

CONDUCTAS DELICTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA^(*)

Ángeles Jareño Leal

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Valencia

RESUMEN

Las mayores cifras delictivas relacionadas con la corrupción pública se producen en relación con la contratación pública en el ámbito de la Administración local. Desde la perspectiva del Derecho penal los delitos que más aparecen en esta materia son los de prevaricación, negociaciones prohibidas y cohecho, y en estos casos, además, puede imponerse una sanción administrativa, ya que estas conductas constituyen también infracciones administrativas. Por otro lado, los tribunales españoles sostienen un concepto amplio de “funcionario público” a efectos de declararle autor de estos delitos, incluyendo aquí a los directores o gerentes de empresas mixtas.

ABSTRACT

The largest number of crimes related to public corruption are committed in regard with public procurement in the field of local administration. From the perspective of criminal law the offences usually committed are those of perverting the course of justice by civil servants (“prevarication”), prohibited negotiations and bribes. Additionally in these cases, an administrative sanction can be imposed, due to the fact that these wrongdoings may be also considered administrative offences. On the other hand, Spanish courts use a broad concept of “civil servant” for the purposes of charging these offences to their perpetrators, including here the directors or managers of joint ventures.

1. LAS CIFRAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las mayores cifras delictivas relacionadas con la corrupción pública se producen en relación con la contratación pública en el ámbito de la Administración local. El abanico de delitos que aquí entran en juego es bastante amplio, aunque aquí voy a utilizar a modo de ejemplo dos de los que tienen más incidencia en esta materia, como son el delito de prevaricación (artículo 404 del Código penal), y el delito de negociaciones prohibidas (artículo 439 del Código penal)¹. En el caso de la corrupción en el ámbito de los pequeños o medianos ayuntamientos no puede hablarse de contratos que muevan grandes cantidades de dinero, como es lógico, pero lo cierto es que sí puede despilfarrarse el presupuesto de un municipio. Especialmente cuando tales prácticas se prolongan durante años.

Analizando la jurisprudencia que se refiere a los delitos relacionados con la contratación pública obtenemos determinadas “conductas tipo”, cuya reiteración permite extraer características comunes que se observan con cierta repetición, lo cual puede permitir, a su vez, formular “alertas” para prevenir esta clase de delincuencia. Por ejemplo, y como es evidente, la concurrencia para optar a un contrato público de familiares cercanos a quien tiene que resolver el procedimiento de contratación, o de correligionarios políticos, o la obtención de diferentes

¹ Hay que añadir que la existencia de un cohecho o soborno (artículo 419 y ss del Código penal) está detrás de algunas de las contrataciones irregulares, cuando el funcionario solicita o acepta el pago de una comisión (en pago dinerario, regalos u otros) a cambio de otorgar un contrato público a un determinado empresario. El cohecho es uno de los delitos cuya cifra negra es más alta, por las dificultades de prueba que encierra, especialmente si la comisión dineraria se ha pagado en efectivo.

contratos directos por la misma empresa a lo largo del tiempo, son factores reveladores de posibles delitos de negociaciones prohibidas o de prevaricación².

Por otra parte, estas dos conductas corruptas pueden sancionarse también “administrativamente”, ya que se encuentran entre las infracciones previstas por el Derecho administrativo sancionador. En estos casos es posible que recaiga una doble sanción sobre el funcionario público. Pero también pueden encontrarse determinados criterios para inclinarse sólo a favor de un tipo de respuesta u otra. La posibilidad de imponer doble sanción, penal y administrativa, a los funcionarios y cargos públicos que delinquen, está consagrada desde hace años por el Tribunal Constitucional, partiendo de la base de que se trata de relaciones de sujeción especial y de que existe diferente fundamento sancionador en cada caso³.

A pesar de existir esta posibilidad, la propia jurisprudencia señala que el control de la legalidad de la actuación administrativa está encomendado, en principio, al orden contencioso administrativo, ya que la jurisdicción penal no debe sustituir a dicha jurisdicción contenciosa en su labor de revisión y control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley. En este sentido, cuando existe duda con respecto a otorgar respuesta penal o administrativa a una conducta prevaricadora (delito del art. 404 del Código penal), los tribunales señalan que habrá delito cuando se trate de supuestos en que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario que, actuando con un injustificado abuso de poder, produce un perjuicio al ciudadano o a los intereses generales de la Administración⁴. Y por otro lado, se afirma que no debe criminalizarse toda conducta del funcionario que se aparta en sus resoluciones de la normativa aplicable, pues la sanción penal debe ser el *último ratio* a la que acudir. Desde el punto de vista administrativo, el artículo 95.2 d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (para funcionarios públicos y personal laboral) sanciona como falta muy grave: “*La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”⁵.

