condenatoria.

Por tanto, no es posible establecer la forma (ni el plazo) de prescripción sin saber antes, forzosamente a través de la resolución del juez penal, a) si los hechos son en efecto delictivos, y b) cuál es o cuáles son exactamente esos hechos delictivos (determinación histórica), a los que acto seguido hay que aplicar el régimen especial de prescripción.

La jurisdicción penal no solo califica el hecho como acontecimiento fáctico, sino que al hacerlo define el hecho delictivo con arreglo a la normativa penal. Y a ese hecho constitutivo de delito es al que se remite la DA 3.ª 4 LFTCu.

La cuestión es de gran importancia pues existen supuestos en los que la identificación del hecho constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal condicionan directa y sustancialmente no solo el plazo, sino la forma de prescripción del delito.

Esta Sala de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma cuestión litigiosa que se suscita en la presente impugnación, desestimando la cuestión de prejudicialidad penal, por prescripción, si no existe delito declarado por sentencia penal firme. En este sentido, cabe mencionar la Sentencia nº 10/2019, de 21 de junio y el Auto de 14 de noviembre de 2019. Por otro lado, la cuestión debatida fue resuelta mediante Auto de 10 de abril de 2019 recaído en este procedimiento de reintegro nº B-225/15-27, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 10 de abril de 2019, acordando la continuación del procedimiento.

No obstante, este órgano debe apartarse del criterio mantenido en sus resoluciones anteriores, dado que, sobre esta cuestión debatida, se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia núm. 1.479/2020, de 10 de noviembre, al señalar que *la eventualidad de que los hechos sean constitutivos de delito constituye un elemento determinante del régimen de prescripción, y ello resulta especialmente relevante en el caso de que, por la naturaleza continuada de las conductas, pueda dar lugar a un diferente régimen prescripción por razón, bien del concurso medial, bien, en su caso, de la continuidad delictiva.*

Por tanto, conforme a la precitada sentencia, lo que establece la DA. 3ª de la LFTCu, es la prevalencia del régimen de prescripción penal, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito al tiempo que de responsabilidad contable, y cuando existan elementos que permitan concluir que la identificación del hecho constitutivo de delito y su calificación como tal por el Juez penal podría condicionar directa y sustancialmente el plazo, y ocasionalmente, también la forma del cómputo de prescripción del delito, cabe concluir que la cuestión penal constituye un elemento que incide de forma directa en la responsabilidad contable, por lo que se trata de una cuestión prejudicial penal necesaria.



Dado que el delito solo puede ser declarado por sentencia penal firme, la tramitación simultánea de procedimientos en la jurisdicción penal y contable, sobre los mismos hechos y con incidencia en la prescripción de las responsabilidades contables, conlleva que deba suspenderse el proceso contable por existir prejudicialidad, a fin de que la jurisdicción penal determine la existencia de los hechos y su naturaleza, de acuerdo con lo previsto en los arts. 17.2 in fine LOTCu y 40 LEC.

Cabría concluir y precisar que para la aplicación del apartado 4 de la DA 3.ª LFTCu es requisito esencial que el hecho sea, es decir haya sido declarado, constitutivo de delito, pero también lo es –requisito esencial y exigible– que, en aquellos casos en que el hecho no ha sido declarado delictivo, pero existan indicios de que pueda serlo, y tales indicios se concreten en la pendencia de un proceso penal, el Tribunal de Cuentas debe esperar a la decisión del orden jurisdiccional penal acerca de si los hechos son constitutivos de delito, y, lo que no es menos importante, acerca de cuáles son exactamente esos hechos constitutivos de delito.

UNDÉCIMO.- De acuerdo con los fundamentos jurídicos anteriores, esta Sala de Justicia no comparte el criterio adoptado por el órgano de primera instancia, al resolver sobre la prescripción de las responsabilidades contables objeto de enjuiciamiento por el mismo, sin haber contado con un previo pronunciamiento penal. Teniendo en cuenta que el art. 17.2 LOTCu excluye la competencia de la jurisdicción contable para conocer de las cuestiones prejudiciales penales que constituyan «*elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable*», la sentencia recurrida al excluir la prejudicialidad incurre en el error de primar un elemento procedimental –un mecanismo de "cooperación jurisdiccional"– sobre un elemento sustantivo –el régimen de prescripción– y, por tanto, de existencia de responsabilidad contable. En este sentido, la sentencia objeto de este recurso de apelación ha declarado prescritos unos hechos por los que también se ha seguido un procedimiento penal, primero, ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, Diligencias Previas nº 2448/2016, y después, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Sevilla, y tales hechos, son determinantes de un régimen de prescripción que habría llevado a no declarar prescrita la responsabilidad contable como ha proclamado la sentencia de instancia.

Asimismo, al no existir una resolución penal firme que se pronuncie al respecto, es requisito inherente a la aplicación de la mencionada DA 3ª.4 de la LFTCu, la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, ya que la suspensión constituye el único modo de poder confirmar y asegurar que un hecho «*que ofrezca apariencia de delito (...) perseguible de oficio*», como señala el art. 40 LEC, pueda ser en su caso, por quien tiene jurisdicción y competencia para ello, declarado «constitutivo de delito» de manera formal y efectiva.

DUOCÉSIMO.- Procede, en consecuencia, estimar los recursos de apelación formulados por el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia nº 26/2019, de 18 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-225/15-27, Comunidades Autónomas (Cª de Empleo -Ayudas destinadas a empresas para la financiación



de Planes de Viabilidad- I.T.S.M.) Andalucía, y revocar la Sentencia impugnada, debiendo suspenderse el procedimiento por prejudicialidad penal.

Respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, no procede su imposición a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de aplicación por lo establecido en el artículo 80.3 de la LFTCu.

En atención a lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III. FALLO

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar los recursos formulados por el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Junta de Andalucía, contra la Sentencia nº 26/2019, de 18 de diciembre, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-225/15-27, Comunidades Autónomas (Cª de Empleo -Ayudas destinadas a empresas para la financiación de Planes de Viabilidad- I.T.S.M.) Andalucía, quedando revocada la resolución recurrida y debiendo suspenderse el procedimiento por prejudicialidad penal.

SEGUNDO.- No imponer las costas de esta segunda instancia.

Así lo disponemos y firmamos. Doy fe.