



**BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

Nº 6 JULIO 2016

EDICIÓN: AJFV

**MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV**

**DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL**

**COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín**



DIFERENCIAS ENTRE IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA Y DELITO DE PREVARICACION EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Francisco Pleite Guadamillas

Magistrado-Juez

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9

Sevilla

Julio de 2016

ÍNDICE:

1. LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

3. RESOLUCIÓN NULA DE PLENO DERECHO Y RESOLUCIÓN ARBITRARIA: INFRACCIONES DE PROCEDIMIENTO, FALTA DE COMPETENCIA Y DESVIACIÓN DE PODER.

4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

DIFERENCIAS ENTRE IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA Y DELITO DE PREVARICACION EN LA CONTRATACION PÚBLICA

1. LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la actualidad se está produciendo numerosos procedimientos de exigencia de responsabilidades penales a autoridades y funcionarios en materia de contratación pública. El delito más común es el de prevaricación en la contratación administrativa.

En la Sentencia de esta Sala 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.

Para ello tenemos que fijar las líneas del citado delito tipificado en el artículo 404 del código penal, en el que se castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su justicia, dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

La palabra prevaricación procede del latín “praevaricati”, que, a su vez, deriva de “prae” y “varus” (piernas torcidas o huesos de las piernas torcidos). Según, el Diccionario de la RAE ofrece algo muy cercano a una definición típica de prevaricación: *“Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario”*.

Como declara la STS 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras, la de 4 de diciembre de 2.003, *“el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los principios constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal”*.

Esta figura delictiva se ha ido definiendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias en los últimos años. Podemos inicialmente resumir los requisitos establecidos en los siguientes: será necesario 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, es decir, es necesario que la resolución se dicte por el funcionario autoridad "a sabiendas de su injusticia por lo que debe llevar a la exculpación cuando se estime que no tuvo bajo esa condición (STS de 4 marzo 2010, resolviendo el recurso 1231/2009).

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA, SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Por resolución ha de entenderse todo acto que comporte una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a la órbita de los derechos de los administrados, bien sea expresa, tácita o escrita, con exclusión de los reglamentos y los actos políticos. Por lo tanto, no integran ese delito los informes o dictámenes, sin perjuicio de que el funcionario pueda ser cooperador necesario o cómplice STS núm. 38/1998 (Sala de lo Penal), de 23 enero).

Se plantean si la simple omisión puede dar lugar a este delito de prevaricación en cuanto que consiste en un hacer. Tenemos que considerar que dicha posibilidad toda vez que en la ley de régimen jurídico del procedimiento administrativo común se hace referencia a los actos presuntos, por lo que esto abre la puerta a la prevaricación por omisión.

En principio parece contradictorio con el delito de prevaricación, en tanto implica “dictar” una resolución, pueda ser cometido por

omisión. No obstante, en el ámbito administrativo, si es posible, en cuanto que no resolver en ocasiones equivale a dictar una resolución, pues el ordenamiento prevé unas consecuencias jurídicas anudadas a dicha conducta. Es decir, el silencio administrativo constituye una ficción jurídica, de tal modo que no resolver podría suponer, por ejemplo, confirmar una resolución arbitraria por el órgano superior en el supuesto recurso de alzada o no resolver si el silencio administrativo es positivo, lo que equivaldría a conceder lo solicitado. Por ejemplo, en este último supuesto una licencia de actividad concedida por silencio administrativo positivo. La administración no resuelve y el particular obtiene la licencia. También se puede plantear la posibilidad de la prevaricación ante la inactividad de la administración cuando en virtud de una norma o contrato tiene que realizar una actividad y siendo requerida para ello hace dejadez de su obligación legal. No olvidemos que la administración está sometida a la ley y el derecho y debe garantizar su cumplimiento. Así en la sentencia de 17 de febrero de 2012 (LA LEY 8653/2012), del JP núm. 3 de Palma de Mallorca, condena al alcalde acusado como autor responsable de un delito de prevaricación del art. 404 CP (LA LEY 3996/1995) *en su modalidad de comisión por omisión*. En la resolución mencionada se recoge que la STS de 17 de julio de 2002 (LA LEY 378/2003) ya indicó que la prevaricación por omisión dejó de ser una cuestión polémica a partir del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 30 de julio de 1997 (LA LEY 8492/1997), que, en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la LRJ-PAC (LA LEY 3279/1992), viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Al respecto, son numerosas las resoluciones, sigue recogiendo la misma sentencia de 17 de febrero de 2012, favorables a la admisión de la comisión por omisión en el delito de prevaricación, como las SSTS de 29 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 18 de marzo de 2000 y 16 de abril de 2002, en las que se subraya en que cabe incurrir en responsabilidad en comisión por omisión *“cuando es imperativo realizar una determinada actividad administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación”*.