También encontramos esta dualidad sancionadora con respecto al delito de negociaciones prohibidas (artículo 439 del Código penal), en el que básicamente se castiga la conducta del funcionario público que mezcla sus negocios privados con los públicos, cuando aprovecha su función pública para obtener provecho personal al intervenir en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Algunas de las conductas ahí recogidas constituyen también una infracción administrativa derivada del incumplimiento de lo que dispone el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen jurídico del sector público, al establecer los supuestos en que el funcionario público debe abstenerse de participar en un procedimiento cuando tiene determinados intereses privados en éste (por ejemplo, porque concurren a la adjudicación empresas propias, de familiares, etc.)⁶. En el ámbito penal, la modalidad más frecuente de este

² Ver un análisis más exhaustivo de estos delitos (y otros) en relación con la contratación pública, en Jareño Leal, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, 2011, y *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2015.

³ En todo caso, para ser acreedor a las dos sanciones debe reconocerse que el autor es funcionario público desde la perspectiva de ambos campos jurídicos. Por eso, en ocasiones, se busca por el interesado la absolución penal aludiendo al carácter particular de su actuación, y no funcional.

⁴ Artículo 404 del Código penal (delito de prevaricación):

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

⁵ Además, la Ley 19/2003, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su art. 29.1 y 2 prevé para miembros del Gobierno, Secretarios de estado y altos cargos de las entidades de la Administración general del Estado y del sector público estatal (de Derecho público o privado -art. 25-), como infracción muy grave: “29.1.c) *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”; y como infracción grave: “29.2.c) *La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan infracción muy grave.*”

⁶ Artículo 439 Código penal (delito de negociaciones prohibidas):

“La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de

delito consiste en adjudicar el contrato a una empresa que pertenece (a veces mediante un testaferro) al funcionario que debe intervenir en el procedimiento de adjudicación, o a un familiar cercano.

2. LA INCIDENCIA DELICTIVA DE LA MODALIDAD DE “CONTRATACIÓN DIRECTA”

La modalidad de “contratación directa” es una de las fuentes más frecuentes de contratación irregular delictiva. En este sentido la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (texto reformado cuya entrada en vigor está prevista para marzo 2018), dispone:

“Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal...

...3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a)2º”

Una de las conductas más frecuentes en relación con esta modalidad es realizar un fraccionamiento de contratos para evitar que con uno sólo se supere la cifra económica que permite la adjudicación directa, pues en ese caso hay que seguir procedimientos de concurso más complejos (artículos 156 y ss. de la Ley de contratos). Precisamente para evitar este tipo de comportamientos la reforma que se acaba de realizar de la Ley de contratos ha introducido el tercer párrafo en el art. 118: *“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”*. Cuando un organismo público fracciona contratos con el fin de poder realizar adjudicaciones directas no siempre estamos ante conductas que encubran una práctica corrupta (como la de favorecer siempre a la misma empresa), ya que puede ocurrir que esta dinámica se adopte en el día a día de un Ayuntamiento, por ejemplo, para dotar de mayor agilidad y rapidez la realización de obras o servicios públicos. Pero lo cierto es que, en cualquier caso, ya se realice por motivos espurios o no, fraccionar en piezas pequeñas un contrato que debería salir a concurso abierto (dado su monto total) es siempre una práctica irregular. En algunos períodos de tiempo (antes de la crisis económica) esta conducta podía obtener cierta conmisericordia judicial cuando no estaba guiada por intereses particulares o partidistas, y los tribunales podían absolver penalmente si el fin pretendido era la efectiva realización de intereses públicos (en estos casos podía desviarse la conducta al ámbito administrativo sancionador, si bien la eficacia real de esta respuesta siempre ha sido más que cuestionable). Sin embargo, en la actualidad existe una mayor sensibilidad social y judicial hacia los delitos relacionados con la corrupción pública, de tal manera que los tribunales han cambiado la forma de interpretar estas conductas, y han efectuado una reformulación del bien jurídico protegido en los delitos relacionados con estos comportamientos (prevaricación, negociaciones prohibidas). En la práctica actual de los tribunales, el mero hecho de vulnerar las reglas formales del procedimiento de contratación ya puede constituir el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal, y así se ha reconocido en jurisprudencia reciente⁷.

doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.”

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 1-7-15.

