

Relación entre contratación pública y corrupción

Ibiza Melián
23 abril, 2015



Categoría: Causas y soluciones de las desviaciones del sistema

La Comisión Europea, en un Informe sobre la lucha contra la corrupción del 2014, apuntaba entre las causas de la irrupción de este lacerante problema: al [urbanismo](#), la [financiación de los partidos políticos](#) y la **contratación pública.** Cuestiones sobre las que España ha de trabajar, al objeto de poder reducir los elevados índices de corrupción que ostenta. Lacta que para el 95% de los encuestados **en el Eurobarómetro especial de 2013** afectaba a gran parte del Estado, afirmando el 91% que salpicaba a las entidades regionales y locales.

Cuando la consulta se hizo sólo entre las empresas españolas el 90% confesó que consideraba que la corrupción aquejaba a la contratación pública en el ámbito de la Administración local y el 83% apuntó a la nacional. Proporciones de las más altas de la Unión Europea. Entre las conductas inapropiadas: **el 80% mencionó la elaboración de pliegos de condiciones a la medida de ciertas empresas; el 72% citó el uso desmedido de procedimientos negociados; la misma proporción destacó la escasa claridad en los criterios de selección o valoración; el 69% se quejó de la modificación de los requisitos contractuales una vez celebrado el contrato. Además el 71% apuntó hacia las licitaciones colusorias.** (1)

Y es que con respecto a los procedimientos de adjudicación clásicos, a través de los cuales se selecciona al contratista, habría que citar: el abierto, el restringido y el negociado. En el procedimiento abierto cualquier interesado puede presentar su propuesta, sin que exista negociación alguna. (2) En el restringido, tampoco se da negociación; sin embargo, es la Administración Pública la que invita a determinados participantes a presentar una propuesta, a razón de su solvencia para ejecutar el contrato, entre los que deberá escoger. (3) El número de invitados nunca podrá ser inferior a cinco. (4) Mientras que en el **procedimiento negociado**, que es donde surgen los mayores problemas, a tenor de los datos recogidos por el Eurobarómetro, **los aspectos técnicos y económicos son negociados por las partes** (5) **para ser después incluidos en el pliego de condiciones.** Procedimiento que difiere por tanto del abierto y restringido, donde el contratista se ha de ajustar a los requisitos establecidos por el contratante. (6) Es por ello que debido a la excepcionalidad del procedimiento negociado, sólo cabe su uso en concretos supuestos tasados por la norma. (7)

En lo tocante a los **criterios de valoración de las ofertas**, (8) apreciando los encuestados del Eurobarómetro escasa claridad en ellos, **lo habitual** es que se haga a través de subasta o concurso. La **subasta** está calificada por la normativa como “*adjudicación por un único criterio*”, donde **el factor a tener en cuenta es el mejor precio ofertado.**

Por su parte, el **concurso**, denominado “*adjudicación por una pluralidad de criterios*”, **no sólo depende del precio sino además de aquellos otros puntos que se encuentren recogidos en el pliego.** El anuncio de licitación ha de establecer igualmente la ponderación concerniente a cada criterio; o en su caso, a falta de ello, la ordenación decreciente de los criterios por orden de importancia.

Y si la toma de decisión está supeditada a un juicio de valor, será llevada a cabo por un comité de expertos independiente del órgano proponente del contrato. Otorgándosele a la Administración contratante en el sistema de concurso determinada discrecionalidad a la hora de valorar. No obstante, la justicia está facultada para controlar si su conducta se ciñe a parámetros coherentes. Empleándose el concurso principalmente cuando los proyectos o presupuestos no pueden ser definidos plenamente por la Administración. O cuando se repute que los proyectos pueden ser mejorados en las propuestas de los candidatos a través de modificaciones o disminución del plazo de ejecución. O por ser la ejecución especialmente compleja o se necesite tecnología avanzada. (9)

Otra de las conductas indebidas señaladas por los empresarios eran las **licitaciones colusorias**. Las conductas colusorias, prohibidas por ley, (10) están encarnadas por el acuerdo entre dos o más operadores económicos para falsear la competencia y obtener ventajas propias del monopolio. Desvirtuando con ello la economía de libre mercado y perjudicando al consumidor final, al tener que pagar más por un producto que en una situación de libre competencia. Degradándose además habitualmente la calidad del producto o servicio, ya que el operador económico no está en la necesidad de lidiar con otros competidores para atraer consumidores. (11) Circunscribiéndose concretamente las licitaciones colusorias a la **concertación de pactos entre contratistas, para organizarse a la hora de presentar ofertas a una subasta o concurso público**. Cuando lo lógico sería que dichas compañías competieran entre ellas. Obteniendo con esta práctica un contrato más ventajoso, en perjuicio de la Administración Pública que se verá abocada a pagar un precio superior al del mercado. La empresa ganadora suele compensar al resto de entidades mercantiles con las que ha alcanzado acuerdos para que presenten ofertas más elevadas, inaceptables, se abstengan, retiren su oferta de la licitación. Incluso hay veces que concurren conjuntamente cuando lo razonable hubiese sido que presentasen las ofertas por separado. Y bien pueden repartirse los turnos, un área geográfica o una cartera de clientes específica. (12)