3. RESOLUCIÓN NULA DE PLENO DERECHO Y RESOLUCIÓN ARBITRARIA

No toda resolución ilegal en el procedimiento de contratación pública constituye prevaricación, es necesario que sea arbitraria. Esta cuestión es muy controvertida y hace necesario realizar un esfuerzo para delimitar lo que la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos del artículo 62 de la Ley 30/1992 y la prevaricación administrativa.

El control ordinario sobre la legalidad de la actuación de la Administración corresponde a los tribunales de esa jurisdicción, interviniendo la jurisdicción penal solo en los casos más graves, en los que se aprecia una contradicción tan absoluta con el Derecho que lo acordado por la autoridad o funcionario público no pueda encontrar ningún apoyo en una interpretación mínimamente razonable de la norma realizada con los métodos usualmente admitidos, resultando así una resolución que, al carecer de la mínima justificación, debe ser calificada como arbitraria.

La jurisprudencia ha señalado, como se acaba de decir, que no basta la mera contradicción al derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas, incluso aunque pudieran dar lugar a la nulidad de pleno derecho, 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, términos que deben entenderse como de sentido equivalente.

En consecuencia, no toda nulidad de pleno derecho que se enumeran el artículo 62 de la ley 30/1992 supone una prevaricación. Hay que tener en cuenta el principio de última ratio de la intervención del ordenamiento penal. Es necesaria, como se ha dicho reiteradamente que exista arbitrariedad en la actuación administrativa.

En efecto, la arbitrariedad, no es equivalente a ilegalidad --cuyo control es propio, en principio, de la jurisdicción contencioso-administrativa--, y deberá apreciarse cuando aquélla implique un verdadero retorcimiento del Derecho, por constituir una contradicción insuperable y de grado notorio con la legalidad vigente; esta arbitrariedad de la resolución ha de ser interpretada de forma

restrictiva, como consecuencia del principio de intervención mínima (Cfr. TS 2.^a SS 23 Ene. y 15 Feb. 1998).

Algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre la arbitrariedad tienen a considerar como elemento decisivo "*... el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, 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 así 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 23-5-1998; 4-12-1998; STS 766/1999, de 18 mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre)".

En otras sentencias la arbitrariedad aparece 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 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 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. Insistía en estos criterios doctrinales, la STS 755/2007 de 25 de septiembre, al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.(STS 340/2012).

-Infracciones del procedimiento.

Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. Así, se ha dicho que "*... el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa ...*" (STS 1658/2003, de 4 de diciembre). Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando "*... omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales*". (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

Lo relevante para considerar una resolución como arbitraria en un procedimiento de adjudicación, no es que se trate de cualquier irregularidad, sino que las irregularidades que se hayan producido

tengan por finalidad de eludir los controles de la normativa de contratación pública. En este supuesto podemos hablar por ejemplo del fraccionamiento de los contratos para eludir la publicidad de los mismos y proceder a su adjudicación sin seguir los procedimientos establecidos y adjudicar los mismos a un contratista previamente seleccionado, así como la inexistencia de procedimiento para adjudicar el contrato sobre la base de la mera voluntad, igual que si de una contratación entre particulares se tratara. Es decir, la utilización del procedimiento estableciendo un plan preconcebido dirigido a la adjudicación del contrato a un determinado licitador o su inexistencia.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears de 23 julio 2013 se manifiestan que se incurre en prevaricación al utilizar el procedimiento de adjudicación directa en vez de la subasta al efectuarse con el propósito de controlar el proceso de enajenación y adjudicación, de tal modo que *"arbitraria y caprichosamente deciden los acusados enajenantes bien inmueble mediante procedimiento de concurso como cuando la defensa del interés general, regido por el objetivo de obtener la mayor rentabilidad, exigía que los terrenos se vendieran mediante subasta"*