Por otro lado, en el caso de la contratación directa, puede ser difícil distinguir lo que es ejercicio de la potestad discrecional de la Administración de lo que es abuso de poder, ya que se trata de una modalidad de contratación en que la Administración goza de una amplia discrecionalidad motivada, por lo que puede ser muy complicado desentrañar la diferencia entre una adjudicación realizada en el ejercicio de la propia potestad y una adjudicación arbitraria, como constata bien la propia jurisprudencia. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a los casos en que la adjudicación de un contrato público se efectúa con una resolución formalmente adaptada a la legalidad, pero que esconde detrás un pacto entre funcionario y particular (por razones de amistad, por ejemplo), que permita adaptar las cláusulas del concurso público. En un caso así la existencia de pactos previos acordando el procedimiento de contratación constituye una base suficiente para llegar al tipo penal de prevaricación. A pesar de que la adjudicación pueda estar dotada de una apariencia de legalidad, existirá tal delito porque se habrá producido un resultado arbitrario, pues el hecho de pactar entre los interesados las reglas del procedimiento sustrae a los principios de transparencia e imparcialidad la adjudicación del contrato público⁸. En definitiva, una actuación de aparente legalidad que encubra una adjudicación arbitraria transgrede la transparencia e imparcialidad en la contratación pública, y comporta un delito de prevaricación (puede decirse que legalidad no equivale, sin más, a conformidad a Derecho).

En este sentido, el artículo 1 de la citada Ley de contratos del sector público (2017) señala:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”⁹.

3. OTRAS MODALIDADES DELICTIVAS EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizando la jurisprudencia a lo largo de estos años puede comprobarse que las conductas “tipo” en materia de contratación pública no han cambiado significativamente con el paso del tiempo. Pero sí ha cambiado de forma reciente la forma en que dicha jurisprudencia interpreta las necesidades típicas para castigar tal clase de comportamientos. Entre las conductas más frecuentes, y además del fraccionamiento injustificado de contratos, encontramos tales como: creación de empresas *ad hoc* con el mero objeto de concurrir a la adjudicación del contrato, pero sin llegar a estar constituidas legalmente de forma correcta, o sin reunir los

⁸ Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8-6-06 se condena por el delito de prevaricación porque, según este Tribunal, el procedimiento de adjudicación del contrato había sido una “pantomima”, y se había burlado la licitación pública al existir un pacto previo acordando el resultado que debía producirse (aunque en este caso el pacto no era constitutivo de delito en sí mismo). En este supuesto, un empresario se compromete a adelantar al ayuntamiento determinada cantidad de dinero para labores de veredas y suelos, a cambio de que el organismo municipal incluya en el pliego de condiciones de una subasta pública una cláusula de retracto, que tiene como finalidad que el alcalde anule el proceso de adjudicación en caso de no interesar el resultado, y otorgue al empresario la adjudicación sin necesidad de acudir a la libre concurrencia, bastándole a éste con conocer la mejor plica para superarla a su conveniencia.

⁹ También hay que tener en cuenta:

“Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

- 1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*
- 2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.”*

requisitos exigidos por el pliego de condiciones; hacer declaraciones de urgencia cuando la realidad no lo requiere; realizar las adjudicaciones sin consignación presupuestaria y sin informes previos escritos, ni técnicos ni jurídicos; no existir pliegos de condiciones previos; alterar sustancialmente el presupuesto inicial por obras complementarias y realizar éstas sin seguir los trámites legales; no exigir prestación de fianza al adjudicatario; no existir acta de recepción definitiva de la obra; no publicar la adjudicación del contrato en los boletines correspondientes; conocer que las empresas estaban concertadas entre sí, etc.

Además, como se ha apuntado, la doctrina reciente del Tribunal Supremo está otorgando un valor diferente al hecho de incumplir los requisitos formales (y esenciales) del procedimiento de contratación, de tal forma que en la actualidad dicho incumplimiento motiva el castigo por el delito de prevaricación. Según recientes decisiones, para el Tribunal Supremo hay una resolución arbitraria cuando al adjudicar un contrato se eluden los controles del propio procedimiento de contratación, ya que al actuar así el sujeto se sustrae al mecanismo de legalidad establecido precisamente para sujetar sus decisiones a los fines que la ley establece en la concreta actuación administrativa¹⁰.

Por otro lado, es significativo el hecho de que los tribunales adopten estas resoluciones aunque se trate de casos en los que no queda constatado el enriquecimiento del autor del delito, pues lo cierto es que está cambiando el concepto de corrupción, y ya no se exige como requisito de las conductas penales que el funcionario en cuestión obtenga un enriquecimiento personal. En este sentido es muy reveladora la nueva redacción del delito de malversación (artículo 432 del Código penal), en la que se castiga la gestión desleal del patrimonio público, sin exigir que dicha conducta persiga un enriquecimiento por parte del autor. Por tanto, ya no se trata sólo de evitar la corrupción del funcionario o del cargo público, sino de exigir una gestión pública que se lleve a cabo en los términos expresados por la propia Constitución en su artículo 103: “1. *La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

4. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA

En el ámbito penal se parte de un concepto de funcionario público que arranca en el artículo 24.2 del Código penal, y que es definido por doctrina y jurisprudencia de forma muy amplia¹¹. Para el Tribunal Supremo el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la apariencia o el “ropaje externo jurídico o administrativo”, al tratarse de un concepto marcadamente funcional. Por lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas este órgano sostiene que no importan los requisitos de selección para el ingreso, la categoría, el sistema de retribución, el estatuto legal o reglamentario, ni la estabilidad o temporalidad, ya que lo relevante es proteger de modo eficaz la función pública y los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modo de operar. Ello implica, siempre según el Tribunal Supremo, que el Derecho penal no es tan exigente como el Derecho administrativo a estos efectos, y basta con la “participación en la función pública”¹².