Un ejemplo fueron las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a unas empresas del ámbito de la construcción por precisamente prácticas colusorias. Entidades mercantiles que convinieron secretamente modificar las ofertas a la hora de presentarse a una licitación pública, que tenía por objeto la pavimentación y rehabilitación de carreteras. Pactando no sólo las ofertas sino el vencedor de la licitación. Lo que

supuso un mayor coste para la Administración convocante. Declarando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), órgano encargado de ejercer la potestad sancionadora por la comisión de infracciones, que: *“Estamos ante un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a situarse la obra. Puede considerarse que este mecanismo colusorio da lugar a diferentes acuerdos para cada licitación, pero cada uno de los acuerdos es parte de una estrategia única (...). De hecho, se ha acreditado que en una misma reunión se han alcanzado acuerdos sobre licitaciones diferentes que han sido convocadas de manera próxima en el tiempo (...). También se ha acreditado que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.”* (13)

Estimando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), a comienzos del 2015, que la carencia de competencia y la corrupción provocan un sobrecoste en la contratación española correspondiente al 4,5% del Producto Interior Bruto (PIB). Lo que equivale al 25% de la cantidad total dedicada a licitaciones de servicios a nivel estatal. O lo que es igual a un importe de 48.000 millones de euros. (14) Lo que supone prácticamente el 37% de la cuantía destinada en los Presupuestos Generales del 2015 al pago de las pensiones de todos los españoles, que es la partida más alta del calificado como gasto social. (15) **Afirmando** la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) que: *“cuando hay corrupción siempre existe falta de competencia.”* Entre los comportamientos inadecuados, además de las prácticas colusorias, resalta la creación de empresas públicas a las que se les adjudica supuestamente a dedo contratos del Estado. Así como la costumbre de extender hasta el máximo temporal que permite la normativa las concesiones, sin que se dé un análisis previo de su exigencia y coherencia. También se queja de la escasa transparencia en los procesos de adjudicación, como de la publicidad inadecuada de los mismos. (16)

Muchas de las denuncias por presuntas corruptelas en la contratación pública señalan al sector de la construcción y a la recogida de residuos. (17) Ya en el 2012 el Tribunal de Cuentas nacional reflejó su parecer acerca de esta cuestión, en un documento que recogía los resultados de una auditoría realizada sobre más de 2.500 contratos adjudicados entre

2006 y 2007 por las Administraciones Públicas autonómicas. Alertando del excesivo uso de la tramitación por vía de urgencia de los expedientes, con una incompleta motivación, sorteando con ello condiciones más restrictivas de contratación. Utilización desmedida del concurso y no la subasta. Justificación insuficiente de los criterios de selección. Se detectó igualmente un exceso de contratos de consultoría, adoleciendo de una argumentación convincente sobre su necesidad y el por qué no se podía hacer esa prestación con medios personales y materiales propios de la Administración. Pobre razonamiento de la modificación de contratos públicos. Motivación insuficiente de las adjudicaciones. Hipotético mal uso del procedimiento negociado. (18)

Y es que el urbanismo y la contratación pública ostentan el triste récord en materia de corrupción. Atacando virulentamente el corazón de la Administración Pública. Que por mandato constitucional debe servir con objetividad a los intereses generales. (19) Y responder 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 candidatos. (20) Quedando prohibida la arbitrariedad de los poderes públicos. (21) Entendida pues la corrupción como el uso indebido que hace un funcionario o autoridad pública del poder conferido para servir a ese fin común, con el propósito de conseguir ventajas para sí mismo o un tercero, o bien ejerce una gestión dolosa de lo público. Dilapidando con ello los recursos económicos del conjunto, destinados esencialmente a mantener bienes públicos. Aquellos que están fuera de la esfera individual y que la sociedad ha optado por su gestión pública, encargándola a unos pocos para que los administren convenientemente. **Entre los delitos concretos derivados de la contratación pública, tipificados en el Código Penal, se encuentran: la prevaricación; el cohecho; tráfico de influencias; malversación de caudales públicos; fraudes ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos.**

La **prevaricación** se incardina en el artículo 404 del Código Penal. Definida como la **resolución arbitraria dictada por un funcionario público o autoridad en un asunto administrativo, a pesar de ser consciente de su injusticia.** Resolución entendida como aquel acto administrativo que contiene una decisión que afecta a los derechos del administrado, ya sea escrita, oral o presunta, o sea, la relativa al silencio administrativo. Manifestación de voluntad que está sometida al Derecho Administrativo. Ergo, configurándose como **autores** del delito de

prevaricación aquellos sujetos que tengan atribuida la competencia para dictar dichos actos administrativos, lo que **incluye tanto a los funcionarios públicos como a las autoridades**. La **incidencia de la prevaricación** es considerable en los procesos de adjudicación de los contratos públicos. **Ya sea infringiendo la forma que debe tener el procedimiento o conculcando los principios generales del mismo**.