En la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013 (recurso 11/2013) se manifiestan que la actuación arbitraria consiste en soslayar los controles que tiene establecido el procedimiento administrativo. En concreto en dos aspectos uno en oposición a los informes técnicos internos contrarios al adjudicación el recurrente proponía se solicitó un informe externo, al que se dotó de una apariencia de mayores garantías en su obtención que la realmente observadas y otra la alteración de la composición de la Mesa de contratación justo antes de proceder a la votación de la propuesta, incorporando a los miembros de su propio partido que no llegaron a ver el expediente y, sin embargo votaron acríticamente a favor de la propuesta del recurrente, habiendo precedido su voto gradación en cuenta, por este último, respecto del asistente sentido del informe externo y según se declara aprobado *"afirmando que ya no existían problemas de viabilidad la propuesta adjudicación"* y mencionando, además que había consultado a otros despacho" concluye la sentencia afirmando que:

"Ambos aspectos suponen, pues, la alteración arbitraria, en aspectos esenciales, de las condiciones del procedimiento administrativo"

seguido, con la finalidad de obtener una resolución en un determinado sentido favorable a las pretensiones del recurrente, superando las dificultades derivadas de la opinión contraria de parte de los vocales técnicos de la Mesa de Contratación. Como ya se ha dicho, no se analiza en la sentencia impugnada si la resolución final de adjudicación es o no contraria a derecho y si alcanza la categoría de arbitraria en atención a su contenido de fondo, pero ese carácter le viene atribuido por el procedimiento seguido para adoptarla, tal como se describe en la sentencia de instancia y se examina en la presente, el cual fue alterado arbitrariamente para darle una apariencia de legalidad a lo que carecía de ella. En sentido similar la STS nº 627/2006, de 8 de junio".

El Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 29 de enero de 2016, Rec. 20810/2015 en cuanto a la adjudicación de un proyecto, la supuesta omisión en el expediente de los informes sobre viabilidad económica no supone de forma automática que estemos ante un delito de prevaricación.

Se puede concluir que cuando se trata de infracciones del procedimiento, como decía el TS en la sentencia 743/2013, de 11 de octubre la Jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

-Falta de competencia.

En cuanto a la Administración, sólo puede contratar válidamente el órgano que tenga atribuida la competencia según el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La falta de competencia podrá determinar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad del contrato -art. 32 y 33 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. No obstante, la falta de competencia jerárquica su infracción no constituye vicio determinante de nulidad, como resulta del artículo 62.1.b) de la LRJPAC. Uno de los supuestos que según la jurisprudencia da lugar a la prevaricación es que la resolución sería dictado sin tener la competencia legalmente exigida, pero no toda nulidad debe determinar la existencia de prevaricación.

En la sentencia de la audiencia Provincial de les Illes Balears de 23 julio 2013 se manifiestan que: "En el caso sometido a examen se incurre en prevaricación administrativa desde el momento en que se infringen abiertamente las normas de competencia para la tramitación del expediente de enajenación, ya que correspondía al Pleno y no a la Presidencia del CIM, ello con el propósito desviado de que los acusados puedan controlar el proceso de enajenación y adjudicar el concurso al licitador que más les conviniera y por tanto sustituyendo dicho procedimiento por la adjudicación directa". Nuevamente que hacer referencia que no todas resolución nula de pleno derecho por ser manifiestamente incompetente da lugar a prevaricación sino que es esencial en este caso que se haya efectuado dicha alteración de la competencia de poder controlar el proceso de adjudicación.

- Desviación de poder.