¹⁰ Así lo declara este Tribunal en su sentencia de 30-7-14. Como ya se ha señalado, hace unos pocos años no era frecuente encontrar condenas por prevaricación cuando la base del posible delito eran dichas irregularidades, y tales supuestos solían resolverse declarando la insuficiencia de los hechos para alcanzar el reproche penal, a la vista, se decía, de que el Derecho administrativo tiene sus propios mecanismos de solución de estos conflictos.

¹¹ Artículo 24 del Código penal: “2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*”

¹² Al respecto, el art. 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público señala: “1. *Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*
2. *Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual.*”

También es de interés en esta cuestión los sujetos declarados como altos cargos en el art. 1.2 la Ley 3/2015, de 30

Para los tribunales penales detenta la cualidad de funcionario público quien ocupa una plaza de forma suplente, quien ocupa el puesto de forma honorífica, y quien es empleado de un concesionario de servicios públicos. Lo relevante es “el ejercicio de funciones públicas”, sin que sea necesaria la nota de permanencia o estabilidad, bastando con la mera participación en dichas funciones por quien ha sido nombrado por autoridad competente. A estos efectos, el Tribunal Supremo considera con tal cualidad, por ejemplo, al arquitecto honorario de un ayuntamiento, señalando que es suficiente que dicho sujeto sea nombrado por el pleno del consistorio, que es la autoridad competente a la que hace referencia el artículo 24 del Código penal¹³.

Además, para el Tribunal Supremo también son “cargos públicos” los gerentes de empresas mixtas, en los casos en que el Estado actúa mediante sociedades estatales que revisten una forma jurídico-privada para lograr una gestión más adecuada y eficaz de los intereses generales, pues en estos casos se afirma que también se ejercen funciones públicas, al tratarse de entidades de la administración institucional. En estos casos la “entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a un concepto amplio de función pública”¹⁴. La razón de la jurisprudencia penal para defender aquí el concepto de funcionario público es evitar que estos casos puedan sustraerse del castigo penal con la excusa de que se trata del ejercicio de una actividad privada, ya que en realidad en dichas empresas mixtas se llevan a cabo funciones propias de un organismo público, y las personas acceden a su cargo por designación de autoridad pública¹⁵. De todas formas, el caso del gerente o director de una empresa mixta es controvertido, pues el propio Tribunal Supremo ha señalado que puede ser sujeto activo de algunos delitos, como el de negociaciones prohibidas, pero no de otros propios de los funcionarios públicos, como el de prevaricación, ya que, según este órgano, dicho sujeto carece de capacidad para emitir la “resolución administrativa”¹⁶.

(*) La presentación del contenido de este artículo ha recibido financiación a través de la convocatoria pública de la Generalitat Valenciana (DOGV 8064, de 16-6-2017) relativa al Sistema de alertas rápidas en la lucha contra la corrupción.

de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Además, hay que tener en cuenta las disposiciones que regulan situaciones especiales (notarios, registradores...).

¹³ Así lo declara en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29-5-13. En este caso dos arquitectos honoríficos de un ayuntamiento intervienen en los trámites de aprobación y ejecución de proyectos de urbanización que ellos mismos han diseñado en sus despachos profesionales, y para el Tribunal es indiferente que cobren o no por tales informes, pues lo fundamental es que sus funciones son públicas porque informan en los distintos expedientes administrativos que se tramitan en el ayuntamiento y se encuentran al servicio de un ente público, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo. Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 27-1-03 señala que no “es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades”.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18-2-14: “Aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de alta dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18-2-14.

¹⁶ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18-2-14 se considera funcionario público del gerente de una empresa mixta a efectos de condenarle por el delito de negociaciones prohibidas. A la vez que se afirma, por el contrario, que no puede ser autor del delito de prevaricación porque carece de capacidad para dictar una “resolución administrativa”, requisito ineludible de tal delito. A juicio del Tribunal Supremo, las resoluciones del gerente de una empresa de carácter mixto no versan sobre “asuntos administrativos” si estas empresas estén sometidas a las reglas del Derecho privado, incluso aunque por ley se les pueda extender principios de carácter público, como pueden ser los de publicidad y concurrencia en materia de contratación pública.