Un ejemplo de vulneración de los requisitos formales del procedimiento de adjudicación, sería optar por una modalidad incorrecta para un supuesto concreto. (22) Como adjudicar, por parte de autoridades municipales, directamente obras. Prescindiendo de la tramitación del expediente de contratación y obviando el procedimiento legalmente establecido. (23)

También cabe mencionar el veredicto de culpabilidad dictado contra un máximo regidor municipal y ediles por no respetar el procedimiento legal fijado. En este caso resulta reseñable que los ediles adujeron que no fueron advertidos en ningún momento por los técnicos municipales de la irregularidad cometida, afirmando el Tribunal que

tal advertencia no es requisito necesario para que la conducta pueda ser calificada de prevaricación, debiendo atenderse a las circunstancias del caso, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 986/2005, de 21 de julio, señalaba ante una alegación similar que «En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica. Se pretendería de este modo que la resolución, pese a su arbitrariedad e injusticia, no fuese punible si se hubiera omitido tales advertencias. Los recurrentes insisten en la expuesta opinión, evidentemente errónea, porque las advertencias de ilegalidad, a las que el Código Penal no alude, habrán de valorarse, si existen, como elementos añadidos de convicción para la apreciación del dolo en la producción del acto administrativo injusto, sin perjuicio de que su eventual inexistencia pudiera comportar responsabilidad exigible al funcionario omitente de su obligación profesional. En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible». (24)

Esta puntualización del Tribunal es importante porque hay que recordar que la mayoría de casos de corrupción se dan en el término municipal, suscitados por: contratación de personas sin seguir los cauces legalmente establecidos; en el ámbito del urbanismo; en el área de la contratación pública. Estando incluso relacionado en ocasiones con la financiación de los partidos políticos. Y también es el territorio donde prácticamente se aprecia la comisión del delito electoral. (25) De donde parten las redes clientelares. Además a ello se une el escaso grado de formación jurídica de los ediles. Existiendo un número destacable que sólo dispone de los estudios básicos, con nulo conocimiento de procedimiento administrativo. En el 2009 declaraba la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas en una nota de prensa: *“El perfil del concejal español es el de un hombre de entre 26 y 45 años, con estudios elementales y que repite mandato. El perfil del alcalde es similar, salvo que avanza un tramo en la edad mayoritaria, situándose entre los 46 y 65 años, según datos extraídos del Registro de Representantes Electos del Ministerio de Política Territorial.”* (26) Con lo que si a este hecho sumamos que la normativa es bastante farragosa y el amplio margen de poder de la figura del Alcalde fuerte español (*“strong-mayor”*), quizás lo extraño es que no hayan más condenas. Y es que de poco sirve endurecer las penas para quien desconoce las normas, por mucho que el artículo 6.1 del Código Civil diga que: *“La ignorancia de las leyes no excusa de su incumplimiento.”* Estando sometidos los políticos locales diariamente a la presión de innumerables personas que presuntamente reclaman su favor correspondiente. Y en ningún caso podríamos poner condicionantes de formación para poder participar en los asuntos públicos directamente, porque entonces vulneraríamos ya derechos fundamentales, al quedar proscrita cualquier clase de discriminación. (27) Teniendo derecho todos los ciudadanos a acceder a un cargo electo en condiciones de igualdad. (28)

La prevaricación también se da cuando se vulneran los principios del procedimiento de adjudicación. Ahora el contrato no contraviene los requisitos formales legales, pero conculca principios tales como la transparencia e imparcialidad. (29) Por ejemplo, la existencia de pactos previos entre el contratista y el funcionario o cargo público. Así el Tribunal Supremo, en un castigo impuesto a un concejal por prevaricación al pactar con un empresario la adjudicación directa de trabajos de reducido importe para el mantenimiento del municipio, alega: *“el Concejal, aun sin reglamentación, actúa con vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la*

Constitución, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.” En este caso en el ilícito convergía además el cohecho, ya que el edil recibía una comisión del contratista y apostillaba el Alto Tribunal: “Resulta patente que el encargo directo a las empresas de las que cobraba comisiones o la preselección de estas mismas empresas para la adjudicación de las obras de cuantía superior, a la que se informaba sobre las condiciones que debían contener las ofertas, constituye supuestos claros de torcimiento del derecho, típico de la prevaricación.” Apreciándose concurso real de delitos (artículo 73 del Código Penal). (30)

Empero, la prevaricación por infracción de los principios de la contratación no tiene que estar necesariamente unida al cohecho. **Pudiendo el acuerdo previo entre empresario y funcionario o cargo público estar motivado por razones de simple amistad.** Un prototipo es el “*Caso Treball*”, circunscrito al encargo de unos estudios a todas luces prescindibles, que no respondían supuestamente a una necesidad real y que incluso eran copias de otras publicaciones. Por lo que a la declaración de culpabilidad por prevaricación se unió la de malversación de caudales públicos. Siendo la primera infracción necesaria para llegar a la segunda y por tanto apreciándose la figura del concurso medial (artículo 77 del Código Penal). Al tratar de dar el procedimiento de adjudicación una “*apariencia a una sustracción de fondos públicos.*” (31)