La existencia de desviación de poder ha sido definida en numerosas ocasiones por los Tribunales, así en la sentencia de 16 de junio de 1999 (Ponente Lescure Martín) manifiesta que: *“La desviación de poder, a la que hacen referencia el art. 106.1 CE y los arts. 40.2 y 48.1 LPA, sustituidos por los arts. 53.2 y 63.1 LRJAP es definida por el art. 83.3 LJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, definición reproducida en el art. 70.2 LJCA 1998, cuyo concepto ha matizado la jurisprudencia declarando: a) que es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador; b) que se presume que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho; c) que no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable”*.

En relación a la desviación de poder como manifestación de una decisión prevaricadora dice la doctrina que se ejerce arbitrariamente el poder, proscrito por el artículo 9.3 de la CE (LA LEY 2500/1978) , cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente de su capricho, de su voluntad convertida

irrazonablemente en aparente fuente de normatividad (STS 861/08, de 15 de diciembre y 49/10, de 4 de febrero).

4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En definitiva hay que insistir en que para el delito de prevaricación no es suficiente la mera ilegalidad, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ratio. El principio de intervención mínima aunque inicialmente opera en la órbita del legislador no deja de incidir en la tarea jurisdiccional orientando esta en el sentido de excluir la sanción penal en supuestos para los que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

Además de lo anterior hay que tener en cuenta que hay que diferenciar la responsabilidad penal de la administrativa y disciplinaria que se contiene en la disposición adicional decimonovena del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que dispone:

“1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave,

constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia”.

El marco legislativo de la responsabilidad disciplinaria está formado por la ley 7/2007 del EBEP en los arts. 93 y siguientes que se aplican a los funcionarios públicos y al personal laboral quedando sujetos al régimen disciplinario establecido en el Título VII y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo del Estatuto.

Según la citada normativa constituyen faltas disciplinarias muy graves, entre otras, la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos y la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, siempre y cuando no constituyan delito.

En cuanto a la responsabilidad la Administración debe exigir responsabilidad patrimonial a su personal por los daños y perjuicio que hay causado en sus bienes o derechos, cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia graves (art.145.3 LRJPAC). Para la exigencia de responsabilidad el funcionario en estos casos han de ponderarse, entre otros criterios, el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal y su relación con el daño producido. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

A lo anterior hay que añadir las disposiciones de la Ley 19 /2013, de 9 de diciembre de Transparencia que se aplican los altos cargos de la administración estatal definidos en el artículo 25 en la que se dispone en el artículo 29.1 como infracción muy grave la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. Como vemos nada nuevo añade respecto al Estatuto Básico del Empleado público para los funcionarios públicos. La consecuencia jurídica de la comisión de una infracción muy grave lleva aparejada que los sancionados serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar

ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años con arreglo a los criterios previstos en el apartado siguiente. Así como, la declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda y la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo.

En todo caso, según el apartado número ocho del citado artículo dispone que la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias: a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente, b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por lo tanto, hay un nivel reservado el derecho penal atendiendo al principio de intervención mínima y que requiere que se dicte una resolución arbitraria a sabiendas, otro nivel reservado al derecho administrativo y que supone la aplicación indebida de la norma en cuyo caso se podrá exigir responsabilidad disciplinaria y administrativa por los daños causados a terceros y a la administración. Un tercer nivel estaría relacionado con las irregularidades en los procedimientos de contratación pública que no tienen relevancia penal ni da lugar a responsabilidad disciplinaria, pues obedecen a simples vicios del procedimiento cuyas consecuencias y depuración se efectúa a través de los recursos administrativos y la revisión de los actos por la jurisdicción contencioso. Delimitar estos niveles no es tarea fácil, pero no se puede caer ni en la impunidad de aquellas conductas que suponen infracciones graves de las normas ni en la penalización de todas las irregularidades administrativas. Para ello hay que atender a la finalidad perseguida con la conducta irregular y a la gravedad de la misma, preservando al derecho penal aquellas conductas que atentan gravemente contra los intereses públicos que la Administración representa.

Francisco Pleite Guadamillas

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9

Sevilla