Incluso, puede que se cometa prevaricación, conculcando los principios del procedimiento de adjudicación, **al entender el funcionario público o autoridad que con ello contribuye a los intereses generales.** Sin necesidad de que medie cohecho o amistad alguna por la que se intente beneficiar a un tercero. En este sentido es llamativo el fallo judicial contra el Alcalde que pactó por escrito con un empresario introducir en el pliego de condiciones una cláusula de retracto. Adjudicación con la que se pretendía conceder el aprovechamiento del corcho de los montes municipales. Acuerdo previo, que se había llevado a cabo también en años anteriores, al que se llegó porque el empresario en cuestión se comprometía a ingresar como adelanto en las arcas municipales una determinada cantidad de dinero que se destinaría como ayuda a tareas de veredas y suelos. Obligándose, a cambio de ese dinero, la entidad local a ejercer el derecho de retracto incluido en el pliego de condiciones de la adjudicación, siempre que el empresario presentara una oferta más alta. Con lo que una vez se

adjudica provisionalmente a quien realiza la mejor oferta, el Alcalde ejerce acto seguido el derecho de retracto alegando que la cuantía ofertada no era suficiente. Presentando el empresario con el que tenía un concierto, y que hasta ese momento no había intervenido, una nueva oferta un poco superior a la adjudicada provisionalmente. Y al argumentar que la subasta se había quedado desierta se le adjudica definitivamente. El Tribunal Supremo concluyó que se trataba

de una estratagema para simular una legalidad en la contratación administrativa, estableciendo un sistema de adjudicación directa, pactado con anterioridad a la convocatoria de la subasta, por el que el beneficiario no tendría necesidad de concurrir y sólo bastaría conocer la mejor plica y superarla si le convenía, todo ello con una contraprestación (...). una actuación de aparente legalidad que encubre una fórmula para la adjudicación directa, con transgresión del ordenamiento jurídico especialmente dispuesto para asegurar la transparencia en la contratación administrativa por los Ayuntamientos y en esto radica la resolución arbitraria. (32)

Asimismo, **el delito de prevaricación se puede cometer no sólo individualmente, sino también colectivamente.** (33) Aseverando el Tribunal Supremo que: *“Este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de Presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria.”* (34) Hechos por los que se condena a los cargos electos municipales que conformaban la Junta de Gobierno Local, a raíz de la adjudicación irregular del servicio municipal de limpieza, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

Los supuestos de corrupción en la contratación pública pueden estar relacionados igualmente con el delito de cohecho. Entre las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo, se muestra ilustrativa la del “Caso Urralburo”. Donde un ex presidente autonómico fue declarado culpable por un delito continuado de cohecho (artículo 420 del Código Penal), junto a otros, entre los que se encontraba el ex consejero de obras públicas. En palabras del Alto Tribunal, a consecuencia de la *“percepción clandestina de comisiones por la ilícita*

adjudicación de obras.” (35)

Concretamente el artículo 424 del Código Penal cita particularmente el cohecho en relación con la contratación de las Administraciones Públicas. Castigando además “*al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare*”, que ofrezca o entregue una dádiva a la autoridad o funcionario público. Cuando la actuación pretendida o conseguida fuera hacerse con la adjudicación del contrato público.

La dádiva puede consistir en dinero, regalos, u otra clase de contraprestación, como por ejemplo permitir residir en una vivienda, la condonación de deudas (36). La iniciativa cabe que parta del funcionario o autoridad pública, pero también puede surgir del contratista. La contrapartida es que se adjudique el contrato al particular o que se hagan actuaciones encaminadas a este propósito. El cohecho es frecuente que vaya acompañado del delito de prevaricación. Pues el soborno en la contratación pública provoca la arbitrariedad de la resolución. Con lo que lo habitual es encontrar el cohecho, tipificado en el artículo 419 del Código Penal, en concurso real con la prevaricación, contemplada en el artículo 404 del Código Penal.

Incluso para que se dé el cohecho no es necesario que la dádiva se solicite o conceda para el beneficio personal de la autoridad o funcionario público, sino cabe igualmente cuando el destinatario es el partido político al que pertenece. (37) En lo relativo a esta cuestión el Tribunal Supremo considera que en el

cohecho hay un componente lucrativo que mueve al funcionario a la recepción de los beneficios recibidos por la dádiva o regalo. Este lucro o ventaja personal no es necesario que se canalice exclusivamente en favor del interesado o de sus familiares o allegados, pudiendo tener una última y final aplicación en favor de alguna entidad pública o privada (...). Pero no por ello desaparece el elemento subjetivo personal del autor ya que éste satisface su deseo de beneficiarse, aprovechándose de las ventajas políticas que le proporciona el figurar como principal causante e intermediario en el aumento de las arcas del partido político al que pertenece. No es necesaria para la consumación del tipo delictivo, que el dinero o los regalos vayan a parar directamente al peculio particular del funcionario corrupto, basta con que éste se haya beneficiado

indirectamente y en otras facetas de actividad personal, como puede ser el ostentar un cargo importante en el partido político, situación que se ve reforzada cuando puede alegar y esgrimir, frente a sus correligionarios, la importancia de su papel al servicio de las finanzas del partido político finalmente beneficiado. (38)

Otro delito que puede intervenir a la hora de conceder un contrato público es el tráfico de influencias. Descrito por el artículo 428 del Código Penal como aquel que **se comete cuando un funcionario público o autoridad, prevaliéndose de su posición, influye en otro que tiene que adoptar una resolución.** Dicha superioridad puede ser fruto “del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.” (39) Resultando imprescindible que se de en el sujeto activo el propósito de “conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.” El delito se consuma aunque no se haya dictado la resolución u obtenido el beneficio económico esperado. Cometiendo prevaricación el funcionario público o autoridad que se deja influir cuando dicte la resolución injusta. (40)

En lo tocante al concepto de influir

la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 señalaba que la influencia «es la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis previo a la decisión». (41)

Un supuesto arquetípico fue la condena al Alcalde, accionista además de un Club de fútbol, que ideó que su Ayuntamiento patrocinara la publicidad de las camisetas del referido equipo deportivo. Persuadiendo al Primer Teniente de Alcalde para que firmara el contrato, sorteando así la cuestión de incompatibilidad a la que estaba sujeto. Pues el prevalimiento del Alcalde sobre el

concejal se puede manifestar por el temor de éste último a no ser incluido en las listas electorales de los siguientes comicios. (42)

Por su parte en el artículo 429 del Código Penal, se dan los mismos requisitos que en el artículo 428 del Código Penal, sólo que se castiga al **particular que influye en un funcionario público o autoridad**. Aquí igualmente el funcionario público o autoridad que se deja influir cometería prevaricación cuando dictase la resolución injusta. (43)

Un caso que ejemplifica esta cuestión es el castigo a un concejal por tráfico de influencias (artículo 428 del Código Penal). Sentencia relativa a la adjudicación de distintas obras. Quien para el Tribunal influyó sobre funcionarios públicos dependientes de su área, con el fin de conseguir una resolución que reportara beneficios económicos a terceros. Pero a su vez quedó demostrado que un amigo del concejal, que no era funcionario público ni autoridad, había influido sobre el edil con el mismo objetivo. No obstante, en este último caso el particular fue condenado igualmente por prevaricación, pero la circunscrita al tipo del artículo 429 del Código Penal. (44)

Después, entre los delitos que pueden aparecer en la contratación pública, está el de **malversación**. Así, si la prevaricación y el tráfico de influencias suelen acontecer en la fase de adjudicación de los contratos públicos, la malversación habitualmente emerge en la de ejecución. Ya que es cuando se produce el desplazamiento de caudales públicos y se presenta la posibilidad de que el funcionario público o autoridad pueda sustraerlos. El delito sólo se consuma si la sustracción es efectiva. No modificando la pena el hecho de devolver después lo sustraído si el tribunal reputa el "*animus rem sibi habendi*", es decir, si ha existido el propósito inicial de hacer suyo lo malversado. Predominando en el ámbito de la contratación pública la conducta tipificada en el artículo 432 del Código Penal. **Se comete el ilícito en el caso de que la autoridad o funcionario público sustraiga caudales o efectos públicos de los que sea responsable en función de su cargo, o consienta que otro lo haga. Debiendo existir ánimo de lucro.** (45)

Al efecto, podemos sacar a colación el fallo judicial contra ciertos cargos electos que concedieron subvenciones de concesión directa a una productora audiovisual de la que eran socios. El objeto era que la Administración patrocinara ciertos programas, que supuestamente no se emitieron. A través del expediente

administrativo se trataba presuntamente de dar apariencia legal a una desviación de fondos públicos. (46) Siendo el ilícito habitual en materia de contratación pública la adjudicación directa, pagando la Administración Pública por un servicio que realmente no se va a realizar. Como el encargo de un informe de un cargo público a un asesor particular suyo, a modo de agradecimiento. Informe innecesario y copiado de otro disponible en Internet. Dándose un delito de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos. (47)

No obstante, también cabe apreciar como malversación, la sustracción no sólo del dinero, sino que puede ser otro tipo de objetos. Como cuando se autoriza el gasto para la ejecución de una obra y se emplea la mano de obra para efectuar modificaciones en la vivienda particular del funcionario público o autoridad. Semejante al supuesto de un Alcalde que usó dinero público destinado a un fin concreto municipal para sufragar obras en un bien inmueble particular. (48)

Aunque estas conductas pueden encajarse igualmente en el artículo 433 ó 434 del Código Penal. (49) Dándose una atenuante en el primer tipo si se devuelven los bienes dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso. Mientras que el segundo castiga el simple uso privado de bienes pertenecientes a la Administración Pública, como el uso de un teléfono portátil que se desinstala de un coche municipal para instalarlo en el vehículo particular del Alcalde (50). Y es que

por caudales (...) han de entenderse, no solo el metálico, sino que el concepto penal de «caudales» es mucho más amplio abarcando, sin ánimo exhaustivo, los billetes de lotería, el capital de las sociedades públicas, los bienes muebles y en general cualquier clase de bienes muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables u otros bienes o derechos que forman parte de un activo de un patrimonio público y también (...) cualquier bien y fuerza de trabajo, incluidos por consiguiente aquellos supuestos en los que se utiliza a un empleado municipal en horas en las que debe prestar su servicio en el Ayuntamiento, y se beneficia de dicho trabajo un particular (...). En definitiva a los efectos del delito de malversación deben entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos cuyo importe corra a cargo de la Administración . (51)

Sentencia del Tribunal Supremo que declara culpables a dos concejales por utilizar trabajadores municipales para realizar labores en vivienda privada. Y añade la misma resolución judicial que:

El delito de malversación, ya sea propia, la del art. 432, ya impropia, la del art. 433 tiene por finalidad tutelar no solo el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración en cualquiera de sus manifestaciones, sino también proteger la confianza de la ciudadanía en el correcto manejo de los fondos públicos por parte de los representantes públicos. (52)

Por otro lado está el **fraude**, recogido en el artículo 436 del Código Penal. Que se sanciona **cuando el funcionario público o autoridad que interviene en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública, por razón de su cargo, se concertare con los interesados, o se valiera de otro artificio, para defraudar a la Administración Pública.** Y se castiga tanto al funcionario público o autoridad como al particular. (53) Un supuesto sería la autoridad o funcionario público que pacta con una empresa inflar las facturas, sobrecoste del que se beneficiarán ambos según lo acordado. Y luego de autorizar el pago recibe el dinero convenido por parte de la entidad mercantil. Siendo el fraude un delito de mera actividad, que se consuma simplemente cuando se haya dado la concertación con el objetivo de defraudar. Correspondiendo la aprehensión en sí de los caudales a la malversación. Por lo que se produce un concurso medial entre ambos delitos. (54)

Por último estarían las **negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos**, castigadas por el artículo 439 del Código Penal. **Delito que se circunscribe a la intervención del funcionario público o autoridad en la contratación pública. Quien se aprovecha de su posición para lograr una participación de tales negocios.** La jurisprudencia demuestra que esta práctica afecta mayormente a Alcaldes o concejales, quienes terminan resolviendo, individual o colectivamente, sobre la adjudicación de los contratos. Persiguiendo el legislador con este tipo evitar que cualquier miembro de la corporación, que intervenga en la contratación, se sirva de su posición en la Administración para conseguir una resolución que beneficie, por ejemplo, a sus propios negocios. Funcionario público o autoridad que por mandato legal se ha de abstener de participar en dicho proceso cuando afecta a sus intereses personales.

Ya se participe en dichas entidades mercantiles directamente o por persona interpuesta, o sea, por medio de familiares cercanos o testaferros. Conducta que se reconduce frecuentemente por parte de los tribunales a una sanción administrativa. (55)

Pongamos el supuesto hipotético de que un particular habla con su amigo, funcionario público o autoridad. Con el fin de que medie ante el órgano competente para que se le adjudique un contrato. Cabría entonces en dicha conducta encontrar los delitos de tráfico de influencias, prevaricación y malversación de caudales públicos. (56) Con lo que **si hilamos fino, presumiblemente tendríamos que destinar una descomunal partida presupuestaria para perseguir actuaciones como las descritas.** Y más si atendemos a figuras tan difusas como los fraudes ilegales y las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. A lo que añadimos, en palabras de Ángeles Jareño Leal, en una nota en el pie de la página 179 de su obra *“Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública”*, que: *“También hay que tener en cuenta que existe una cifra de denuncias que se hacen con ánimo “revanchista” por parte del grupo político de la oposición en cada caso.”* Ensayo donde analiza las conductas delictuales habituales en la contratación pública. (57)

Algunos propondrán, como remedio, interminables e ininteligibles reformas legislativas, no siendo factible prever todos los casos que se puedan dar. Debiendo recordarse que una mayor regulación no es igual a menor corrupción, sino más bien al contrario. Y es que, **¿no resulta más fácil y barato prevenir que curar? Actuando en origen antes de que se cometa el mal.** Se ganaría en democracia institucional y se ahorraría en el dispendio de recursos económicos públicos. Que al ser escasos y salir de los impuestos de todos los contribuyentes españoles, se han de usar eficaz y eficientemente. **Presentándose nuevamente como la alternativa más acertada el recortar poder discrecional a las autoridades, empezando por el primer escalón, los Ayuntamientos. Por ser las entidades locales los puntos más afectados del sistema, según refleja la dilatada jurisprudencia sobre esta cuestión. No siendo, parafraseando a Buchanan, un problema de [personas](#) sino de reglas del juego.**

Porque hasta el más altruista puede contravenir las normas, con el fin conseguir un objetivo que él cree beneficioso para la comunidad o que con ello ayuda a un vecino desfavorecido. Si bien el fin jamás justifica los medios. Advirtiendo el

Tribunal Supremo: “cuando se traspasan los límites de la legalidad, aunque sea un poco, ya no hay límite en la medida que se está en el campo de la ilegalidad, y en esta situación no puede operar el principio de mínima intervención.” (58)

Sin embargo, el ciudadano de a pie, piensa que la corrupción es cosa de abyectos seres. Quizás influido por las [raíces culturales católicas](#), sobre que la maldad debe ser algo ajeno al ser humano. Mas en todo ser humano convive un lado oscuro y otro luminoso. El doctor Jekyll y el señor Hyde de la famosa novela de Robert Louis Stevenson (1850-1894).

Empero, a la vez que alberga esta opinión, una parte considerable de la ciudadanía aplaude en tiempos de crisis presuntos mensajes demagógicos cómo: “*el trabajo para los de aquí*”. ¿Qué pensarían los munícipes de una localidad si una empresa externa a su comunidad se lleva las adjudicaciones de obras, en detrimento de las locales? Entidad mercantil que además cumple con el mandato contractual mediante personal foráneo. Siguiendo lo esgrimido por las nuevas Directivas europeas, las denominadas de cuarta generación, que buscan abrir las contrataciones a todos los operadores económicos de la Unión. ¿Estarían conformes en que se amañaran los concursos para poder revertir la situación? Y es que aunque la propuesta de la empresa local fuese más cara, contrataría a los desempleados del pueblo. Hay que partir de la evidencia de que los recursos públicos se conciben en el imaginario colectivo como algo difuso, al aceptarse calificativos para los servicios de “*gratis*” cuando realmente se costean vía tributos. Si les preguntasen individualmente responderían probablemente que no, que hay que cumplir las normas, a pesar de las consecuencias, siendo eso lo único correcto. Pero en masa, ¿cuál sería la contestación? Si es también que no, no encajaría con el auge en toda Europa de los nacionalismos: el Frente Nacional en Francia o el UKIP en el Reino Unido. En una sociedad en la que desde sus orígenes tiende hacia la tribu y no a las comunidades abiertas. (59)

Sirva como constatación de este asunto la ulterior cita del “*Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública*” de la Unión Europea:

Los mercados de la contratación pública, y en especial los proyectos de obras de gran envergadura, se consideran a menudo un lucrativo blanco de potenciales sobornos. Se ha de subrayar también que la integridad del proceso no solo está en peligro en el caso de la corrupción, bastante obvio, sino también, más en general, en todos los casos de favoritismo, aunque no

impliquen necesariamente una conducta corrupta, como las muestras de favoritismo por un candidato local. (60)

Y es que **somos más bien seres emocionales y no racionales.** (61) Constituyendo una de las actividades más habituales del pensamiento la toma de decisiones. Debiendo escoger cada día entre las dispares opciones que se nos presentan. Habiéndose descubierto recientemente la gran influencia que las emociones ejercen en esos mecanismos decisorios, transformándolos en procesos menos costosos, más rápidos y personalizados para cada individuo. De tal modo que si careciéramos de ellas se haría harto difícil decidir. Y es que resultaría casi imposible emplear sólo un mecanismo racional, por no disponer de suficiente tiempo, ni de la memoria exigida. Pues tendríamos que evaluar todas las opciones factibles, considerar sus desenlaces, fijar además el cálculo del coste y beneficio de cada una de ellas, con el fin de compararlas entre sí y decantarnos por la mejor opción. Por eso los procesos racionales son ayudados fuertemente por otros de componente emocional. (62) **Además somos seres auto-interesados, aunque lo neguemos, por simple espíritu animal de supervivencia. Es por todo ello por lo que hay que trabajar sobre el sistema. Porque hacer un diagnóstico en base a un ideal y no a la realidad sólo nos conduciría a errar.**

[Relación entre contratación pública y corrupción -](#)

[\(c\) -](#)

[Ibiza Melián](#)

(1) Informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea. *Comisión Europea*. Obtenido el 18 de marzo de 2015, de: https://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf

(2) Artículo 157 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.

(3) Artículo 162 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.

- (4) Artículo 163.2 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.
- (5) Artículo 169 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.
- (6) Esteve Pardo, J. y Tarrés Vives, M. (2009). Módulo 3: Contratación pública. En *Derecho administrativo II*, pp. 43-44 (Tercera edición). Barcelona: FUOC.
- (7) Artículos 170 a 175 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.
- (8) Artículo 150 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.
- (9) Cosculluela Montaner, L. (2014). *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 396-398 (Vigésimo quinta edición). Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.
- (10) Artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. También el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prohíbe las conductas colusorias.
- (11) Llebot Majó, J. (2012). Módulo 4: Derecho de la competencia. En Llebot Majó, J. y Machado Plazas, J. *Derecho mercantil I*, pp. 17-20 (Sexta edición). Barcelona: FUOC.
- (12) Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública. *Autoritat Catalana de la Competència (ACCO)*. Obtenido el 19 de marzo de 2015, de:
https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf
- (13) Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 19 de octubre de 2011, (LA LEY 211695/2011), Magistrado Ponente: Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Fundamento de Derecho Quinto.
- (14) Navas, J.A. (10 de febrero de 2015). La CNMC fija en 48.000 millones la factura de la corrupción en la contratación pública. *El Confidencial*.

(15) Soriano, D. (30 de septiembre de 2014). El gasto total crecerá en 17.000 millones de euros en 2015. Libre Mercado. *Libertad Digital*. Obtenido el 20 de marzo de 2015, de: <https://www.libremercado.com/2014-09-30/el-gasto-total-crecera-en-17000-millon-es-de-euros-en-los-pge-de-2015-1276529539/>

(16) Navas, J.A. (10 de febrero de 2015). La CNMC fija en 48.000 millones la factura de la corrupción en la contratación pública. *El Confidencial*.

(17) Informe de lucha contra la corrupción de la Unión Europea. *Comisión Europea*. Obtenido el 18 de marzo de 2015, de: https://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf

(18) Mercado, F. (18 de noviembre de 2012). El Tribunal de Cuentas destapa el germen de la corrupción en las autonomías. *El País*.

(19) Artículo 103.1 de la Constitución española.

(20) Artículo 1 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.

(21) Artículo 9.3 de la Constitución española.

(22) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 18-32. Madrid: Iustel.

(23) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de julio de 2014, (LA LEY 94370/2014), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

(24) Sentencia Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 22 de julio de 2014, (LA LEY 88163/2014), Magistrado Ponente: José Francisco López Pujante, Fundamento de Derecho Cuarto.

(25) Artículo 146.1.a de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

(26) El perfil del concejal español: un hombre de entre 26 y 45 años, con estudios elementales y que repite mandato (25 de agosto de 2009). *Secretaría de Estado*

de Administraciones Públicas. Obtenido el 4 de febrero de 2015, de: https://www.seap.minhap.gob.es/es/prensa/notas_de_prensa/notas/2009/08/20090825.html

(27) Artículo 14 de la Constitución española.

(28) Artículo 23 de la Constitución española.

(29) Artículo 1 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.

(30) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 2 de abril de 2003, (LA LEY 12755/2003), Magistrado Ponente: Andrés Martínez Arrieta, Fundamento de Derecho Tercero.

(31) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de marzo de 2010, (LA LEY 27027/2010), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

(32) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de junio de 2006, (LA LEY 70067/2006), Magistrado Ponente: Andrés Martínez Arrieta, Fundamento de Derecho Primero.

(33) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 33-65. Madrid: Iustel.

(34) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de mayo de 2001, (LA LEY 4257/2001), Magistrado Ponente: Eduardo Móner Muñoz, Fundamento de Derecho Primero.

(35) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de marzo de 2001, (LA LEY 3306/2001), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fundamento de Derecho Vigésimo Noveno.

(36) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de noviembre de 2010, (LA LEY 213894/2010), Magistrado Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

(37) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 67-74. Madrid: Iustel.

(38) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de

diciembre de 1998, (LA LEY 2537/1999), Magistrado Ponente: José Antonio Martín Pallín, Fundamento de Derecho Séptimo.

(39) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 16 de septiembre de 2014, (LA LEY 114664/2014), Magistrado Ponente: Javier Seoane Prado, Fundamento de Derecho Sexto.

(40) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 75-100. Madrid: Iustel.

(41) Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2012, (LA LEY 190426/2012), Magistrado Ponente: Ana María del Carmen Blanco Arce, Fundamento de Derecho Tercero.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 5 de abril de 2002, (LA LEY 3520/2002), Magistrado Ponente: Enrique Abad Fernández, Fundamento de Derecho Decimotercero.

(43) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 75-100. Madrid: Iustel.

(44) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 6ª, de 14 de abril de 2014, (LA LEY 53994/2014), Magistrado Ponente: Alfonso Ballestín.

(45) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 101-106. Madrid: Iustel.

(46) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de septiembre de 2003, (LA LEY 158622/2013), Magistrado Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

(47) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de junio de 2010, (LA LEY 104034/2010), Magistrado Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

(48) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de abril de 1999, (LA LEY 5644/1999), Magistrado Ponente: José Antonio Marañón Chávarri.

(49) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 107-111. Madrid: Iustel.

- (50) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 19 de febrero de 2006, (*LA LEY* 21840/2006), Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar.
- (51) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de junio de 2014, (*LA LEY* 80869/2014), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García, Fundamento de Derecho Segundo.
- (52) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de junio de 2014, (*LA LEY* 80869/2014), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García, Fundamento de Derecho Cuarto.
- (53) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 123-142. Madrid: Iustel.
- (54) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de febrero de 2013, (*LA LEY* 1775/2003), Magistrado Ponente: Enrique Abad Fernández.
- (55) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 143-177. Madrid: Iustel.
- (56) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, pp. 111-121. Madrid: Iustel.
- (57) Jareño Leal, A. (2011). *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, p. 179 Madrid: Iustel.
- (58) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de junio de 2014, (*LA LEY* 80869/2014), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García, Fundamento de Derecho Cuarto.
- (59) Popper, K. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. 2ª impresión, Agosto 2012. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1945).
- (60) Comité Económico y Social Europeo. Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE - Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, p.54. *COM (2011) 15 final*. Obtenido el 15 de febrero de 2015, de: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>

(61) Melián, I. (2013). La necesidad de potenciar el pensamiento crítico. *ibizamelian.com*. Obtenido el 22 de abril de 2015, de: <https://ibizamelian.com/sociedad/la-necesidad-de-potenciar-el-pensamiento-critico/>

(62) Simón, V.M. (1997). *La participación de las emociones en la toma de decisiones*. *Psicothema*, vol. 9 (nº 2), pp. 365-376.